

00781  
17

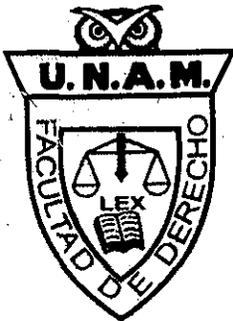


# UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO  
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

EL INJUSTO EN LA TENTATIVA Y LA  
GRADUACION DE SU PENA EN EL  
DERECHO PENAL MEXICANO

T E S I S  
QUE PARA OBTENER GRADO DE:  
DOCTOR EN DERECHO  
P R E S E N T A :  
MIGUEL ANGEL MANCERA ESPINOSA



TUTOR: DR. RICARDO FRANCO GUZMAN

CIUDAD UNIVERSITARIA, D. F.

2002

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN



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 la UNAM, a mis padres, a mi esposa, a mis hermanos, a mis amigos.*

# EL INJUSTO EN LA TENTATIVA Y LA GRADUACIÓN DE SU PENA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

## PROLOGO

Siempre corresponde al prólogo dar al lector el porque de una investigación, en este caso, el porque se podría resumir de una forma muy rápida, es decir, **nosotros consideramos fundamental para el estudio y comprensión del derecho penal el tema del injusto y su integración**, y también, sin duda, es de lo más trascendente el tener una idea clara de en que casos, y con que requisitos el derecho penal puede sancionar una conducta que no produce un resultado típico *lato sensu*.

Partiendo de esta consideración, nos faltaría entonces agregar que el derecho penal se ha movido durante toda su historia en dos grandes hemisferios, así, desde que simplemente se hablaba de una **imputación objetiva** y otra **subjetiva**, postura que dominó hasta mediados del siglo XIX<sup>1</sup> en la cual se partía de la base de un resultado por un lado, y por el otro de la intención del sujeto para causar ese resultado, ideas originales, que después con el paso del tiempo llegaron a una sistematización del delito, lo que se ve cristalizado con **VON LISZT**, continuado por **BELING**, y retomado por **RADBRUCH** hasta llegar

---

<sup>1</sup> Jaén Vallejo Manuel, *El concepto de Acción en la Dogmática Penal*, Editorial Colex, Madrid, España, 1994. P.19

entre una parte objetiva y otra subjetiva dando una mayor relevancia en ese momento, a la parte objetiva.

Ya con la influencia de la filosofía de los valores y por ello con las aportaciones de **RICKER** y **LASK**, se inicia la corriente **Neoclásica** o **Neokantiana** en la cual de igual manera y no obstante la inyección de posturas axiológicas se continúa con la concepción de dar preponderancia al resultado sobre la intención que se encontraba en clave de culpabilidad, y es entonces, hasta el arribo de la concepción **finalista** que se dio preponderancia a la idea del **injusto personal** y con ello a muchas nuevas maneras de entender la ubicación sistemática de la **intención del sujeto**, lo que ocasionó una nueva forma de entender la función de ésta en el ahora **tipo de tentativa**.

La figura jurídica de la tentativa nos resulta por demás interesante dado sus múltiples variantes y complejas formas de integración, así como por ser la frontera entre lo que el sujeto piensa y lo que realiza, es decir, por lo relevante que resulta la posibilidad de que el derecho penal pueda en un momento dado sancionar a un sujeto sin que se haya producido un resultado en sentido material y concreto. Las preguntas que en torno al tema surgen son varias: ¿cómo es que el derecho penal mexicano sanciona a la tentativa?, ¿Cabe la distinción de diversas formas de tentativa?, ¿Esto hace variar su sanción?, ¿Influye el desvalor de acción y el desvalor del resultado?, ¿Pueden existir distintos grados de injusto?

Las respuestas que se puedan dar a estos planteamientos, constituyen precisamente el objeto de investigación del presente trabajo, para aproximarnos a saber entre otras cosas: ¿Cómo es que nuestros tribunales conciben a la tentativa?, ¿Que criterios siguen?, ¿Cómo es que se advierte el principio de ejecución? Y, finalmente ¿Cómo es que todo esto influye para los efectos de la graduación de la pena?

## INTRODUCCION

Ahora corresponde hablar propiamente del **contenido** de la investigación, y en términos generales podemos decir que decidimos estructurar este trabajo en **tres partes**, las cuales a su vez se integran en su totalidad por **siete capítulos**. **La primera parte** está compuesta por **cuestiones generales**, las cuales se vuelven necesarias de abordar para la mejor comprensión de la problemática del tema que será desarrollado, así, en esta parte integrada por **tres capítulos**, se tocan respectivamente los temas de **la integración del injusto en el derecho penal, el sistema de penas en el derecho penal vinculado con la tentativa y los temas propios de la tentativa**, esta distribución se justifica, en primer lugar, porque **al injusto** como se advirtió en el prólogo lo consideramos como un tema central para el derecho penal por su repercusión no sólo en el ámbito del tipo, sino también por definición, en el de la antijuridicidad, y por ello es indispensable desde nuestra perspectiva el conocerlo y advertir su evolución dogmática en la manera de concebirlo.

En esta misma línea, también es indispensable conocer el sistema de penas para en su caso saber si la pena en la **tentativa** puede ser meramente **retributiva**, si cumple alguna función de tipo **preventivo** tanto en su vertiente general como en la especial y en su caso si pudiéramos advertir la posibilidad de una falta de **necesidad de pena contra el merecimiento de la misma** en torno al delito tentado. En el tercer capítulo abordamos una serie de temas que son indispensables para el entendimiento de la tentativa, así es como penetraremos a la estructura del *iter criminis*, a la problemática que en torno a la tentativa

presentan algunas clasificaciones del tipo penal y también nos ocupamos de el tema de actos preparatorios y actos ejecutivos.

Es necesario reiterar la justificación de que ésta sea la primer parte del trabajo, no obstante que parecería metodológicamente más correcto comenzar con un marco histórico, sin embargo, debemos advertir que **aún no se está abordando el tema de la tentativa en sí**, por lo que consideramos que no es contrario a la técnica de investigación el iniciar con este marco conceptual necesario para posteriormente entender con mayor claridad el tema central de la investigación es decir la figura dogmática de la tentativa, la cual **se comienza en su desarrollo con el planteamiento del marco histórico**.

La **segunda parte** comienza con la figura jurídica que **CARRARA** denominó como el **conato**, es decir que en ella nos ocupamos del estudio particular de la tentativa, a la cual se le estudia en **dos capítulos**, en el **primero** se aborda a la tentativa en el tiempo, es decir de acuerdo con un marco histórico general, así como su historia concreta en el derecho penal mexicano, para ello realizamos un estudio comparativo de diversos ordenamientos jurídicos penales que en nuestro país se han ocupado de regular y sancionar a la tentativa, recordando también algunas de las posturas adoptadas por nuestros tribunales en su proceso evolutivo. En el **segundo** capítulo se abordan **problemas particulares** de la tentativa, por lo que se vuelve necesario advertir entre otros tópicos; su naturaleza jurídica distinguiendo si se trata de un amplificador del tipo o bien de un tipo independiente; la parte subjetiva y la parte objetiva de la tentativa, así como las formas en que puede presentarse, ya como acabada o inacabada, como idónea e inidónea, sin pasar por alto el problema del error, del desistimiento, el arrepentimiento, y la posibilidad de hablar de una tentativa vinculada con la imprudencia.

En la **tercera** y última parte del trabajo hablaremos de **la tentativa y graduación de la pena en nuestro derecho**, es decir la toma de postura ante la problemática que dio lugar a la hipótesis, **cuando se advirtió de la influencia de la concepción del injusto en la graduación de la pena para los casos de tentativa**. Para lograr este objetivo, primeramente diremos algunas cosas en torno a lo que debe entenderse por graduación de pena, es decir a la técnica de individualización, para así llegar a mencionar en una posición de resumen la propuesta a la problemática que plantea la tentativa en cuanto a su punición el derecho penal mexicano.

**PRIMERAPARTE**

**GENERALIDADES**

## CAPITULO I

# LA INTEGRACIÓN DEL INJUSTO EN EL DERECHO PENAL.

### 1. EL INJUSTO.

#### 1.1. Introducción al Injusto Penal.

Hablar de este tema exige entender a la figura jurídica del injusto como lo contrario al derecho, lo ilícito, lo antijurídico, entendiéndose algunas veces como elemento del delito y otras como característica del mismo, aún cuando no se debe perder de vista desde ahora la distinción entre el injusto en general y el injusto penal.

Lo cierto es que el tema no es uno de los más abordados por los autores de nuestro país, sin embargo sí contamos con la obra del maestro **RICARDO FRANCO Y GUZMÁN** quien desde el año de **1950** realiza un recuento de los autores que en su oportunidad se refirieron al injusto y en la parte correspondiente apunta:

*"El punto de arranque de los estudios, en este aspecto, se encuentra situado en la Alemania de los fines del siglo XIX hacia los años de 1867, con los estudios de **MERKEL**, en ese mismo año, y de **THON** en 1878; **HERT** en 1880, **KESSLER** en 1884; **KITZINGER** en 1898. En el presente siglo escribe **LÖFFLER** en 1901, seguido por **KOHLRAUSCH** en 1903; viene después el corifeo del subjetivismo **HOLD VON FERNEK** en 1905 con su monumental monografía, el Conde **GRAF ZU DOHNA** en el mismo año; **H.A.FISCHER** en 1911; **HOFACKER** en 1921; **NATHAU** en 1923 y **WOLTER** en 1927.*

Poco a poco se va ampliando el tema en los tratados generales de Derecho Penal, en lo que se refiere a la dogmática del delito, y así, en **NAGLER, MEZGER, BINDING, GERLAND, BELING, HEINITZ, VON LISZT, ALLFED, MAX ERNST MAYER, VON BAR, SAUER, MERKEL BIERLING y VON HIPPEL.**

El genio italiano permaneció a la expectativa del problema hasta el año de 1930 en que se publica la obra de **DELITALA**, y en 1932 los importantes tratados de **ROCCO** y de **VANNINI**; de **CARNELUTTI** en 1933; en 1935 de **SABATINI** y de **DE MARSICO**; en 1937 de **BETTIOL** y **FROSALI** en 1938. La guerra interrumpe la producción jurídica de Italia y se reanuda pronto con gran pasión con las obras monográficas de **MESSINA** y **PETROCELLI** y la recientísima de **ALDO MORO**, el ilustre profesor de la Universidad de Bari.

En el resto del mundo jurídico el tema sigue virgen y no parece preocupar a muchos autores. En América no existe una sola monografía como las alemanas o italianas; sólo **JIMENEZ DE ASUA** ha escrito algunas páginas, por cierto, de valor muy estimable, en sus producciones de los últimos años y en *La ley y el Delito.*<sup>1</sup>

Es claro que dentro de todos y cada uno de los autores que refiere el maestro se pueden encontrar los más diametrales puntos de vista, pero lo importante en todo caso, es el dejar constancia de la preocupación por el tema y de que, de una forma u otra participan en todo ese proceso que después se continúa hasta nuestros días con otro número de autores que siguen con el debate en torno al injusto.

Sin duda alguna se ha advertido como hablamos sin distinción clara ya del injusto o de la antijuridicidad por lo que es conveniente señalar la distinción que realiza el maestro alemán **HANS HEINRICH JECHECK:**

*“Junto al concepto de antijuridicidad se utiliza con frecuencia como equivalente el concepto de injusto. No obstante, ha de distinguirse entre ambos. Antijuridicidad es la contradicción de la acción con una norma. El injusto es la*

---

<sup>1</sup> Franco y Guzmán Ricardo, “Delito e Injusto, formación del concepto de antijuridicidad”, Edición Particular, México D. F. 1950, pp. 3-6

*acción misma valorada antijurídicamente. El concepto de injusto se entiende más en el sentido de la antijuridicidad material*<sup>2</sup>

Pero esa distinción no es la que genera la discusión más reciente, sino la de advertir como previamente insinuamos una separación entre el **injusto** y el **injusto penal** es decir, distinguir un ámbito de antijuridicidad y uno de antijuridicidad penal, esto es, de acuerdo con **HANS-LUDWING GÜNTHER** existe un concepto amplio de injusto que se conforma con todos los terrenos de lo contrario al derecho en forma unitaria y otro que es un concepto de injusto restringido o limitado sólo a las parcelas del derecho penal el cual entiende como un **injusto cualificado** siguiendo a **ALTPETER**, así se advierte de la siguiente anotación:

*“Por ello hablo de injusto penal para delimitarlo del concepto más amplio de injusto, que se forma a través de todas las parcelas jurídicas de un ordenamiento jurídico unitario.*

*Todo injusto penal es simultáneamente injusto a efecto de todo el ordenamiento jurídico, pero no todo injusto a efectos de la totalidad del ordenamiento jurídico es ya un injusto penal un injusto jurídico penalmente relevante. El injusto penal es una forma cualificada de injusto. La razón de la cualificación es el especial merecimiento de pena que se deriva fundamentalmente del grado de aumento del injusto...”*<sup>3</sup>

De cualquier forma, si bien no es el objetivo de esta investigación ocuparnos de los problemas estrictos de la antijuridicidad como puede serlo su relación con el tipo o bien con la culpabilidad, advirtiendo en un caso la diferencia entre causas que excluyen al primero en sentido estricto y las que excluyen al tipo de injusto, o bien el planteamiento que deriva en concebir a una estructura intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad como lo es la teoría de la atribuibilidad de **MAURACH**, no podemos dejar de mencionar algo en torno a esto y que tiene repercusión en el tema del injusto como lo es la relevancia de entender a la

---

<sup>2</sup> Jescheck Hans Heinrich, “Tratado de Derecho Penal, Parte General”, cuarta Edición, Traducción José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada España, 1993. p.210

<sup>3</sup> Günther Hans-Ludwing, “La Clasificación de las Causas de Justificación en el Derecho Penal, Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal, Coordinadores Luzón Peña, Mir Puig, Editorial Aranzadi, Pamplona, España 1995. p.47

antijuridicidad como una figura independiente del tipo o bien como una misma estructura dogmática.

Es decir, concebir al tipo como la misma esencia de la antijuridicidad o bien como su indicio, es así, que aún cuando **podemos situarnos como partidarios de entender como correcta a la postura de la *ratio essendi*** debido a que atendemos a una concepción en la que se dice que lo ilícito finalmente está presente en todo el delito y que por lo que corresponde al injusto en él se pueden advertir la presencia de los elementos del tipo, y a su vez también a la antijuridicidad como elemento negativo del tipo y resultando que una vez que advertimos una figura como típica es porque al mismo tiempo se ha comprobado como antijurídica, dándose en algunos casos prácticamente la imposibilidad de separar estos conceptos, a diferencia de la concepción que entiende al tipo como mera *ratio cognossendi*, en la que se alude a la idea que atiende a una separación estricta entre el tipo y la antijuridicidad, dificultad dogmática que ha sido estudiada en su momento por el distinguido jurista alemán **CLAUS ROXIN**, que en su tratado de Derecho Penal advierte de la existencia de una **concepción bipartita** del delito en la que se cuenta con el **injusto típico** y con la **culpabilidad** y menciona entre otras cosas lo siguiente:

*"Y es que efectivamente tal estructura no sólo es lógicamente practicable, sino que también tienen en el aspecto teleológico muchas ventajas a su favor, pues desde la perspectiva del tipo como la *ratio essendi* del injusto no hay ninguna razón para sustraerle una parte de los elementos esenciales para el injusto"*<sup>4</sup>

Sin embargo, el maestro alemán no obstante advertir la conveniencia de tal concepción continua con sus reflexiones y señala algunas diferencias insalvables e inconciliables entre el tipo y la antijuridicidad, como lo es que el tipo tiene una estructura abstracta que atiende al principio de legalidad y la

---

<sup>4</sup> "Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", Tomo I, Traducción, Luzón Peña, García Conlledo y Vicenti Rmesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997. pp 284-288.

antijuridicidad en cambio se forma y soporta por principios de orden social, por lo que señala lo siguiente:

*"Este diagnóstico conduce a la conclusión de que es cierto que tipo y antijuridicidad han de quedar separados sistemáticamente, pero, no obstante ambos se pueden reunir componiendo un tipo global en el aspecto del injusto. Por tanto es absolutamente legítimo contraponer a la responsabilidad el injusto como unidad superior de tipo y antijuridicidad, separándolo, en cuanto compendio de las circunstancias decisivas para la prohibición penal, de la responsabilidad como suma de elementos relevantes para la responsabilidad"*<sup>5</sup>

Finalmente se plantea siguiendo a **GALLAS** una solución por demás llamativa en la que distingue del tipo de delito y del tipo de injusto, cuando señala:

*"Por tanto el concepto de tipo, que debe separarse sistemáticamente de la antijuridicidad, es un **tipo de injusto** pero no es idéntico al injusto; es en la precisa formulación de Gallas ratio essendi de la pertenencia del hecho al typus de injusto, pero en cambio sólo es ratio cognoscendi de su antijuridicidad en el caso concreto"*<sup>6</sup>

Es igualmente identificable tal postura en el trabajo sobre las causas de justificación y causas de atipicidad de **LUZÓN PEÑA**, estudio en el que se parte de la concepción de un **tipo global o total de injusto**, distinguiéndolo del **tipo estricto o positivo** al que también califica como **tipo indiciario del injusto**.<sup>7</sup>

## **1.2. Introducción al Desvalor de Acción y Desvalor de Resultado.**

Una vez analizadas brevemente las cuestiones introductorias entorno a la figura de injusto penal nos corresponde ahora advertir cuando es que dicha figura jurídica se encuentra ya constituida, y de que elementos se compone.

---

<sup>5</sup> Idem.

<sup>6</sup> Idem.

<sup>7</sup> Luzón Peña Diego Manuel, "Causa de Atipicidad y Causas de Justificación, Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal, Coordinadores Luzón Peña, Mir Puig. Editorial Aranzadi. Pamplona, España 1995. p.21

En términos generales podríamos señalar que es a partir del concepto clásico de delito desarrollado por **VON LISZT**, y complementado por **BELING**, que se estableció como premisa fundamental para la comprobación del injusto, al resultado, es decir, la puesta en peligro o afectación del bien jurídico, denominado indistintamente como **desvalor del resultado**, como **resultado** o bien como **postura objetivista** o **resultatista**, no obstante que como veremos en su oportunidad no se trata de términos sinónimos. Sin embargo, a medida que se va desarrollando el conocimiento de los elementos subjetivos del tipo con la influencia de las corrientes axiológicas impulsadas en el neokantismo que pugna por el estudio detallado de lo subjetivo en toda la estructura del delito, *esta concepción de lo injusto en el ámbito penal cambia y con ello se da paso a advertir la relevancia del desvalor de acción.*

En ese sentido, se advierte la posibilidad de que se dé el desvalor de acción y no el desvalor de resultado, o bien **el desvalor de resultado y no el desvalor de acción**,<sup>8</sup> adjudicando consecuencias sistemáticas diametralmente opuestas.

En una concepción sencilla del desvalor de acción (después se estudiará una concepción compleja del mismo concepto) sólo sería necesario el comprobar si esta se presenta a título de dolo o bien si estamos en presencia de un desvalor imprudente.

La teoría que maneja en la actualidad la inclusión del desvalor de la acción para complementar el injusto, es conocida como **teoría del injusto personal**, puesto que afirma que el injusto, no puede ser comprobado si se le desvincula del resultado típico a la persona que lleva a cabo la acción, aún cuando no se desvincula del resultado.

---

<sup>8</sup> Es conveniente mencionar que esta denominación se la atribuye Günther Stratenwerth a Max Scheler y a Nicolai Hartmann, en sus respectivas obras de 1954 y 1959, así en "Acción y Resultado en el Derecho Penal", Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer, Editorial Hamurabi, Buenos Aires Argentina 1999. p.28.

En este caso, estamos en presencia de una concepción **dualista**, en contra de las posiciones monistas que le antecedieron a la idea de injusto personal. Se dice entonces que el desvalor se dirige al modo de causar el daño o puesta en peligro y a la voluntad del autor.

El resultado tiene relevancia para el derecho penal, si y sólo si se da como resultado de una acción personalmente antijurídica.<sup>9</sup>

Lo fundamental en esta caso es precisamente lo que apunta **CLAUS ROXIN**:

*“Esta concepción se ha impuesto ampliamente por que es independiente de la aceptación de la teoría final de la acción como tal y se deriva ya de la pertenencia del dolo y de los elementos subjetivos del tipo al tipo, lo cual se basa en otras razones distintas de las de la teoría de la acción.”<sup>10</sup>*

Hablar del injusto penal como se ha advertido pareciera ser algo sencillo, y sobre todo si se plantea en una forma de evolución con tintes macros, pues entonces quizá bastaría con resumir que en un principio fue **MERKEL** quien fundamentó el hecho de que un injusto penal sólo podía ser cometido por quien al tiempo era imputable, por lo que se requería de la unión entre injusto y culpabilidad; posteriormente se recurre a **THON**, quien desarrolla una teoría denominada de los imperativos, los cuales no distinguen entre imputables e inimputables (coincidiendo con el concepto de **IHERING**, sólo que este último en el Derecho Civil); después, **FERNECK**, tomó las ideas de **THON** y las fusiono con las de **MERKEL** dando como resultado la afirmación de imposibilidad de separación entre injusto y culpabilidad.

Siguiendo éste proceso se da una transición entre **NAGLE**, **GOLDSCHMIDT** y después **MEZGER** para quien el injusto es entendido como una norma de valoración objetiva, en contra del pensamiento de **MAYER** quien sostenía al

---

<sup>9</sup> Más en el mismo sentido lo explica el penalista español García Rivas Nicolás, en su libro “El Poder Punitivo en el Estado Democrático”. Editorial Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996, p.p.84-89.

<sup>10</sup> Roxin Claus, Ob. Cit. p.320.

derecho penal como integrado por normas de cultura, **MEZGER** decía, que no hay un sujeto al que se le dirija, por lo que la norma de la que se ocupa la culpabilidad, es precisamente la derivada de la objetiva de valoración, es decir una norma subjetiva de determinación. Esta concepción de **MEZGER** ha sido superada, pero sin duda sirvió de inicio, hasta llegar ahora a concebir al injusto como una norma de determinación, que sí se dirige al sujeto, pero **no distingue capaces de incapaces**, esto precisamente porque no es indispensable el conocimiento de la antijuridicidad, sino sólo se requiere que el sujeto lo reconozca en la imposición de la norma entendiendo que sin duda que también los incapaces son susceptibles de motivación por dicha norma.

En este proceso evolutivo, no faltaron los autores que entienden como elemento constitutivo de lo injusto al desvalor de la acción<sup>11</sup> fundamentándose para ello en el pensamiento de que el derecho sólo se dirige a prohibir acciones, no resultados, atendiendo así mismo al argumento de que el resultado no siempre depende de la voluntad del sujeto pues en él interviene el azar y por tanto lo trascendental para integrar el injusto sólo es la acción, esta teoría no es bien acogida<sup>12</sup> pues se afirma que en todo caso no es factible prohibir acciones que no lleven ínsito un resultado, cualquiera que este sea, además de que lo que en todo caso justifica la reacción punitiva del Estado es precisamente la vinculación de conductas que son dañinas para la sociedad por lo que tal dañosidad sólo puede ser advertida en el resultado, es así por el efecto de conmoción social que en cada caso se produce, además **CEREZO MIR**, objeta a la concepción subjetivista el hecho de que tratándose de delitos imprudentes es precisamente el resultado el que da la relevancia penal a la falta de observación del deber de cuidado se requiere de la producción de un resultado. En el mismo sentido **JAKOBS** advierte que el desvalor de acción sólo es conocido por el autor y por tanto la existencia de dicho desvalor sólo puede comprobarse en el momento en

---

<sup>11</sup> En ese sentido Kaufmann, Zielisky y Schmidhäuser entre otros.

<sup>12</sup> En contra de ella, Schönemann, Jakobs, Jescheck, Roxin.

que se vuelve objetivo a la vista de la sociedad es decir cuando se presente un resultado.

Pero como dijimos en un inicio, esta sería una forma muy simple de narrar la evolución del injusto penal y de poder decantar con el suficiente soporte dogmático por una o por otra concepción, por lo que se impone la necesidad de realizar un estudio con mayor profundidad de todas estas posturas y de sus defensores, para en su momento poder tomar partido por unos u otros ya fueran de una manera radical o en su caso ecléctica.

Así es, que nos planteamos llevar a cabo dicho análisis partiendo de la idea de que existen corrientes **monistas** conformadas unas desde el punto de vista objetivo y otras desde la óptica subjetiva, y por el otro lado posiciones **dualistas** también con sus respectivas variantes.

### **1.3. Posturas Monistas.**

#### **1.3.1. Monismo Objetivo.**

De inicio ya hemos dicho que la corriente objetiva o del resultativismo, es aquella que entiende al elemento resultado como el que constituye lo ilícito en el derecho penal, y que sin duda el arranque de esta concepción, al menos desde una estructura sistemática del delito como la que estudiamos hasta la fecha, se atribuye a **VON LISZT**, es decir que se puede ubicar en la escuela formalista o positivista alemana, siguiendo su influencia en otros países y encontrando vestigios inclusive en las obra de **CARRARA**, sin dejar de reconocer que ya **FEUERBACH**, planteaba esta concepción tal y como lo señala el ilustre penalista **HUGO ROCCO** al advertir que para **FEUERBACH** el delito solo podía existir si en todo caso la acción además de violar el derecho objetivo, lesionaba o ponía en peligro el derecho subjetivo de otro. Esa idea de que es el derecho

subjetivo el que se viola, es lo que dio lugar a que **ROCCO** considerara ubicar esta corriente dentro de lo que él denomina como **teorías subjetivas del contenido material de antijuridicidad**.

Tal y como apunta **MARIANA SACHER DE KÖSTER**, para **FEUERBACH** todo acto delictivo presupone solamente reconocibilidad externa pues sólo una acción externa puede lesionar un derecho, además de que todo lo que tuviera que ver con la parte interna del hombre no podía pertenecer al derecho sino decididamente al ámbito de la moral, es por ello que al *corpus delicti* este autor lo entendía como el delito en si de la parte especial cuyo contenido era el de resultado de la acción contraria a la ley y elementos de la acción externa.<sup>13</sup>

Después de **FEUERBACH** podemos ubicar a **LUDEN** autor que busca un nuevo concepto de acción distinto al de los hegelianos y para ello advierte la relevancia del evento delictivo precisamente en la causalidad y el resultado señalando que el evento delictivo se da porque el hombre de un modo voluntario pone en marcha fuerzas o leyes de la naturaleza y son las que producen el resultado.

Antes de llegar a **LISZT**, ya **VON BURI** había retomado las ideas de **LUDEN**. En efecto, **VON BURI** da de nueva cuenta una gran relevancia a la causalidad en el evento criminal por lo que la acción es tal en el derecho penal siempre que hubiere sido la causa de un resultado, es decir que otra vez lo importante para afirmar el comportamiento contrario al derecho penal lo era el resultado el cual se presenta como resultado de un fuerza individual, y por lo que respecta a la dirección de la voluntad este autor señala que ese aspecto debe ser materia de análisis pero en la culpabilidad y no en el ilícito.

En 1878, **AUGUST THON**, planteó la **teoría de los imperativos**, con la que hablaba de la existencia de una voluntad general representada en el derecho, el cual **dirige a cada individuo una serie de mandatos y prohibiciones** para que

---

<sup>13</sup> "La Evolución del Tipo Subjetivo", Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.

de acuerdo a ellos conformen su comportamiento, en este autor podemos encontrar referencias tanto a la importancia del aspecto subjetivo de lo ilícito, separándose de **MERKEL** al reconocer que los inimputables podían cometer conductas ilícitas, pero sin dejar de marcar una relevancia a la parte objetiva lo que inclusive da como resultado que **SANCINETTI** lo ubique dentro de una tendencia objetiva al advertir en su pensamiento la reflexión de que el imperativo de la norma **se lesiona en el momento de que el derecho no cumple con su meta**<sup>14</sup> por lo que se advierte la presencia de una **norma de valoración** y otra de **determinación**, la primera es la única que interesa en el momento de **analizar al injusto**, pues la segunda se refiere al análisis del juicio de reproche, tal y como en su momento estableció **GOLDSCHMIEDT** al analizar el juicio de reproche en una concepción normativa de la culpabilidad en la que concluyó que hay **normas de derecho** y **normas de deber** y es la de derecho la cual se vulnera dando lugar ya a lo ilícito, pues es la que se refiere a su conducta externa.

En este proceso evolutivo se llega a la concepción clásica del delito en la cual se advierte debido a la influencia positivista de la época una gran carga hacia lo objetivo a nivel del ilícito y lo subjetivo únicamente en clave de culpabilidad, por supuesto nos estamos refiriendo a la etapa de la concepción clásica del delito que se estructura con **LISZT, BELING y RADBRUCH**, para estos autores la nota de nueva cuenta a nivel del injusto la vendrá a dar el desvalor de resultado, partiendo de las concepciones causalistas de la acción y de la relevancia del nexo causal por la necesidad de comprobar mediante el método científico sus afirmaciones.

Para **LISZT** la antijuridicidad tiene una integración dualista es decir que existe tanto la **antijuridicidad formal** como la **material**, se trata pues de entender que la antijuridicidad vista en el plano formal vendría a ser propiamente la

---

<sup>14</sup> Sancinetti Marcelo A. "Teoría del Delito y Disvalor de Acción", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina 1991 p.21.

transgresión de la norma y la material es entonces la esencia misma de la antijuridicidad, es decir, **el daño o puesta en peligro del bien jurídico**, lo que es sin duda una conducta contraria a la sociedad, esto es a sus intereses, así los bienes jurídicos son esos intereses de la sociedad o del individuo, sin dejar de aceptar que en todo caso no es el orden jurídico el que crea el interés, pues este fue creado por la vida misma y es el derecho el que da la categoría de bien jurídico a ese interés vital.

Viene a reafirmar lo dicho en entomo a **LISZT**, la transcripción que realiza **SANCINETTI** para dejar constancia de clara tendencia hacia el monismo objetivo del penalista alemán:

*"El acto contrario a derecho es un ataque a los intereses vitales de los particulares o de la colectividad, protegidos por las normas jurídicas; por consiguiente una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico"*

*"...En cambio la pena es acción que repele, se dirige contra el delincuente a fin de quebrar o doblegar su voluntad, al dañar o destruir los bienes jurídicos de que aquel es titular; constituye protección de bienes jurídicos realizada a través del daño de bienes jurídicos"<sup>15</sup>*

Con esta concepción se logra separar con toda pulcritud, lo objetivo de lo subjetivo, es decir que al nivel de lo ilícito se encontraba **el daño del bien jurídico, o bien su puesta en peligro**, sin que para ello importara que el sujeto fuera o no fuera imputable, que pudiera o no pudiera comprender el carácter de antijurídico de su actuar pues ese tipo de valoración quedaba reservada para el momento de estudio de la culpabilidad.

**HUGO ROCCO** conceptualiza a **LISZT**, como un autor ubicado en las teorías objetivas y subclasificado en **la teoría de la violación del bien o interés jurídico**, para lo que resulta indispensable reiterar que para el maestro alemán el bien jurídico tiene como punto de partida la idea de interés protegido por el derecho, es decir un interés jurídicamente protegido, siendo este un interés vital,

---

<sup>15</sup> Sancinetti Ob. Cit. pp.22-23.

y ese interés no es creado por la norma, sino por la misma vida, y es entonces el derecho el encargado de protegerlo, esta forma de pensar como sabemos tiene como origen la teoría del interés de **RUDOLF VON IHERING**, quien estructuró sus ideas al tiempo de criticar la teoría de **MERKEL** en el sentido de que el ilícito no requería ser culpable, es por lo cual se reconoce a **IHERING** como el creador de la denominación de **ilícito objetivo**,<sup>16</sup> entendido como la lesión de un bien jurídico por medio de la voluntad humana, con lo que se deja fuera a las fuerzas de la naturaleza, lo que constituía una de las objeciones de **MERKEL**.

Aún cuando sin duda es factible anotar otros tanto autores como son, **VON BURI, SCHÖNKE, BELING, MAYER, SAUER, HIPPEL, FINGER, VON CLAKER, BETTIOL, DELITALA, BATTAGLIANI, IMPALLOMENI, FLORIAN, MAGGIORE, CARNEVALE PANNAIN y VASALLI**, no hay que perder de vista que no obstante lo dicho en el sentido de que es necesario que se produzca un resultado ya consistente en la afectación o puesta en peligro del bien jurídico, si vemos con cuidado algunas de las afirmaciones de autores como el maestro **RICARDO FRANCO Y GUZMAN**, se puede advertir que la idea del objetivismo en la antijuridicidad deviene de la posibilidad de hacer caer el juicio de licitud en "*el comportamiento humano, por su sola contradicción normativa*",<sup>17</sup> el punto relevante sin duda es ese comportamiento **sin intención**, más bien como un **resultado** que se da por el mismo actuar del sujeto, y que sólo es relevante para el derecho en el momento mismo en el que se presenta la actualización del supuesto de hecho de una forma objetiva.

Resulta ilustrativa de esta forma de pensamiento la siguiente transcripción realizada por el maestro **RICARDO FRANCO Y GUZMAN**:

*"Bettiol sostiene que la antijuridicidad consiste en una valoración que hace el juez acerca del carácter lesivo de todo comportamiento humano"*<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Sacher, Ob. Cit. P.51

<sup>17</sup> Franco y Guzman, Ob. Cit. p.80

<sup>18</sup> Ibid, pp. 81-82

Este autor italiano entiende que únicamente puede hablarse de un acto antijurídico cuando éste se ha comprobado **como lesivo de un bien jurídico**, pues sin tal contenido la antijuridicidad es inexistente.

La idea está centrada como puede observarse en que **al derecho no le importan los comportamientos de los sujetos o al menos no se dirige a evitar el comportamiento particular de ese sujeto al nivel de lo ilícito**, sino que se trata de entender que el derecho penal es algo más objetivo.

En este avance no podemos dejar de señalar la presencia de **MEZGER** lo que en si no es extraño pues sin duda ese gran penalista alemán a hecho sentir su influencia en la mayoría de los problemas que surgen del estudio de la teoría del delito. Así, en lo que correspondió al estudio del injusto, siguió defendiendo la concepción monista objetiva, y para justificarse intelectualmente advirtió que era necesario el distinguir como brevemente adelantamos antes, la existencia de **dos tipos de normas**: una de valoración que se orienta a una determinada situación objetiva y la segunda sería la de determinación que se encuentran en un proceso de valoración posterior, el primero meramente objetivo y el segundo absolutamente personal o subjetivo. Así se advierte en la cita del maestro **RICARDO FRANCO Y GUZMAN**:

*“El injusto es contradicción objetiva con las normas del Derecho. Las referencias anímicas subjetivas del infractor respecto al injusto cometido por él, el saber que infringe el ordenamiento jurídico y el conocimiento de los fundamentos fácticos de dicha infracción, la intención de actuar contra el Derecho, son sólo de importancia en lo que concierne a la imputación personal del injusto, por tanto en la teoría de la culpabilidad.”<sup>19</sup>*

Sin duda a **MEZGER** le tocó defender esta postura objetiva, y esto en una época en la que **la presencia de elementos subjetivos en el ilícito se hacía cada vez más latente**, él, advirtió que no podía generalizarse la ausencia de los elementos subjetivos a nivel del ilícito, señalando, que cuando éstos se

---

<sup>19</sup> Franco y Guzmán, Ob. Cit. p.93

advertían en la descripción típica era porque se trataba de **casos particulares** en los que el legislador, advierte y señala ciertas conductas concretas dirigidas hacia un resultado, de cualquier manera se mantuvo firme en su convicción lo que se desprende de la siguiente cita:

*"Distinguimos por lo tanto, una norma objetiva de valoración del derecho que materializa esa ordenación objetiva de vida y una norma subjetiva de determinación que se deduce de aquella norma y que se dirige al individuo y le dice y le quiere decir lo que debe hacer y omitir para satisfacer dicha norma de valoración. Lo que contradice la norma objetiva de valoración es antijuridicidad objetiva o como se acostumbra decir en la actualidad injusto"*<sup>20</sup>

### **1.3.2. Monismo Subjetivo.**

En esta corriente tal y como su nombre lo sugiere, se trata de atender más que a la afectación o no del bien jurídico, a **la dirección de voluntad del sujeto**, es éste último, el protagonista principal.

Se tomó como fuente de inspiración para los postulados de esta corriente, la concepción de **KANT** en el sentido de que **la ley es un imperativo categórico**, un mandato de justicia siendo algunos de los autores más representativos **HOLD VON FERNECK, ALEXANDER GRAF ZU DOHNA, KARL BINDING, ADOLF MERKEL, GUSTAV RADBRUCH, LIEPMANN, HORN, ARMIN KAUFMAN, ZIELINSKY, PESINA FERRINI, CIVOLI, ANTOLISEI, ROCCO, ALIMENA, CARNELUTTI, MESSINA GRISPIGNI, MORENO-TORRES HERRERA**. Sin embargo, no dejamos de reconocer que esta tendencia subjetiva se puede advertir desde el derecho romano en el que se concebía al delito mismo como la voluntad delictiva manifestada, así en la frase ***In maleficiis voluntas spectatur non exitus***, del Emperador Adriano en el Digesto **48,8,14**, (En las malas

---

<sup>20</sup> Citado por Sancinetti Ob. Cit. 25

acciones decide la voluntad no el resultado),<sup>21</sup> igual su repercusión en la edad media y en el derecho canónico.

Lo cierto es que en esta concepción el ilícito penal se constituye **sin la presencia del resultado**, es decir, lo trascendente para integrar la antijuridicidad penal lo es la contravención normativa dada por la dirección de voluntad. Esta idea también se encuentra en los pensadores griegos como es el caso de **ARISTÓTELES** que decía que sólo era posible responsabilizar a un sujeto por las acciones que se deriven de su fuero interno, es decir, de donde se advierte como indispensable la consideración sobre la voluntad del individuo. La misma línea se siguió en la edad media y posteriormente con **PUFENDORF (1632-94)**, quien años más tarde sería retomado por **WELZEL**, quien volvió a marcar la relevancia de la voluntad para la integración de lo injusto reconociendo la necesidad de una **voluntad libre en el individuo para poder realizar una imputación**.<sup>22</sup>

También en el corte subjetivista se inscribió **HEGEL** quien advirtió que las normas penales rigen sólo para la voluntad, por lo que la responsabilidad penal sólo debe ser dirigida a la voluntad que contraviene a la norma, su problemática fue que requería de imputabilidad para reconocer la presencia de una acción y sin duda por ello fue que sus postulados sufrieron a nivel del concepto de acción de muchas críticas, dada la confusión que se daba entre lo ilícito y la culpabilidad.

Después de **HEGEL** entra en la escena **MERKEL**, quien plantea la existencia de una contravención normativa dada por **un comportamiento humano que es contrario al deber** y por tanto constituye el injusto, y este se da precisamente por la **afectación de intereses**, intereses que son objeto de tutela por el derecho, dándose la afectación de esos intereses precisamente **al violar el derecho en sí**. No obstante que **HUGO ROCCO** lo ubica como un autor mixto,

<sup>21</sup> Stratenwerth Günther, Ob. Cit. p.23.

<sup>22</sup> Sacher Ob. Cit. p.p. 21-24.



es decir, **que concilia o trata de conciliar las tendencias subjetivas u objetivas**, no podemos dejar de advertir la forma de arranque de **MERKEL** en el momento de argumentar, en cuanto a que menciona **la preponderancia de la contravención al deber**, por lo que nosotros lo ubicamos como **subjetivista**, y nos sirve de apoyo la siguiente transcripción:

*“Toda violación del derecho contiene un comportamiento que contradice las exigencias del mismo, y que es, por consiguiente contrario a un deber. Del lado externo tal comportamiento se caracteriza porque con él, se pone en existencia la acción que el Derecho prohíbe, u omite la que ordena. Toda violación al derecho tiene una importancia muy grande para los intereses, los que exigen la tutela del derecho.”<sup>23</sup>*

**MERKEL** también conceptualiza al delito con una unión entre lo ilícito y la culpabilidad pues retoma la idea de que sólo los sujetos que son capaces pueden vulnerar las normas.

En la misma línea es interesante analizar como **BINDING**, ya planteaba la necesidad de olvidar las ideas de **FEUERBACH** y de **CARRARA** en cuanto a que sólo se da el delito cuando se lesionan los derechos subjetivos, pues advierte que en todo caso **lo más importante es sin duda la violación de lo que él denomina como el derecho subjetivo público**, afectando el deber de obediencia para con el Estado es decir, lo importante es en sí la **contravención normativa** puesto que con ello se afecta al bien jurídico que es al que busca proteger la norma, así el sujeto que desatiende la exigencia normativa lo que está haciendo es **turbando el orden jurídico y con ello ofendiendo el derecho de obediencia del Estado**.

Al abordar las corrientes subjetivas marca **SANCINETTI** como importante la aportación de **FERNECK** en **1906**, cuando mencionó que si bien es cierto que el derecho cuando prohíbe acciones lo hace con la finalidad de que no se produzcan resultados que no desea, no lo es menos que el resultado mismo no

---

<sup>23</sup> Citado por Franco y Guzman Ob. Cit. p.150

es antijurídico pues lo prohibido no es él sino la acción, el resultado le resulta indiferente al derecho.<sup>24</sup>

Veamos ahora el pensamiento de **PESINA** quien decía de acuerdo con la transcripción del maestro **FRANCO Y GUZMAN** lo siguiente:

*"El delito según su esencia tiene por objeto el Derecho, del cual es su violación. Objeto general de semejante violación es el Derecho en sí mismo; objeto especial es pues, aquél determinado dictado que el hombre infringe"*<sup>25</sup>

En la misma línea de pensamiento se ubican **BUCCELLATI** y **CIVOLI** para quienes el delito es infracción del orden jurídico y la antijuridicidad es pues lo contrario al orden jurídico existente en un país, es la oposición a una norma, a todos estos autores **ROCCO** los encasilló como defensores de una teoría de la violación del puro derecho objetivo, criticándoles que la abstracción al no referir la violación al derecho positivo sino a un derecho objetivo racional o ideal, a un orden jurídico en sí y por sí considerado.

Otro autor de pensamiento subjetivista es **LIEPMANN**, para quien el delito en cuanto a injusto sólo puede ser considerado como una falta al deber jurídico, como una ofensa a la obligación jurídica, realizada por un imputable, por acción y por culpa, consideraciones estas últimas que le valieron una severa crítica de **ROCCO** al confundir el injusto con la culpabilidad de la época.

Por su parte **HUGO ROCCO**, en torno al contenido material del injusto, sin perder de vista que el debate se entendía precisamente en saber si el injusto se integra con la ofensa de intereses subjetivos o bien objetivos, es decir si se ofende a un sujeto particular o a la colectividad o al Estado, en primer lugar señala que el delito lo entiende como *"una acción dañosa o peligrosa, lo que es lo mismo, que el delito es la lesión o la amenaza de bienes e intereses humanos"*.<sup>26</sup> El delito para **ROCCO** representa una ilicitud penal, la cual **no debe entenderse como resultado del delito, ni tampoco como elemento, sino**

<sup>24</sup> Sancinetti Ob. Cit. p. 20.

<sup>25</sup> Franco y Guzman, Ob. Cit. pp.134-135

<sup>26</sup> Ibid. p.154.

como su **esencia**, su **naturaleza intrínseca**, y esta antijuridicidad es puramente **formal**, puesto que el resultado material que se observa, traducido en daño o peligro, eso sí que es un elemento del delito, de ahí que no se pueda distinguir a la esencia del delito con uno de sus elementos.<sup>27</sup>

Se advierte como **HUGO ROCCO**, desde su crítica a la postura de **LISZT** en el sentido de que exista una antijuridicidad formal y otra material, se muestra partidario de reconocer **sólo una antijuridicidad y esta es la formal**, pues para él lo relevante es precisamente la **contravención normativa**, pues esto es la **esencia** y naturaleza misma del delito y la otra, la llamada antijuridicidad material, no es otra cosa que un **elemento** del delito tal y como lo es la acción y la culpa.

**ANTOLISEI** también se muestra acorde con entender que existe una sola antijuridicidad, y que es la que se obtiene al contrastar el acto y las normas del ordenamiento jurídico positivo, es decir que nos está presentando la idea de que es el sujeto con su actuar contrario al derecho el que da lugar a la antijuridicidad, sin embargo no deja de reconocer que esa antijuridicidad presenta un contenido y que el mismo es el que se puede apreciar en la lesión o puesta en peligro de los bienes que la norma protege.

En la línea del subjetivismo se apunta **OSKAR ADOLF GERMANN**, quien aproximadamente en **1914** ya planteaba la necesidad de que lo ilícito se concentrara precisamente en la **voluntad del sujeto**, así se advierte de la siguiente transcripción:

*"No tendría sentido ordenarte al hombre: ¡no debes producir este o aquel resultado!, pues la producción del resultado depende de una serie de factores (condiciones) que están fuera del ámbito de dominio del hombre de que se trata; más bien sólo puede ordenársele: ¡no debes querer producir el resultado!"<sup>28</sup>*

---

<sup>27</sup> *Ibid.* p. 158.

<sup>28</sup> *Trascrito por Stratenwerth, Ob. Cit. p.41.*

Es indiscutible que el subjetivismo como hemos visto tiene como punto de arranque a la concepción **imperativa de la norma**, (sin que se entienda sólo desde el punto de vista de la teoría de los imperativos) al dejar de considerarla como una simple norma de valoración en el aspecto de la antijuridicidad y con ello a no entender sólo al injusto como desvalor de resultado.<sup>29</sup>

En épocas más recientes se advierte que los autores que se confiesan partidarios de esta posición ideológica toman algunas de las ideas de **WELZEL** en torno al desvalor de acción, cuando manejó como elemento común en cualquier delito la presencia de él, y en cambio ubicó al desvalor de resultado como un elemento que puede llegar a faltar pero esto no impide la integración del injusto.<sup>30</sup> Aún cuando desde este momento podemos precisar que para **WELZEL** el desvalor de resultado si se ubica en el tipo y por tanto no lo maneja (como las posturas subjetivo monistas) como algo relativo sólo a la punibilidad.

Lo cierto es que como advierte **SANCINETTI** el subjetivismo trata de salvar esa incongruencia sistemática del planteamiento finalista al no eliminar el resultado del ámbito de lo ilícito, siendo precisamente los discípulos de **HANS WELZEL** los que realizan las investigaciones para conceptualizar sólo a la voluntad de contravención normativa como integradora del injusto, nos referimos en principio a **ARMIN KAUFMANN**, y a los discípulos de éste como son **DIETHART ZIELINSKY** y **ECKHARD HORN**.<sup>31</sup>

En efecto, sin duda que se trata de una corriente en la cual se afinan una serie de planteamientos y consecuencias que había abordado **WELZEL**, cuando estructuró su concepción del **injusto personal**.

---

<sup>29</sup> Huerta Tocildo Susana, "Sobre el Contenido de Antijuridicidad", Editorial Tecnos, Madrid España. 1984 pp. 17-24.

<sup>30</sup> Welzel Hans, "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Final", Barcelona España, 1964. p.68

<sup>31</sup> Sancinetti Ob. Cit. p.8

En el Derecho Penal la concepción meramente subjetivista del mismo se ha visto también como un modelo utilizado por el Estado totalitario entendiendo que el individuo al contravenir la norma de conducta está contraviniendo los marcos legales de sus obligaciones como individuo frente a la sociedad, con lo que muestra su rechazo al derecho.

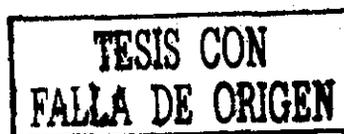
Con esta concepción se arriba sin problema a un Derecho Penal de autor, en el cual queda de manifiesto la relación contraria que presenta el sujeto respecto de su comunidad. Este es el modelo que sirve a los estados como el nacional-socialista, en el que los tipos son estructurados a la manera de tipos de empresa o emprendimiento, es decir en los cuales el legislador plantea en el propio tipo *igual sanción tanto para el delito consumado como para el delito tentado*.

De los seguidores de **WELZEL** mencionaremos en primer lugar a **ARMIN KAUFMAN**, el cual en 1954 estructuró su teoría de las normas sobre los postulados que de la norma había llevado a cabo previamente **BINDING**, consistentes en advertir en la norma jurídica un juicio de valor que se realiza en forma escalonada, esto es, existe un primer juicio de tipo positivo en el cual se advierte por el legislador el objeto de protección de la norma, el bien jurídico, este será el primer nivel de valoración, el segundo juicio en estos "escalones" valorativos se corresponde al del acontecer fáctico, si éste ha afectado a la primer valoración entonces tenemos necesariamente una valoración que se precisa como negativa, es decir se da un *disvalor* o puede presentarse también un *valor*, esto siempre y cuando en la afectación del bien jurídico se presente una acción, la cual se advierte como justificada por buscar la protección de esos valores.

Lo importante como apunta **SANCINETTI** es advertir que, en este nivel de análisis estamos en presencia de la valoración de una **situación de hecho**, de un acontecer objetivo,<sup>32</sup> y de cualquier forma, es necesario percibir que esos

---

<sup>32</sup> Ibid. P.32



acontecimientos son valorados por el derecho en tanto se trate de acciones del hombre. Sobre lo anterior resulta ilustrativa la transcripción de **SANCINETTI**:

*"Lo que se valora aquí no es la causalidad en tanto "acontecimiento" o suceso, sino la composición teleológica de la intencionalidad del hombre. El acontecimiento se transforma en obra de la voluntad, la finalidad hace que el acontecimiento sea imputable a una persona y la valoración incluye como objeto al hombre: Ilícito Personal. En el caso de la valoración negativa, las consecuencias son disvalores de actos, en el caso de la valoración positiva valores de actos"*<sup>33</sup>

Es pues en la concepción de un tercer nivel de esta escalonada forma de valorar, en donde se encuentra **la acción del hombre**, esta acción será valiosa o disvaliosa según la valoración del hecho que se haya realizado en el segundo nivel previamente citado.

Con esta forma de razonar **KAUFMAN** llegó a advertir que a toda norma le precede un juicio de valor y que a ese juicio de valor se identifica en su objeto con la norma misma, es decir que concurren tanto la norma de determinación como la de valoración por virtud de la identidad del objeto, y finalmente esos juicios de valor sólo pueden estar referidos esencialmente a actos del hombre, entendidos como acontecimientos objetivos.

Este autor advierte que no es necesario que el sujeto tenga la capacidad de comprender lo ilícito para formular el juicio de disvalor del acto, sino que basta con que el sujeto posea una capacidad de actuar. En contra de las ideas causalistas argumenta que no es lo mismo hablar de dirección de la voluntad (su postura) y otra distinta es la de realización de voluntad. Se identifica en su pensamiento el ilícito que configura a la tentativa acabada con el ilícito que se advierte en la consumación esto debido a que el resultado no constituye lo injusto, por lo mismo en el caso de los delitos imprudentes el resultado sólo se considera como una condición objetiva de punibilidad. Sin embargo le cabe la crítica, como la planteada por **SANCINETTI**, en cuanto a su concepción del

---

<sup>33</sup> Transcrito por Sancinetti, Ob. Cit. p.33.

resultado en los delitos dolosos, es decir en marcar una diferencia entre los delitos dolosos y los imprudentes en cuanto a su concepción del resultado. En efecto en los delitos dolosos el resultado no juega el papel de condición objetiva de punibilidad sino que tal parece que viene a dar un incremento del injusto y consecuentemente a integrarse al mismo en clave de un mayor desvalor de acción.<sup>34</sup>

Lo cierto es que de cualquier manera, el cambio respecto de las concepciones de **WELZEL** no es absoluto y lo podemos advertir en la siguiente manifestación del pensamiento de **KAUFMANN**:

*“¿Qué se desprende de las estructuras lógico-objetivas para las relaciones entre la teoría de las normas y la teoría del derecho penal?”*

*En el campo de lo ilícito, las normas son prescindibles: el disvalor del hecho surge de un juicio jurídico de valor sobre un suceso. Este juicio de valor se encuentra antes de la norma; Asimismo, tampoco resulta posible el tratamiento dogmático del disvalor del hecho, sin ninguna referencia a la norma. La cuestión es similar con respecto al disvalor de acto. El juicio de valor que comprueba un acto o una omisión de un acto como un ilícito se encuentra lógicamente antes de la norma misma. Pero este juicio también penetra en la norma de tal manera que, como dice Welzel, la “norma jurídico-penal de valoración consiste en un deber de actuar o deber de hacer”. “Por tanto, precisamente en aquello que ya expresa la norma de determinación”. En consecuencia la antijuridicidad puede fundarse probablemente ya a partir de la valoración; pero la contrariedad al deber es inseparable y está conectada con la norma.”<sup>35</sup>*

Ahora nos corresponde mencionar algo en torno al pensamiento de **ZIELINSKI**, y en principio diremos como es obvio, que pertenece al grupo de pensadores del subjetivismo, y que se trata, como también previamente advertimos, de un discípulo de **ARMIN KAUFMANN**, sólo que **ZIELINSKY** realiza los planteamientos de la integración del injusto que formuló su maestro de una manera más sencilla. Así, para él, la integración de lo ilícito no tiene que partir de un concepto ontológico de acción, sí reconoce que la acción debe tener una

<sup>34</sup> Sancinetti, Ob. Cit. p.36.

<sup>35</sup> Kaufmann Armin, “Teoría de las Normas, Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna”, Editorial Depalma, Trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Argentina, 1977. p. 389.

carga de finalidad, pero que está orientada a ciertos fines, y esos fines cuando se trata de la convivencia de los hombres, pues deben estar dirigidos por la norma para que con ello se alcancen las metas planteadas jurídicamente, las cuales se transmiten a la sociedad a través de mandatos y prohibiciones, la norma también debe cumplir con la exigencia de ser comprensible, por lo que se exige la presencia claridad en la forma de describir dichos mandatos y prohibiciones.

**ZIELINSKY**, a diferencia de **KAUFMANN** plantea sólo la existencia de dos niveles de valoración, uno que denomina como primario y que se refiere al juicio positivo, es decir de captación de los bienes jurídicos así como al de la valoración del hecho acontecido; y un segundo juicio denominado como secundario en el que se valora a la acción.

Ese juicio que denomina como juicio secundario es el que da fundamento al ilícito. Pero como advierte **SANCINETI**, este autor no niega una función al bien jurídico, pues este es el que da lugar al juicio de disvalor, puesto que primeramente se realiza el juicio positivo, y este es que da soporte al segundo juicio negativo o disvalor, la acción va dirigida al resultado que se pretende evitar, pero eso no significa que pueda constituir el injusto.<sup>36</sup>

Para este autor lo importante es simplemente el hecho de que exista un comportamiento contrario a la norma conforme a la representación subjetiva que de ese hecho se hizo el sujeto, veamos su pensamiento en la siguiente transcripción:

*“...Quien transgrede la norma, quien realiza la acción final prohibida, o bien omite la acción final mandada realiza el objeto del juicio de valor (secundario) realiza aquello que la norma tiene por misión evitar, realiza el ilícito en el sentido del derecho penal”.*<sup>37</sup>

---

<sup>36</sup> Sancinetti, Ob. Cit. p 39.

<sup>37</sup> Citado por Sancinetti, Ob. Cit. p 40.

Es clara su idea de que los resultados por si mismos no son relevantes, se requiere del parámetro de la acción humana, para poder valorar la ilicitud, así se corrobora cuando apunta lo siguiente:

*"Es posible denominar igualmente ilícito, a la mera realización del objeto de valor primario, de una lesión al objeto de bien jurídico, sin acción simultanea contraria al valor, pero para el derecho penal, carece de sentido"*<sup>38</sup>

Entonces, como dijimos, para este autor **sólo pueden constituir ilícito las acciones finales y por tanto el dolo forma parte del ilícito**, y sin distinguir entre el delito doloso y el imprudente encuentra el ilícito constituido por la voluntad de realización. Sus reflexiones lo llevan a afirmar **el mismo merecimiento de pena para el delito tentado que para el consumado**, esto último en atención a que en ambos casos existe el mismo desvalor de acción, es decir la misma cantidad de injusto, por lo que la producción o no del resultado ya no importa para el mandato de la norma. En su concepción, el resultado, solo tendrá utilidad en el estudio de la punibilidad, en cuanto a **la necesidad de pena**, por tanto no puede de ninguna manera ni siquiera incrementar el resultado.

Para **ZIELINSKY**, el resultado es algo que no se debe añadir a la acción por la sencilla razón de que cuando se comprueba el desvalor de acción éste ya lleva en sí mismo una capacidad de producción del resultado, capacidad que se comprueba desde una perspectiva *ex ante* mediante el juicio de un observador medio, por lo que, cuando la finalidad alcanza el rango de desvalor de acción esa capacidad de producción del resultado ya ha sido tomada en consideración para emitir el juicio valorativo, es clara la equiparación de este autor entre desvalor de acción y desvalor de intención. La función entonces del desvalor de resultado para él es considerada como un parámetro de diferenciación en los delitos dolosos entre la tentativa y la consumación, y en los culposos como una motivación de la pena.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> **Idem.**

<sup>39</sup> **Huerta Tocildo, Ob. Cit. p 30.**

Con todo lo anotado sin duda se puede terminar diciendo que en esta postura se trata de fundamentar lo ilícito en la contravención normativa, es decir atender a la dirección de voluntad que en forma conciente dirige el sujeto hacia un resultado, o bien en su voluntad realización sin el deber objetivo de cuidado, con lo que se contraviene la norma, lo que de suyo ya constituye lo injusto. En palabras de **MARIA ROSA MORENO-TORRES HERRERA**, diríamos que:

*“Los defensores de esta forma de entender el ilícito consideran que el ilícito se constituye única y exclusivamente por el desvalor de acción, no siendo necesario ningún otro elemento”.*<sup>40</sup>

No dejamos de mencionar que en la actualidad se busca distinguir a los autores estrictamente subjetivistas de aquellos que desde un punto de arranque subjetivo aceptan o previenen como necesaria **la presencia de elementos tanto subjetivos como objetivos desde el mismo desvalor de acción**, tal y como lo apunta **MORENO-TORRES HERRERA**, cuando después de realizar una crítica a las estructuras del injusto construidas ya desde un punto de vista objetivo o subjetivo, y al ocuparse del desvalor de acción refiere:

*“Una vez vistos los grupos de opiniones existentes en torno a la constitución del desvalor de acción, creemos conveniente hacer referencia a la duda que nos surge respecto a la distancia real entre ambas posturas. Lo cierto es que, a primera vista, mientras que el primero de los grupos merecería la calificación de puramente subjetivista el segundo por el contrario refleja la aceptación de elementos subjetivos y objetivos con lo que se muestra partidario de una constitución mixta”.*<sup>41</sup>

Estas postura será abordada con más detalle al estudiar los elementos integradores del injusto.

#### **1.4. Posturas Dualistas.**

---

<sup>40</sup> Moreno Torres-Herrera Maria Rosa, “Tentativa y Delito Irreal”, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España 1999. p.62.

<sup>41</sup> Ibid, p. 93.

El avance científico siempre presenta una serie de tesis y de antítesis en busca, o con la intención de alcanzar la síntesis, este mismo proceso es el que se siguió en torno a la antijuridicidad y por ello debemos mencionar que existen autores para los cuales no es convincente ninguna de las posturas radicales que acabamos de precisar, y por ello mantienen una tendencia que en su momento **ROCCO** denominó como **mixta** y que hoy diríamos que es de tendencia **dualista** en la integración del injusto.

Entre los autores que dan una postura de arranque a esta concepción podemos ubicar a **WACHTER**, quien hablaba de que el delito tiene como objeto establecer la ofensa a un bien jurídico, y en cada caso es ofendido **el orden jurídico en general**, y en muchos otros lo es también **el derecho subjetivo del ofendido** así, acepta dicho autor, la existencia de **dos clases de delitos** los llamados delitos de derecho, que son los que afectan a un derecho subjetivo, bien sea derecho de un particular o bien del Estado, y los delitos de moralidad, en los cuales se afecta la vida moral de la sociedad.<sup>42</sup> Si bien no se pierde de vista la confusión o mezcla que aquí se hace entre derecho y moral, diríamos que esto se debe a que se consideraba en la época, que todo lo que tuviera que ver con la voluntad tendría que estar al nivel de la culpabilidad, puesto que la separación entonces era tajante, al menos en la posición dominante se advertía sin muchos reparos que en **el ilícito se tenía todo lo objetivo** y en **la culpabilidad todo lo subjetivo**, por lo que, pensar que se diera una combinación de ambas no era tarea fácil de entender.

Esta posición dualista, es la que sostiene la doctrina dominante europea, (**JESCHECK, JUÁN BUSTOS, JOSÉ CEREZO, STRATENWERTH, MUÑOZ CONDE** entre otros.) y ella como es lógico resulta ser la contraposición a la línea de pensamiento que sostiene la concepción subjetivo-monista del injusto.

---

<sup>42</sup> Citado por Franco y Guzman, Ob. Cit. pp. 146.

Se trata de una postura en la que **se requiere la confluencia tanto del desvalor de acción, así como del desvalor del resultado para integrar lo ilícito**, se advierte que la norma de determinación requiere de una norma de valoración, entendida esta como antijuridicidad material, daño o puesta en peligro.

Ahora bien, aún dentro de esta postura dualista, se afirma la existencia de **dos variantes** que tienen que ver con la forma de concebir al desvalor de acción.<sup>43</sup>

Una primer tendencia es la que entiende al desvalor de acción como un desvalor de intención o sea un juicio de desaprobación que se hace directamente sobre el autor debido a que éste se decidió a actuar de la forma típica, es decir contraviniendo la norma de determinación. En esta postura no se requiere de la existencia del objeto, ni de las modalidades, pues sólo basta con **la representación del autor, es decir con que para él existan esos elementos en el evento**, y con ello se puede tener por integrado el desvalor de la norma de determinación, por lo que la consecuencia inmediata es la de encontrar sanción inclusive para la tentativa imposible, esos otros elementos pasarían a conformar el desvalor de resultado pero no el desvalor de acción, estos autores advierten aquí **la justificación de sancionar la tentativa imposible**.<sup>44</sup>

En contra de esta posición se encuentra **WILHELM GALLAS**, puesto que aclara, que en caso de que se aceptara como justificación para la tentativa imposible una concepción como la expuesta, no se podría encontrar fundamento en esta forma de razonar para las demás clases de tentativa puesto que **el desvalor de acción sería igual para todas**.

La segunda concepción integra el desvalor de acción con una serie de elementos objetivos que describen la forma y clase de perpetración del hecho y

---

<sup>43</sup> Huerta Tocildo, Ob. Cit. pp. 32-34.

<sup>44</sup> Más *vid Idem*

que como advertimos serían ubicados por la primera corriente en el desvalor de resultado. El mismo **GALLAS** sostiene la importancia práctica de esta distinción para el estudio de las causas de justificación.

No escapa de nuestro análisis el hecho de que aún cuando se trata de autores que se ubican en la corriente dualista (es decir que consideran como necesaria la concurrencia tanto del desvalor de acción como del resultado), **algunos llegan a jerarquizar dicha coexistencia** de los elementos mencionados, es decir, advierten mayor o menor peso para uno u otro de los elementos conformadores, como es el caso de **GONZALO RODRIGUEZ MORULLO** quien opta por partir de la supremacía del desvalor del resultado, aún cuando en su argumentación reconoce que no es suficiente con advertir dicho desvalor para colmar el injusto. En su concepción el desvalor de acción aporta en todo caso **la modalidad del ataque**. Su forma de entender al injusto se puede advertir en la siguiente transcripción:

*“El contenido sustancial de la antijuridicidad esta constituido en primer lugar por el desvalor de resultado, no cumpliendo el desvalor de acción sino una ocasional función selectiva y sólo en la medida en que vaya referido a la creación de riesgos o lesiones de bienes jurídicos...sin negar que dicho desvalor de acción pase a formar parte del contenido de la antijuridicidad”<sup>45</sup>*

Nótese que este autor no deja para nada de reconocer el papel **cofundante** del desvalor de acción y del desvalor de resultado, el punto es que para él la norma penal debe ser considerada como una norma de valoración y no como una norma de determinación por lo que se vuelve fundamental el enfoque objetivo que promulga a fin de no llegar a conclusiones incongruentes.

En cuanto al problema de la tentativa inidónea, este autor se remite a la idea de que en tal caso, el desvalor del resultado, está precisamente en el **ataque al orden público, a la conmoción generada por el ataque**.

---

<sup>45</sup> Transcripción de Huerta Tocildo, Ob. Cit. p.20.

Este enfoque respecto del fundamento de la tentativa inidónea de **RODRIGUEZ MORULLO**, tiene como aliada a la **teoría de la impresión**, la cual precisamente hace consistir el desvalor del resultado en el estado de conmoción creado para la sociedad, por lo que todo ataque que pueda crear una alarma a la sociedad, será suficiente para acreditar un desvalor del resultado en la acción emprendida tal y como lo sostiene **ESTEBAN SOLA RECHE**, discípulo de **ROMEO CASABONA**.<sup>46</sup>

En torno a la **teoría de la impresión**, a reserva de que en su momento tuviéramos que regresar a ella al referirnos a la figura de la tentativa inidónea, podemos mencionar que se trata de una teoría a la que se le ubica en su arranque entorno a dos autores, uno **HORN** el otro **VON BAR** sin embargo **RAFAEL ALCACER GUIRAO** advierte de uno más y que inclusive publicó su obra un año antes que **HORN**, se refiere a **KLEE** quien en 1898 ya apuntaba que la tentativa pone en peligro el ordenamiento jurídico viéndose intranquilizada la colectividad en cuanto se advierta lo cerca que hubiere estado de dañar el bien jurídico el ataque realizado por el sujeto.<sup>47</sup>

Como se ha esbozado esta teoría busca justificar el castigo de la tentativa inidónea, su punto de arranque es subjetivo, es decir, **sanciona la manifestación de voluntad del sujeto que contraviene el ordenamiento jurídico**, pero no se conforma sólo con ese desvalor de acción, sino que va más allá planteando el necesario efecto de dicha tentativa consistente en que tal evento provoque en la mayoría de la comunidad una impresión de afectación del ordenamiento jurídico, y que por tal virtud se puede llegar a la consecuencia de que la dicha comunidad perdiera la confianza en las normas afectadas en caso de que no fuera subsanado con la sanción. En esta línea de pensamiento se manejaron autores como **FRANK, MERKEL MEZGER Y MAURACH**, lo cierto es que no deja de apuntarse, que esta teoría resulta por demás insegura,

---

<sup>46</sup> "La Llamada Tentativa Inidónea del Delito", Editorial Comares, Granada, España. 1996. p.103

<sup>47</sup> "La Tentativa Inidónea Fundamentación y configuración de lo Injusto", Editorial Comares, Granada, España 2000. p.248.

precisamente por el hecho de que en la valoración de que es lo que sí causa conmoción social y lo que no, se observa un vacío sin precisión alguna, lo que da como resultado una inconcreción total, puesto que bastaba con hipotéticamente se considerara que fuera posible alterar el sentimiento de seguridad en la sociedad al tomar en consideración que esa misma acción **podría haber llevado a la consumación en otras circunstancias.**<sup>48</sup>

Todo esto sin duda implica un resultado, el cual se hace consistir en la lesión del ordenamiento jurídico. Pero tal y como dijimos en su momento, esta teoría se topa con la dificultad del **juicio propio de la conmoción**, por lo que resulta interesante advertir como es que éste se efectúa tal y como lo refiere **ALCACER GUIRAO**, cuando alude a **HORN y V. BAR**:

*"Para determinar la impresión que la acción produce, debe realizarse un juicio, según afirman estos autores, por una persona razonable y, frente a la prognosis posterior de V. Liszt, a partir de una perspectiva realmente retrospectiva, una vez concluido el hecho. Sobre la base de dicho juicio, ambos autores llegan a peculiares resultados, a medio camino entre la teoría de la idoneidad del plan-subjetiva y la teoría objetiva que distingue entre una idoneidad relativa y una absoluta. Así en los casos en los que el autor quiere utilizar un medio idóneo pero en el último momento emplea erróneamente uno inidóneo, el plan que quería realizar causará por regla general impresión de peligrosidad. En cambio, para el caso de inexistencia de objeto se renuncia a la contemplación del plan de autor y se afirma categóricamente la impunidad".*<sup>49</sup>

Esta teoría de la impresión, es la que sigue la doctrina dominante en Alemania, y también ha sido utilizada en su momento por la doctrina española,<sup>50</sup> sin embargo, en la actualidad se plantean o tratan de plantear variantes a la misma, esto, en atención a que es necesaria la realización del citado juicio hipotético de lesión al ordenamiento, justificándolo precisamente en la voluntad del sujeto, dichas variantes en general plantean de una u otra forma la búsqueda de

---

<sup>48</sup> Ibid. p.248.

<sup>49</sup> Ibid. p. 249.

<sup>50</sup> Así se anota por Alcacer Guirado, para el primer caso Jescheck, Mezger, Busch, Meyer, Bruns, Wolter, Schünemann, Blei, Vogler, Esser, Schönke, Schröder, Wessels, Tröndle, Rudolphi y Roxin; por los españoles Sánchez Tijerina, Rodríguez Morullo, Ruiz Antón, Sáinz Cantero, Torío López, Bakdo Lavilla, Ob, Cít pp.251-252.

criterios más objetivos en torno al juicio de lesión jurídica, así, se plantea por **PAPAGEOGIOU-GONATAS**, que el juicio debe ser realizado **por gente sensata con una determinada experiencia vital, encarnada en el ciudadano medio ideal** que juzgue la acción a partir de **lo que se considera como normal en una sociedad**, con esto, dicho autor se perfila en contra de cualquier planteamiento estrictamente dogmático; otro es **SCHÜNEMANN** quien señala que una tentativa inidónea sólo puede ser considerada como no causante de una conmoción social, de acuerdo con la teoría de la impresión, cuando el juicio normativo no se centre únicamente en la energía criminal del autor que se estime como fracasada de antemano en ese caso concreto, **sino que esa energía deberá ser considerada como igualmente fracasada ex ante en otro caso aún cuando se repitiera bajo otras circunstancias**; finalmente **NIEPOTH** establece la necesidad de realizar un juicio de adecuación en el que participen tres distintos conocimientos: **ontológico, nomológico y normativo**, en los dos primeros conocimientos se trata del autor y en el tercero del sujeto que lleva a cabo la evaluación, en el primer juicio se trata únicamente de los conocimientos del autor sin incluir correcciones a su error, en el segundo se trata del conocimiento del sujeto de acuerdo con las leyes de la naturaleza y de los efectos de los medios que emplea, y finalmente el juicio normativo que lleva a cabo el juzgador con los conocimientos antes descritos y que realiza precisamente *ex ante*.<sup>51</sup>

Ya dijimos que esta teoría es criticada por su **grado de subjetividad a la hora de realizar el juicio correspondiente a la conmoción**, pero podemos agregar además que la crítica se hace extensiva por la vulneración del principio de legalidad puesto, que como seguramente se ha advertido ya, esta teoría precisa de entender a la *conmoción social*, como un bien jurídico que encuentre su protección en la misma parte general, cuando es claro que los bienes jurídicos que son protegidos por el legislador encuentran su basamento precisamente en la parte especial y esta funciona en un sistema de *numerus clausus*, y por otro

---

<sup>51</sup> C.F.R. Alcacer Guirado, *Ob. Cit.* pp.254-257.

lado se advierte que este criterio de afectación de la confianza en la norma se ve llevada al extremo en el caso de la tentativa inidónea afectándose el principio de intervención mínima del derecho penal. Dejamos hasta aquí por ahora el tema de la teoría de la impresión.

Antes de detenernos a hablar de la teoría de la impresión, nos ocupábamos de resaltar que en la misma corriente dualista se puedan encontrar autores que pretenden dar más relevancia al alguno de los elementos que integran al injusto, y ya pusimos de manifiesto el ejemplo que se advierte en **RODRÍGUEZ MORULLO**, cuando coloca en un primer plano al desvalor de resultado, ahora veamos al punto contrario.

En principio debemos aclarar que quizá lo correcto sería afirmar que el autor que más fuerza le dio en los tiempos modernos a la importancia y relevancia del desvalor de acción en la integración del injusto, lo es sin duda **HANS WELZEL**, y por tanto se volvería necesario advertir que los comentarios propios a su postura correspondería insertarlos precisamente en el análisis de las corrientes del monismo subjetivo, sin embargo, existen afirmaciones diversas en dicho autor que nos obligan a no dejar de reconocer su inclinación por encontrar algún **efecto confundante del desvalor de resultado** en el momento de integrar el injusto penal, por lo que preferimos incluirlo en esta sección conscientes de las críticas que sin duda generara esto, por lo que un poco en desagravio anticipado procederemos a realizar algunas de las transcripciones que nos dejan en aptitud de señalar lo anterior.

En la obra de **HUERTA TOCILDO** encontramos lo siguiente:

*“En los delitos dolosos no afirma Welzel que el injusto quede ya constituido con la sola presencia del desvalor de acción, sino que se limita a decir que no en todos los casos será precisa la concurrencia de un desvalor de resultado, ya que este último no es un elemento independiente. Lo que ésta fuera de duda es que en Welzel, el desvalor de resultado no es un elemento*

*independiente de la constitución del injusto-junto al desvalor de acción-en los delitos dolosos, sino, todo lo más, un elemento aumentante del injusto*<sup>52</sup>

El propio **WELZEL** señala:

*“La doctrina de la antijuricidad como lesión causal de un bien jurídico que rechazamos, tiene de todos modos el mérito, de haber destacado la importancia del elemento del resultado (del bien jurídico). En la mayor parte de los delitos es esencial, sin duda, una lesión o un peligro de un bien jurídico, pero sólo como momento parcial de la acción personalmente antijurídica y nunca en el sentido de que la lesión del bien jurídico, caracterice suficientemente lo injusto del hecho. La lesión del bien jurídico (el desvalor de resultado) tiene relevancia en el Derecho Penal sólo dentro de una acción personalmente antijurídica (dentro del desvalor de acción)”*<sup>53</sup>

Destaca pues que si bien es cierto, en principio afirma ser contrario a las posturas objetivas o resultatistas, y suscribirse dentro de una postura en la cual el injusto sí que se integra al contravenir la norma, no puede pasar desapercibido que **no deja de reconocer algún efecto al desvalor de resultado**, es decir, **no completa su destierro dentro de lo que se considera como injusto**, por lo que en todo caso bien podemos ubicarlo como un autor que sin duda alguna da una gran relevancia al desvalor de la acción llegando a referirla como **la parte constitutiva del injusto**, pero al mismo tiempo realiza una serie de razonamientos en los que se observa cómo le resulta difícil **dejar de incluir al desvalor de resultado**. Así se ha advertido ya por el penalista **MARCELO SANCINETTI** cuando afirma:

*“Sin embargo, el no expulsar del todo al resultado del ámbito del ilícito, nunca se correspondió bien con los puntos de partida del finalismo. El tipo penal era definido por Welzel como “la descripción objetiva y material de la conducta prohibida” por la norma, la conducta prohibida el tipo es la materia de prohibición. Por consiguiente aquello que constituyera la conducta prohibida debería haber sido también en Welzel lo exclusivamente constitutivo de lo ilícito. Dado que en su sistema, el resultado producido después de la acción no era un elemento definitorio de la acción en sí misma (como lo había sido, por ejemplo*

<sup>52</sup> Huerta Tocildo, Ob. Cit. pp.27-28.

<sup>53</sup> Welzel Hans, “Derecho Penal Aleman”, Editorial Cardenas, 4ª. Edición Castellana, Santiago de Chile 1993. p.75.

en Mezger), no había ninguna razón para que el resultado que no definía a la acción pudiera caracterizar al tipo penal.

No era de extrañar por ello, que el finalismo ulterior a Welzel en parte por vía de su discípulo Armin Kaufmann, pero más decididamente mediante minuciosas investigaciones de los discípulos de Kaufmann, como Eckhard Horn, y especialmente Diethart Zielisky hubiera de completar la evolución que Welzel había iniciado unos cuarenta años antes...<sup>54</sup>

Ya en la vía directa del dualismo podemos citar al maestro **CEREZO MIR**, aún cuando su preclaro pensamiento dará oportunidad de obtener otras consecuencias sistemáticas cuando advierte la forma de comprobar la acción desvaliosa, **en cuando al peligro generado y su forma comprobación**, por lo pronto, nos quedamos con sus planteamientos que derivan como **necesaria la concurrencia tanto del desvalor de acción como el de resultado para lograr la integración de lo injusto**. Así se extrae de su siguiente afirmación:

*“Lo injusto consiste en la infracción de una norma de determinación, un mandato o una prohibición, pero los mandatos o prohibiciones están en función de unos juicios de valor que constituyen su presupuesto lógico y sin los cuales carecerían de sentido. En los delitos dolosos de acción se prohíben las acciones dirigidas por la voluntad a la lesión de los bienes jurídicos, siempre que sean al mismo tiempo peligrosas, es decir que la producción del resultado delictivo aparezca ex ante como una consecuencia no absolutamente improbable...Lo injusto de los delitos de acción queda sólo constituido, por ello, cuando al desvalor de la acción se añade el desvalor de resultado.”<sup>55</sup>*

También **SUSANA HUERTA TOCILDO** se suma a las afirmaciones que plantean la insuficiencia del desvalor de resultado para integrar el injusto debido al carácter de norma de determinación que tiene la norma penal y así, lo mismo plantea respecto del desvalor de acción, por lo que en una postura de resumen, **afirma que en todo caso será necesario advertir además del desvalor de acción el desvalor de resultado entendido como lesión o puesta en peligro**,

---

<sup>54</sup> Sancinetti, Ob. Cit. pp.7-8.

<sup>55</sup> “Curso de Derecho Penal Español Parte General II, Teoría Jurídica del Delito 1, Quinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España 1997.

esto sin perjuicio de aceptar el punto de arranque de los subjetivistas en el sentido de que las normas penales no prohíben resultados, sino conductas, es decir asumir una concepción imperativa de la norma, pues lo cierto es que con la comprobación de que existe una conducta que contravino a la norma aún no se ha integrado el injusto, pues se vuelve necesario el contenido material de la antijuridicidad, que es precisamente la valoración normativa previa que sólo se verá afectada cuando exista un lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos de los que se está ocupando.<sup>56</sup>

Es precisamente esta corriente de pensamiento la que encuentra una justificación que tiene que ver con la **seguridad jurídica** misma, es decir, se advierten que el dualismo es la corriente con más empatía respecto del principio de legalidad y concretamente con su subprincipio consistente en la mínima intervención del derecho penal, así se puede observar en el pensamiento del maestro **FRANCISCO MUÑOZ CONDE** cuando dice:

*"El derecho penal por imperativo del principio de intervención mínima, no sanciona toda lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, sino sólo aquellas que son consecuencia de acciones especialmente intolerables...se imputan resultados cuando han sido producidos dolosa o imprudentemente; se castigan más gravemente algunos hechos ya delictivos cuando se realizan de una forma especialmente intolerable como el asesinato...Ambos conceptos, desvalor de acción y desvalor de resultado, son igualmente importantes en la configuración de la antijuridicidad, ya que están perfectamente entrelazados y son inimaginables separados".<sup>57</sup>*

Este autor concluye el tema del injusto diciendo entre otras cosas que **no existe una prioridad jerárquica entre el desvalor de acción y del desvalor del resultado**, simplemente lo que existe en una complementación de uno y otro siendo por razones estrictamente de política criminal que en ocasiones se destaca más la presencia de tal o cual elemento del injusto y al hacer una reflexión en torno a las tendencias de sancionar con la misma severidad el delito tentado que el consumado y de llegar inclusive a la sanción del delito de peligro

<sup>56</sup> Huerta Tocildo, Ob. Cit. pp. 65-66.

<sup>57</sup> "Teoría General del Delito", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España 1991. p.86.

abstracto, afirma que lo importante es tener siempre presentes tanto el principio de mínima intervención del derecho penal como la antijuridicidad material es decir la que aboga porque sólo la lesión o la efectiva puesta en peligro de un bien jurídico puede ser sancionada con la consecuencia jurídico penal.<sup>58</sup>

En una forma tal vez un poco aventurada y tomando como soporte la lectura de su obra jurídica en torno al injusto penal, podemos pensar que para el maestro **RICARDO FRANCO Y GUZMAN**, también en el injusto se aprecia una **dualidad que es inseparable**, esto es una ilicitud formal y otra que es material, y esto no obstante que de principio pareciera tomar partido por el monismo objetivo, es decir por la necesidad de afectación o puesta en peligro de los bienes jurídicos o intereses, pero al escudriñar con más cuidado en una de sus afirmaciones finales se puede advertir que esto no es así, veamos:

*“Para concluir diremos que sólo conceptualmente es posible separar los aspectos formal y material dentro de lo antijurídico, ya que ambos se producen como resultado de la calificación o juicio imperativo que se hacen de un hecho de la conducta humana, como antijurídico; producen juntos ambos aspectos una suma total, por decirlo así, de antijuridicidad, que en todo caso tiene el origen común de un mismo hecho real, que después de enjuiciado resultó tener el mismo signo de atentado contra el Derecho.”<sup>59</sup>*

La separación conceptual de que nos habla en un principio sólo la podemos entender como una mera forma de análisis, pero no quiere decir que pueda existir tal separación puesto que la calificación a la que alude posteriormente sólo se puede obtener con ambos elementos presentándose en forma conjunta.

#### **1.4.2.1. Dualismo Moderado.**

---

<sup>58</sup> **Idem.**

<sup>59</sup> **Franco y Guzmán Ob. Cit. p. 169.**

Esta posición, se identifica válidamente así, como **dualista moderada, o bien dualista relativa**<sup>60</sup> y se muestra como su defensor **ESTEBAN SOLA RECHE**, al partir en su planteamiento de la existencia de un común denominador consistente en que **el desvalor de acción es un elemento indispensable para afirmar la existencia de lo injusto**, ya sea que se trate de las posiciones monistas subjetivas o bien dualistas, aún cuando en las segundas se requiere también del desvalor del resultado, lo cierto es que no prescinden jamás del elemento consistente en el desvalor de la intención, es por ello que toma como punto de arranque a dicho desvalor para dar fundamento a su postura.

Después de afirmar lo anterior, el autor se ocupa de precisar el papel que juega realmente el desvalor del resultado, y para ello primeramente critica a las posiciones monistas subjetivas afirmando que no es factible sólo negar la inclusión del desvalor del resultado en lo injusto con el argumento que el derecho penal no prohíbe resultados si no que lo prohibido son los comportamientos, efectivamente esto es así, pero sólo en atención a la norma de determinación, por lo que su contravención **sería solo antinormativa**, pero **no antijurídica**, entendiendo claro está que la antijuridicidad necesariamente debe aportar una nota de afectación o puesta en peligro del bien jurídico (daño social que pretende evitar la norma) es decir **una antijuridicidad material**.

Con todos estos antecedentes los seguidores entre los cuales se reconoce como autor que advierte la diferencia de antijuridicidad objetiva y antinormatividad a **MIR PUIG**, aunque sin un pronunciamiento definitivo, afirman que en efecto el desvalor de acción **constituye lo injusto, pero no lo llega a agotar**; pues en todo caso la conducta en ese punto de análisis sólo es antinormativa, sin embargo, está claro para esta posición que lo injusto **se incrementa con el desvalor de resultado**; el desvalor del resultado dará la pauta de sí existió una mayor o menor agresión al orden jurídico.

---

<sup>60</sup> Esta última es la denominación empleada por el autor en su obra, *Sola Reche Ob. Cit.* p. 112

Con lo expuesto, se puede decir que están de acuerdo con las teorías monistas en el sentido de que la norma de determinación infringida en el supuesto de la tentativa acabada y del delito consumado **es la misma, pero no se comparte la idea que el grado de injusto sea igual en los dos casos.** Es claro que puede existir entonces un comportamiento que no genere el menor peligro para el bien jurídico pero que sin embargo si podemos afirmar como contrario a la norma, pero entonces, cuando concurre el desvalor de resultado podremos afirmar que la agresión al ordenamiento jurídico es más intensa, sin que para ello tengamos que recurrir a la teoría de la impresión **pues en el caso de la tentativa inidónea sin duda el injusto ya se encuentra constituido,** pero de ninguna forma ese injusto se puede afirmar como igual para la tentativa que para la consumación, ni para la tentativa idónea ni para la inidónea.

Retomando esto último en relación con la tentativa inidónea podemos decir que como bien puede advertirse para los monistas será suficiente la presencia del desvalor de acción para fundamentar el injusto y, por el contrario para los dualistas será, siempre necesario encontrar algún tipo de lesión o puesta en peligro que se conjugue con el desvalor del acto y por ello acuden a la teoría de la impresión, misma que como y dejamos constancia presenta una serie de inconsistencias. Así, la posición relativista que nos ocupa, señala como solución, el entender que el resultado no es elemento necesario para constitución de lo injusto, pues en todo caso el actuar del sujeto ha alcanzado ya la infracción de la norma, entonces el resultado vendrá en todo caso a incrementar el injusto. Tendríamos un injusto ya antinormativo carente de antijuridicidad objetiva, en lo cual quizá entraría en juego lo dicho por **MUÑOZ CONDE** en torno al principio de mínima intervención del derecho penal

En la misma línea de pensamiento, y por nuestra parte, con la idea clara de que en cualquier trabajo de investigación actual, que tenga por objeto de análisis al Derecho Penal, se vuelve absolutamente necesario, y diríamos que incluso hasta indispensable, conocer el pensamiento de un autor alemán de profundo y

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

a veces por demás complicado, pero siempre brillante modo de razonar, que ha venido a dar un punto de vista distinto a la concepción entera del delito y en general de muchos de sus tópicos. Como seguramente el lector ya advirtió nos estamos refiriendo a **GÜNTHER JAKOBS**.

En efecto, para este autor funcionalista radical, es necesario revisar todas esas ideas que se han venido manejando en el sentido dualista y sobre todo las que dan la preponderancia al desvalor de la acción y por supuesto con mayor razón a las posturas monistas subjetivas, él, atiende al hecho de que la conducta que en todo caso será punible, es aquella que ha causado una perturbación en la sociedad, en el sistema social y por lo tanto las conductas en su fase interna tienen relevancia sólo cuando han quedado de manifiesto desde el punto de vista externo, lo interno funciona para estudiar si ese delito pertenece o no al autor, es decir lo utiliza para fijar la responsabilidad.<sup>61</sup>

Debemos entender que para este autor, el hecho comienza con el dolo sólo para el "activo", porque para que adquiera significado social, es indispensable que su actuar se objective. Vale la pena recordar el concepto de acción en este autor que dice que "es la causación de un resultado evitable", y el concepto de omisión correspondiente, como "el no impedir un resultado evitable" se advierte el papel que juega el resultado, siempre aparece, sólo que lo remite a la evitabilidad y lo extrae de la finalidad, es decir que en **JAKOBS el resultado** es componente de la acción y del injusto, **pero no llega a ser ni suficiente ni indispensable**, advierte que es algo así como "las uvas pasas que pueden ser parte del pastel, sin que todo pastel deba tener uvas pasas"<sup>62</sup> entonces, afirma, que en el caso de la tentativa, **el resultado es el complemento de la acción de tentativa convirtiéndola en una acción de consumación**, teniendo así, por un lado el **injusto de tentativa** y por el otro el **injusto de consumación**.

---

<sup>61</sup> Jakobs Günther, "Derecho Penal Parte General", Traducción Cuello Contreras y González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, España 1995. p. 203.

<sup>62</sup> Ibid. p.204.

Este autor concluye que **nada obliga a que los conceptos de acción y de injusto se desvinculen del resultado**, pero tampoco son adecuadas las posiciones en los que el resultado contribuye necesariamente a condicionar la acción y el injusto, pues esto se rompe con lo que resulta de la tentativa acabada en la cual no hay resultado. Afirma, que al hablar de desvalor de acción y desvalor del resultado realmente lo que se hace es separar el **desvalor de intención y el desvalor del hecho**, quizá un punto que es necesario destacar es que **JAKOBS** refiere que junto con el desvalor del hecho, es decir el desvalor del resultado, hay un **desvalor del suceso**, es decir de la ejecución de un actuar que ocasiona un resultado y junto al desvalor de intención, es decir de acción, hay una **objetivación de esa intención**.

Resulta muy interesante el ejemplo manejado por este autor, en el sentido de que "Quien pretende romper de una pedrada el cristal de una ventana ajena y en vez de ello alcanza de modo evitable a una persona, realiza el desvalor de suceso y el desvalor de hecho de las lesiones, así como el desvalor de objetivación y el desvalor de intención de unos daños dolosos y de unas lesiones imprudentes"<sup>63</sup> y enseguida aclara, que el tipo objetivo no es de por sí injusto, tampoco lo es un desvalor del resultado por sí sólo, el injusto se integrará con desvalor de intención y de objetivación y la acción requerirá de lo que denomina un movimiento corporal, objetivación, pero no en el sentido naturalista, sino en el sentido apuntado antes, es decir como un movimiento con la expresión de sentido, sentido de la conducta del autor, es decir como explica **SANCINETTI**, "cuando el autor abandona de su dominio, al menos por un instante, la posibilidad de que una decisión suya conduzca a la afectación del círculo de organización ajena".<sup>64</sup> Ese abandono del dominio afirma que se trataba de una conducta evitable.

---

<sup>63</sup> Ibid. p. 205

<sup>64</sup> Sancinetti Marcelo A., "Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1995. p.14

No se debe perder de vista que en todo caso el sistema penal en la concepción de **JAKOBS** no se encuentra formulado en clave de reacción punitiva contra daño causado, sino que lo que busca es la **prevención** que se fundamenta en la supremacía de la norma ante la defraudación de expectativa, por lo que sin duda el resultado puede dar el dato necesario **para distinguir que conducta está generando una mayor defraudación de las expectativas, es una conducta que tiene una mayor significación social.**<sup>65</sup> Es decir se advierte en este autor la concepción de que el injusto puede en su caso estar constituido ya de un desvalor de intención del sujeto ante una voluntaria falta de evitación de un resultado, independientemente de que éste se produzca o no, pero cuando éste se produce entonces no hay duda de que **el injusto se ve incrementado.**

De igual pensamiento se puede observar lo planteado por **MARGARITA MARTINEZ ESCAMILLA** cuando dice:

*“La importancia de esta concepción es tal que el resultado sólo puede incrementar el desvalor del suceso, en tanto en cuanto pueda ser contemplado también como parte integrante del injusto personal, y ello sólo ocurre cuando éste sea la realización del riesgo jurídicamente relevante en virtud del cual al sujeto le estaba prohibida la conducta...Por tanto, si el injusto es un injusto personal, el resultado sólo podrá incrementar el desvalor del hecho, el contenido del injusto, cuando pueda ser contemplado, ya desde una perspectiva objetivo-valorativa, como obra del sujeto.”*<sup>66</sup>

Esta forma de comprender al injusto como es de pensarse, no escapa de críticas, tal y como se advierte en el trabajo de **MARIA ROSA MORENO TORRES-HERRERA**, quien en su momento plantea objeciones a las diversas formas de comprender el injusto, para después dar su propia postura integradora de la cual nos ocuparemos a continuación.

Dicha autora **no está de acuerdo con que al resultado se le ubique en el injusto**, pero tampoco está de acuerdo con que por un lado se diga que **no es**

---

<sup>65</sup> Jakobs, Ob. Cit. p 203

<sup>66</sup> “La Imputación Objetiva del Resultado”, Editorial Edersa, Madrid, España 1992, p.189.

**un elemento constitutivo pero si agravante del injusto**, esto debido que desde su perspectiva sería contradictorio advertir por un lado que efectivamente el derecho penal lo que busca es evitar resultados dañinos, y por tanto sanciona las posibles agresiones, (que no lesiones, ya tendremos la oportunidad de apuntar su distinción), entonces cómo podemos decir que un injusto que se cataloga como tal debido a que se integra por una agresión bastante y suficiente, después se venga a decir que fue mayor cuando se produce un resultado, y en caso contrario se diga que no sufrió incremento alguno, no, al menos, **no acepta tal argumentación a nivel de ilícito**, puesto que no deja de reconocer que el resultado puede y debe producir consecuencias jurídicas en el delito desde la perspectiva de la pena, pero no de lo injusto. Así se observa en la siguiente afirmación que realiza la autora en torno al pensamiento de **SOLA RECHE**:

*“Por un lado afirma que sólo el comportamiento agresor constituye una infracción; por otro considera que la agresión constituye un intento de dañar, por lo que coherentemente entiende que puede seguir hablándose de agresión en los supuestos de tentativa. Entonces, ¿de donde que la agresión a los bienes jurídicos no ha sido tan intensa cuando el delito ha quedado en tentativa? ¿Acaso en ella es menor el intento de dañar que según, él define la agresión?”<sup>67</sup>*

Agrega esta autora que de igual manera el entender al desvalor de resultado como incremento del injusto choca con una concepción que se dice preventiva para los efectos de la sanción puesto que en todo caso **lo que se sanciona para evitar resultado no deseados, es la conducta peligrosa ex ante, y no el resultado mismo**, y dice que **SOLA RECHE** se inscribió en tal concepción preventiva.<sup>68</sup>

Tal y como en su momento inscribimos a esta autora, está claro que **MORENO-TORRES HERRERA**, se inclina por una **postura subjetiva del injusto**, sólo que con la peculiaridad de entender al desvalor del resultado con esa estructura dual, es decir tanto con una parte objetiva como subjetiva, así lo deja de manifiesto cuando dice:

<sup>67</sup> Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. p.76.

<sup>68</sup> Ibid. p.77

*“...desde nuestro punto de vista el ilícito se fundamenta exclusivamente en base al desvalor de acción, por lo cual negamos al desvalor de resultado cualquier significación en el ilícito... el llamado desvalor de acción está compuesto por dos elementos imprescindibles y que aparecen unidos: el desvalor de la intención, de una parte y la acción que presenta las características referidas de otra.”<sup>69</sup>*

Ahora nos corresponderá ocuparnos aún cuando sea de forma breve, de esos elementos que señalamos como integrantes del injusto, es decir tanto del **desvalor de acción** como del **desvalor de resultado**, estudiando además las diversas formas de entender al desvalor de acción, es decir si es que este puede efectivamente integrarse con más de un elemento, y verificar en todo caso las posibilidades de ubicación.

### **1.4.3. Elementos Integradores del Injusto.**

Si bien es cierto, en principio parecería un tanto repetitivo y por tanto innecesario el volver a ocuparnos de los elementos que integran el injusto penal, no lo es menos que hasta el momento solamente los hemos mencionado pero de ninguna manera nos ocupamos de las posibles formas de entenderlos. Esto es, si dijimos que el injusto tiene un desvalor de acción pero no precisamos como es que se puede presentar y en su caso comprender a ese desvalor de acción, no precisamos que elementos lo integran, ni tampoco como se puede estudiar su presencia en un hecho, lo mismo sucede con el al desvalor de resultado, el cual no hemos delimitado, ni ubicado con precisión.

#### **1.4.3.1. El Desvalor de Acción.**

Este elemento tal como apuntamos en su momento, se hace presente en las diferentes concepciones del injusto, como un elemento constitutivo de lo ilícito,

---

<sup>69</sup> Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. pp.80-81

por lo que la problemática se plantea entonces en advertir la existencia de dos diferentes maneras de comprenderlo, una que se ocupa única y exclusivamente de la perspectiva subjetiva del autor y otra que requiere de la presencia de datos objetivos de la intención, traducida en un peligro en potencia, es decir una postura que reclama dentro de lo que sería un elemento subjetivo claro, la acreditación tanto de elementos subjetivos como objetivos, lo que en principio no suena sencillo.

#### **1.4.3.1.1. El Desvalor de Acción sólo con Elemento Subjetivo.**

Esta forma de comprender al desvalor de acción se ha inclinado por identificarlo como el **desvalor de intención**, es decir, lo que se refleja en la parte subjetiva del tipo en donde encontramos a las dos formas de realización de la conducta reconocidas por la ley, claro que estamos hablando de que en un caso se trata **del sujeto que dirige su conciencia y voluntad a la realización de los elementos objetivos del tipo** y en el otro **cuando esa voluntad, si bien no se dirige hacia un resultado lesivo, su falta de observación el deber de cuidado que le era impuesto, alcanza uno de los elementos típicos** (producción del resultado), es claro que nos referimos al dolo y a la imprudencia, quedando igualmente comprendidos los elementos subjetivos específicos exigidos por algunas descripciones típicas,<sup>70</sup> es decir cuando el legislador pide la presencia de ánimos, propósitos o deseos en el activo, elementos que como todos sabemos son distintos de la voluntad y del conocimiento, aún cuando entendemos que son posteriores al dolo, pues sin dolo no podemos imaginar la existencia de tales elementos subjetivos específicos. Así lo encontramos reseñado en la obra del maestro **DIEGO-MANUEL LUZÓN PEÑA**, cuando señala lo siguiente:

---

<sup>70</sup> Así se puede consultar en Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. pp.84-85.

*"El núcleo del desvalor subjetivo de la acción, también llamado desvalor de intención, está constituido o por el dolo como forma más grave, o al menos por la imprudencia como forma menos grave... Además en algunos delitos la parte subjetiva del desvalor de acción contiene adicionales y específicos elementos subjetivos del injusto o del tipo..."<sup>71</sup>*

Si bien es cierto el Derecho Penal no tiene como misión la de impedir la realización de todas las conductas peligrosas (pues hay algunas irrelevantes para él), sí tiene la de impedir la realización de aquellas que se orienten hacia la peligrosidad de un modo voluntario infringiendo una norma de determinación.

Con lo antes dicho, se llega a la conclusión de que será necesario referir el comportamiento indefectiblemente al tipo, pues como se observa el lugar en el que se encuentra prohibida la voluntad es en la descripción de la conducta típica.

Lo importante es pues la intención del autor, que se ve alimentada por lo que él cree que se encuentra frente a él, resultando irrelevante si es que existe o no lo que supone, por tanto no será difícil advertir que estamos ante una calificación de antijurídica de una conducta sin importar si es que esta resultó o no peligrosa en relación con el bien jurídico.

Los autores que se inscriben en esta forma de entender el ilícito, son por lo general, **los mismos que entienden al injusto integrado solamente con el desvalor de acción**<sup>72</sup>, y se justifican como vimos antes, en la comprensión de que la norma penal es una norma de determinación y por tanto se dirige a evitar comportamientos disvaliosos y no resultados, esto es, trabajan con una concepción imperativa de la norma penal, así se comprueba en el pensamiento de **SANCINETTI** cuando escribe lo siguiente:

<sup>71</sup> "Curso de Derecho Penal Parte General", Editorial Universitas, S.A. Madrid, España. 1996. pp334-335.

<sup>72</sup> Aún que existen autores que sin dejar ser partidarios de una concepción dualista integran el constituyen el **injusto con el desvalor de acción en clave objetiva**.

*“Si es cierto que para el juicio normativo sobre el comienzo de ejecución es decisiva la base fáctica que se representa el autor: si él cree que la pastilla que pone en el café de su tía es el medio tóxico que compró especialmente asesorado para deshacerse de ésta pariente, él habrá ya quebrantado la norma que prohíbe comenzar a ejecutar un homicidio, aún cuando objetivamente, la cantidad aplicada fuera inocua o incluso favorable para el estado de salud de su tía. Por el hecho de que una tentativa sea objetivamente inidónea no se deriva ninguna atenuación del juicio de desvalor; el quebrantamiento de la norma sigue siendo perfecto”.*<sup>73</sup>

En una postura crítica se advierte por **MORENO-TORRES HERRERA** que el problema de seguir con una postura de desvalor en la intención meramente subjetiva es que **se podría llegar inclusive a considerar como absolutamente punible a la tentativa irreal.**<sup>74</sup>

Por lo anterior, está latente la cuestión, que gira en torno a ¿Si puede considerarse como suficiente para entender constituido al injusto, sólo con la presencia del desvalor de acción? Y, por otro lado, ¿Si el desvalor de acción sólo está integrado con elementos subjetivos?. Las respuestas ya se han anticipado en lo expuesto, esto es, si somos partidarios de una concepción monista, la respuesta será sí, de igual forma que si nos ubicamos en un dualismo en el que trate si bien es cierto de la concurrencia de los dos elementos del injusto, pero que por lo que respecta al primero sólo requiera la presencia de los elementos subjetivos, como se observa en los planteamientos de **ELENA FARRE TREPAT**, con la salvedad de que por referirse a la tentativa, evita la referencia a la imprudencia:

*Con carácter general puede afirmarse, sin embargo que la parte subjetiva del tipo de la tentativa aparece configurada por la voluntad de cometer el delito, así como en los casos en los que el delito consumado lo exija, también deben concurrir en la tentativa especiales elementos subjetivos del injusto”*<sup>75</sup>

<sup>73</sup> Sancinetti Marcelo, “ilícito Personal y Participación”, Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina, 1997. p.36

<sup>74</sup> Moreno-Torres Herrera Ob. Cit. p 90.

<sup>75</sup> “La Tentativa de Delito” Editorial Bosch, Barcelona, España, 1986. p.62.

Pero por nuestra parte no consideramos completa una concepción de injusto que sólo se limita a tratar al desvalor de acción en una forma meramente subjetiva, pues estamos de acuerdo con que en tal elemento, y sin desnaturalizarlo, se puede advertir la presencia de otras características que no sólo pueden estar en la intención del sujeto, pues como hemos apuntado en tal caso el Derecho Penal tendría que aceptar la sanción de las tentativas supersticiosas y entonces si que se llenarían las cárceles de diversas tentativas de homicidio respaldadas en hechicería y en algunas creencias que sin duda son respetables, pero que a nivel de la sociedad no pueden ser tomadas como generadoras de peligrosidad.

#### **1.4.3.1.2. El Desvalor de Acción con Elementos Subjetivos y Objetivos.**

Corresponde ahora llevar a cabo el análisis de la otra forma de entender al desvalor de acción, postura que sirve tanto a quienes entienden que el injusto se puede fundamentar en el desvalor de acción sin que sea necesaria la presencia del desvalor de resultado, aún cuando a dicho elemento **no lo conciben sólo de forma puramente subjetiva, sino que encuentra en su integración una serie de características propias de la misma acción que se muestran de una forma objetiva**, dando lugar a la concurrencia en dicho elemento del injusto, de características tanto subjetivas como objetivas, así como a los que consideran la constitución de injusto con el desvalor de acción pero no lo agotan, pues consideran que éste se puede ver incrementado con el desvalor de resultado.

De esta tesitura de pensamiento se han identificado diversos autores como son **GALLAS, MIR PUIG, CEREZO MIR, JESCHECK, MARTINEZ ESCAMILLA, SOLA RECHE, RUDOLFI, ALCACER GUIRAO, LUZÓN PEÑA, y MORENO-TORRES HERRERA** entre otros, cada uno con sus particulares aportaciones.

En esta forma de entender al desvalor de acción, se debe advertir la existencia de acciones que no obstante la contraria voluntad del autor respecto de la norma

de determinación en la realidad no han generado **peligro** alguno para el bien jurídico, es decir serían acciones que en la terminología de **JAKOBS** carecerían de **relevancia comunicativa**.

La idea de advertir **algo más que la voluntad del sujeto** para actuar en contra de lo mandado por la norma penal no es nueva, pues basta con recordar ahora el pensamiento de **FEUERBACH**, quien desde su concepción ya hablaba de que es cierto que el fundamento de la pena se debe encontrar necesariamente en el desvalor de resultado, pero, no deja de reconocer **la necesidad de sancionar a la tentativa**, sólo que en ese caso su fundamento aún cuando parte de que el sujeto trata de quebrantar la norma de una forma intencional al dirigir su actuar hacia la afectación de un bien jurídico, para que tal acción sea susceptible de encontrar una sanción se requiere que sea **objetivamente peligrosa**.<sup>76</sup> Así se corrobora también en lo expuesto por **ALCACER GUIRAO** tal y como se observa en la siguiente transcripción:

*“Con la concepción de Feuerbach, se establecen por primera vez límites objetivos al ius puniendi. Como en este sentido se ha afirmado <<la distinción entre tentativa idónea e inidónea surge de la finalidad de protección del Derecho Penal liberal de los individuos frente al poder del Estado>>... Dicha distinción parte de la potencialidad causal de la conducta para producir el resultado exterior prohibido; en otras palabras del peligro de la acción: <<una acción exteriorizada dirigida intencionalmente a la producción del delito —expone Feuerbach—... constituye ya en si misma una infracción y se castiga cuando la acción misma, según su índole externa, está (indirecta o directamente, poco o mucho) en relación causal con el delito perseguido es objetivamente peligrosa>>”<sup>77</sup>*

Como seguramente no será difícil advertir, el punto interesante no lo conforma la parte subjetiva de la integración del injusto, no, la problemática en este caso está precisamente en plantear **la necesidad de advertir desde el propio desvalor de acción una situación de peligro potencial para el bien jurídico resultando como un elemento integrador para el injusto**, es decir, no se trata

<sup>76</sup> Sacher Köster, Ob. Cit. p.28.

<sup>77</sup> Ob. Cit. p.130.

de advertir que este peligro o elemento objetivo **augmente un injusto ya constituido** como lo referimos en el planteamiento de **SOLA RECHE**, al referirse al desvalor de resultado no, en este caso se trata de reconocer la importancia de dicho elemento para poder hablar de un injusto penal o bien de la ausencia de éste.

El planteamiento, se lleva a cabo por diversos autores, en el sentido de que esta necesidad de comprobar que una acción realmente generó un peligro para el bien jurídico y en consecuencia se posicionó como una acción desvalorada por el ordenamiento penal, se debe a las aportaciones que en el terreno de la causalidad efectuó la teoría de la condición adecuada (**VON KRIES**), que como sabemos buscó realizar una serie de correctivos a los problemas que genera para ciertos cursos causales la teoría de la condición. Así, entonces, en dicha teoría se advierte la necesidad de reconocer como necesarios tanto **conocimientos nomológicos**, como **conocimientos ontológicos**, esto en razón de que por un lado es necesario que **el sujeto sepa algo sobre las leyes de la naturaleza, sobre las leyes causales**, como es el conocer que si golpeó a alguien, eso provocará como reacción una merma en la salud de la persona, y si lo golpeó más fuerte, será porque sé que con tal fuerza provocaré su muerte; y por el otro, el conocimiento ontológico se refiere al conocimiento de los hechos o de las circunstancias que se presentan en el caso concreto, es decir si el sujeto sabe que a la persona que va a golpear es un ser humano normal y vivo que se vuelve entonces, susceptible de lesionarlo o de ser privado de la vida como se planea.

Con lo anterior, se plantaba una búsqueda o selección de **idoneidad en el actuar del sujeto**, en la realización de una conducta respecto de la cual era factible descartar aquellas actuaciones que vieran como irrelevantes para el

resultado al que se había llegado, como **no peligrosas** por no ser las adecuadas.<sup>78</sup>

Y que conste desde ahora que estamos refiriéndonos a acciones peligrosas, más no sólo a las que se hayan comprobado *ex post* como efectivamente peligrosas, sino aquellas que hayan generado una **agresión** contra el bien jurídico, para lo que es necesario por supuesto en este orden de ideas distinguir desde ahora de la **lesión** y la **agresión** del cualquier bien jurídico.

Resulta pertinente apuntar la distinción que se hace entre lesión del bien jurídico y agresión al bien jurídico, así como de resultado y lesión del bien jurídico, en este sentido **ESTEBAN SOLA RECHE**, apunta lo siguiente:

*"...hay que diferenciar entre resultado y lesión del bien jurídico. La referencia al bien jurídico conforma la norma de determinación, que persigue evitar comportamientos capaces de afectar al bien jurídico; en cambio el resultado aparece como elemento del tipo de lo injusto en el que se encarna la lesión al bien jurídico."<sup>79</sup>*

*"...hay que distinguir entre lesión del bien jurídico y agresión al bien jurídico. La agresión constituye un intento de dañar que desde luego puede culminar en la lesión del bien jurídico; o puede ponerlo en concreto peligro, pero puede seguir hablándose de agresión cuando se intenta alcanzar el objeto material, sin que llegue siquiera ponerlo en peligro."<sup>80</sup>*

Así, el hecho de que se cause un resultado relevante para el derecho penal no necesariamente será causa suficiente para establecer que el comportamiento que lo produjo contaba con la **capacidad de lesión** (peligrosidad), pues en todo caso podemos suponer el siguiente ejemplo: *El sujeto A que se entera que ha sido objeto de inclusión en el testamento de B, está planeando matarlo y para ello decide que debe implementar un buen plan a fin de no despertar la más mínima de las sospechas, y así se ha enterado que en las carreras de autos es*

<sup>78</sup> Así en el libro de Albin Eser y Björn Burkhardt, "Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito Sobre la Base de Casos de Sentencias", Editorial Colex, Madrid, España 1995. pp 116-118

<sup>79</sup> Sola Reche Esteban, Ob. Cit. p.61.

<sup>80</sup> Ibid p.62.

*peligroso el colocarse en cierta parte de la pista pues se han presentado diversos casos en los que los vehículos chocan y es así al salir sus partes por el aire han llegado a privar de la vida a varias personas, por lo que entonces logra convencerlo de que asista regularmente a dichos eventos, comprando inclusive él mismo siempre los boletos a fin de que su ubicación sea sólo en la parte de la pista que es la más peligrosa, en efecto uno de esos días un vehículo se estrella en la pista y una auto parte golpea en la cabeza de B, lo que le provoca la muerte, ¿será posible advertir que con el resultado muerte es fácil comprobar o tener por comprobada la peligrosidad de la acción y por tanto acreditar el elemento objetivo del desvalor de acción?. Creemos que no, dicho resultado, si bien es de aquellos que busca prevenir y por tanto evitar el derecho penal, la **conducta** que lo generó no contaba con la peligrosidad necesaria para buscar la integración del injusto.*

Con lo expuesto podemos adelantar (aún cuando sin duda habremos de volver más tarde sobre ello), que para llevar a cabo el juicio de peligrosidad se atiende únicamente al comportamiento cuando éste puede todavía evitarse, es decir, cuando se lleva a cabo la actividad humana, en el momento de afirmar la afectación o no de la norma, por supuesto que nos referimos a un juicio que es realizado desde la perspectiva *ex ante*.

Ahora bien, para poder tener una mejor comprensión de tal juicio es necesario que llevemos a cabo algunas notas sobre ese concepto que venimos reiterando, **“el peligro”**.

#### **1.4.3.1.2.1. El Concepto de Peligro.**

En efecto se vuelve necesario realizar algunas notas en torno al concepto de peligro, esto, porque como ya dijimos, existe una íntima relación con el tema del que nos venimos ocupando, y sobre todo por los problemas y confusiones que

puede generarse en el caso de no advertir de inicio una diferencia entre el **peligro y la peligrosidad**

Lo primero es advertir, tal y como lo hace **MARTINEZ ESCAMILLA** una serie de antecedentes y de distinciones, a saber entre otras: Que el concepto de peligro ha sido un elemento que va de la mano con el Derecho Penal y que ha sido entendido desde **dos** diferentes perspectivas, una que se corresponde con la época del positivismo alemán, es decir con el desarrollo de las corrientes causales, lo que dio lugar a una concepción **subjetiva** del peligro entendiéndolo únicamente como un **producto de la imaginación** pues, tal **juicio** no tiene una existencia propia debido a que cuando se toman en cuenta todas y cada una de las condicionantes de un evento, tal evento sólo tiene dos posibilidades, o bien la de ser **necesaria** su realización o al de ser **imposible** la misma, lo que da como consecuencia la eliminación del **juicio de probabilidad** (de esta idea entre otros **GARCIA RIVAS**). La otra concepción es la **objetiva** que reconoce la existencia del peligro como un concepto **ontológico**, (como partidaria **TORRES-MORENO, MARTINEZ ESCAMILLA, ALCACER GUIRAO**) partiendo del mismo juicio pero advirtiéndolo como elemento de esa realidad, que se da en función a la **probabilidad** de que se produzca el resultado o no.<sup>81</sup>

Esta **probabilidad** es precisamente a lo que se refiere **SOLA RECHE** cuando advierte que al juicio de peligrosidad aún será necesario añadirle otro parámetro de valoración objetiva, éste se hace consistir en el **juicio de probabilidad**, así, *entre mayor sea la probabilidad de la producción de la lesión, el Derecho Penal estará más cerca de considerar como disvaliosa la acción o no,*<sup>82</sup> sin perder de vista que la justificación la estamos planteando desde el análisis del desvalor de acción.

---

<sup>81</sup> Martínez Escamilla, Ob. Cit. p.52.

<sup>82</sup> Sola Reche Esteban, Ob. Cit. p.68

También es necesario que sepamos descartar de la probabilidad de peligro en aquellos casos en los que nos estamos enfrentando a incrementos de riesgos que **no alcanzan** una probabilidad tan superior que rebasen los riesgos permitidos por la sociedad, o en su caso por el titular del bien jurídico. La consecuencia de determinar esta probabilidad nos llevara a establecer en su caso que si la probabilidad de riesgo de la acción es nula, la responsabilidad también lo será, no en el sentido de **SOLA RECHE** que habla de probabilidad de lesión, la cual creemos que puede llegar a otra confusión con lo que es **la puesta en peligro**, concepto que ya no corresponde estudiar en el tema del desvalor de acto, esto por la distinción entre **peligrosidad** y **peligro** antes apuntada.

En esta misma tendencia de clarificar el concepto de peligro, la autora advierte que el peligro **cambia o modifica su concepción dependiendo** del lugar en el que se presente dentro del *iter criminis*. Así realiza la siguiente distinción:

*“a) El peligro como una característica de la acción, como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión de peligrosidad de la conducta”.*

*b) Como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o <<puesta en peligro>>”<sup>83</sup>*

Veamos pues que se trata de una **sucesión de estadios**, primero estamos ante una conducta que puede bien ser catalogada como portadora de cierta peligrosidad, y después advertimos que esa conducta revela un peligro para el bien jurídico, tal y como seguramente ya se advirtió la clave está precisamente en la forma en el que se lleve a cabo **el juicio de valor**, es decir, si se trata de un análisis **ex ante** con los conocimientos que se tienen en tal situación, lo que en su momento afirmó **FEUERBACH** como la causalidad potencial o el peligro

---

<sup>83</sup> *Ibid.* p.54.

abstracto,<sup>84</sup> o bien *ex post*, caso en el cual se cuenta ya con una mayor gama de conocimientos. Insistimos, en el primer caso estaremos ante la comprobación de un **desvalor de acción** y en el segundo, de un **desvalor de resultado**.

En este sentido resulta reveladora la siguiente afirmación de la misma autora que deja de manifiesto que, para lo correspondiente a enjuiciar el desvalor de acción, el juicio se impone como la característica de ser efectuado en el momento mismo de realizar la acción y precisamente por lo que será rechazada cualquier posición *ex post* para identificar el peligro de la acción desplegada:

*“El confucionismo y la falta de entendimiento que reina, por ejemplo, en el tema de los delitos de peligro o en el tema del peligro en general es debido, en gran medida, a la ausencia de acuerdo terminológico, ya que, como acabamos de ver, la voz peligro o su sinónimo riesgo, pueden ser utilizadas en diversos perfiles. Para evitar confusiones lo óptimo sería utilizar el término peligrosidad, a enjuiciar *ex ante*, para aludir a peligro o riesgo como atributo de la acción y reservar la voz peligro o la expresión puesta en peligro para la situación que precede a la lesión y que puede tener entidad por sí misma, como ocurre en los casos de los delitos de peligro concreto.”<sup>85</sup>*

Pero esta forma de diferenciar entre el concepto de **peligro** y de **peligrosidad** no es única de **MARTINEZ ESCAMILLA**, por el contrario se advierte tal distinción en diversos autores como es el caso de **MORENO-TORRES**, **ZIELINSKY**, **SANCINETTI**, y sin duda aportan en sus respectivas obras algunos de los ejemplos de las confusiones que se generan al hablar en forma indistinta de un concepto y de otro, así, por ejemplo **MORENO-TORRES**, cita a **WOLTER** para quien existe una **equiparación entre prohibir acciones objetivamente peligrosas y prohibiciones de poner en peligro**, y lo mismo en el caso de **SCHÜNEMANN** quien aluden en forma indistinta a la **creación de un riesgo prohibido y puesta en peligro objetivo**, y **MIR PUIG** quien utiliza la expresión de **peligro objetivo que cada conducta supone para bienes jurídicos, cuando lo que busca es destacar la peligrosidad de la conducta**,<sup>86</sup> el mismo

<sup>84</sup> Citado por Alcácer Guirao Ob. Cit. p.131.

<sup>85</sup> Sola Reche Ob. Cit. p.55

<sup>86</sup> Moreno-Torres, Ob, Cit. pp.120-121.

manejo indiscriminado detectamos por nuestra parte en la obra de **GARCIA RIVAS** cuando al hablar en torno al tema del **peligro** cita a **CORCOY** y refiere lo siguiente:

*"Por peligro se entiende la probabilidad de lesión de un bien jurídico"*<sup>87</sup>

Y es que de lo dicho por nosotros hasta ahí no habría problema, este se va a presentar precisamente cuando más adelante **GARCIA RIVAS** señala:

*"La prognosis sobre la peligrosidad de la conducta se hará en atención al hecho y será en el caso particular donde se determinará la existencia o no de la violación de la norma de cuidado... Los datos que no se poseen en el momento de la realización de la conducta no pueden ser tenidos en cuenta en el juicio de peligro, aún cuando ex post se pruebe que atendiendo a ello se pruebe que el peligro que entrañaba la conducta era mayor al cognoscible cuando se ejecutó. La mayor peligrosidad objetiva demostrada ex post no tiene relevancia en relación con el peligro penalmente relevante... Si el análisis realizado por el Juez determina que, ex ante se había creado un riesgo penalmente relevante es decir existía la probabilidad de lesión del bien jurídico..."*<sup>88</sup>

Otro caso lo encontramos en un por demás interesante artículo del maestro **GIMBERNAT** en el que señala:

*"...también los delitos de peligro tienen un resultado a saber: el peligro, en cuanto a que sobre la base de una (sic) pronóstico ex ante, en el mundo exterior y mediante una conducción temeraria, o un tirón sin éxito al bolso de una mujer que consigue retenerlo, o la fabricación de fonogramas ilegales, se ha producido un resultado de riesgo para los bienes jurídicos..."*<sup>89</sup>

Creemos que de acuerdo con la línea de exposición que hemos desarrollado el maestro a lo que se refiere en el caso concreto es efectivamente al peligro, pero el cual sólo puede ser constatado de forma *ex post*, sin negar la posibilidad de que a las mismas conductas que refiere en sus ejemplos se pudiera llevar a

---

<sup>87</sup> García Rivas Nicolás, "Delito Ecológico Estructura y Aplicación Judicial", Editorial Praxis, Barcelona, España, 1998 p. 21.

<sup>88</sup> Idem.

<sup>89</sup> Gimbernat Ordeig Enrique, "Ensayos Penales, Causalidad Omisión e Imprudencia, Editorial Tecnos, Madrid, España 1999. p.191.

cabo un juicio de pronóstico en los términos que plantea ante lo que se estaría tratando de corroborar una peligrosidad, lo que sin duda sería una fase previa.

No es difícil pues advertir la mezcla que se realiza entre lo que propiamente es en realidad **peligro** y lo que efectivamente es **peligrosidad**, llegando a conclusiones en las cuales se plantea como posible advertir una **peligrosidad ex post**, con lo que no estaríamos de acuerdo en atención a lo que previamente hemos argumentado. Por nuestra parte nos sumamos a los autores que pugnan por dejar clara tal distinción y por tanto entender que no puede darse un uso indiscriminado al lenguaje para referirse a peligro o a peligrosidad, pues el resultado si que tienen consecuencias prácticas, pues una acción bien puede ser potencialmente peligrosa y con ello adquirir alguna relevancia para el Derecho Penal, y sin embargo no encontrar ningún tipo de referencia en el campo del peligro, por lo que en todo caso diríamos que en caso de faltar el primer análisis o mejor dicho, de resultar negativo, entonces podríamos decir que no existe la mínima posibilidad de hablar de injusto.

Es factible reflexionar ahora, que a lo largo de estos párrafos hemos venido reiterando la necesidad de realizar un **juicio**, una **prognosis** del peligro que llega a tener un hecho cuando se realiza alguna acción concreta en dirección hacia algún bien jurídico, por lo que se vuelve indispensable ahora que intentemos precisar que es lo que se puede entender de tal juicio.

#### **1.4.3.1.2.2. El Juicio de Peligro.**

Con el objetivo planteado, lo primero que debemos decir, es que en la realización del **juicio**, se van presentar diversas variables, y con la utilización y combinación de tales variables es posible llevar a cabo **dos clases de juicio**: uno que se denomina como de **diagnóstico** y otro que se caracteriza como de **pronóstico**, la realización de uno u otro, dependerá del momento en que se

lleve acabo el mismo, es decir, a la clase de perspectiva que lo analiza, la que puede ser *ex ante* (también denominado como de *prognosis posterior*, o *póstuma* por VON LISZT<sup>90</sup>) o *ex post*.

Para el caso de que se optara por utilizar la primer perspectiva es decir, la correspondiente a una perspectiva *ex ante*, será necesaria la **ubicación del juzgador**, (o en una etapa procesal anterior, de quien tenga la necesidad de analizar jurídicamente la conducta como en el caso del **Ministerio Público**), **en el momento mismo de realización de la acción**, esto por supuesto que lo logrará retrotrayéndose en el tiempo, pues sin duda que su análisis lo está efectuando una vez que el hecho ya sucedió, pero no implica que el juzgador no pueda realizar el ejercicio mental de la ubicarse en el pasado para analizar el hecho, colocándose para ello en el lugar de la "película" que sea de su agrado.

Si se prefiere la segunda de las perspectivas entonces se analiza la conducta colocándose **en un momento posterior a la realización de la acción**; y por lo que corresponde a los **conocimientos** a utilizar para el juicio, éstos pueden ser los que el sujeto que llevó a cabo la acción tenía, o bien los de un **hombre medio** y finalmente caben también los del **especialista o perito** en la materia; en cuanto al **tipo** de conocimientos éstos pueden ser de dos formas bien **nomológicos** u **ontológicos** unos referidos al saber de las leyes de la naturaleza y los otros a los de las circunstancias del hecho mismo tal y como habíamos adelantado, así lo encontramos en la obra de **MORENO-TORRES** cuando apunta lo siguiente:

*"Para VON KRIES los juicios de necesidad, probabilidad y posibilidad se formulan en base a dos clases distintas de conocimientos: el conocimiento nomológico y el conocimiento ontológico. El primero es un conocimiento general de la experiencia, un conocimiento sobre las leyes de relación de un acontecimiento, dicho de otra forma, el conocimiento nomológico es el que versa sobre las leyes causales, sobre los fenómenos y las leyes de la naturaleza. Por*

---

<sup>90</sup> Concepto citado por Antolisei Francesco, "Manual de Derecho Penal Parte General" Octava Edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Editorial Temis, Bogotá Colombia 1988, p.163.

su parte el saber ontológico se limita al conocimiento de los hechos, y, consecuentemente también al de las circunstancias en que estos tienen lugar".<sup>91</sup>

Es pertinente la nota de **ALCACER GUIRAO**, cuando afirma que los conocimientos nomológicos los posee ya de suyo el observador objetivo, y los ontológicos, esos sólo los tiene a partir de que se hace sabedor de cómo es que se dieron los sucesos objeto del análisis.<sup>92</sup>

Finalmente existe una variable más que anotar, esta es la que se compone por el **momento del hecho**. En tal consideración se pueden presentar **cuatro** posibilidades a saber: **1.** En el momento de inicio de la acción, **2.** En el momento final de la acción, **3.** En el momento posterior a la acción pero anterior al resultado (supuesto de autoría mediata), **4.** En el momento posterior al resultado.<sup>93</sup>

Es así, que ahora es necesario el entender como llevaremos a cabo ese **juicio** planteado en los términos aquí expuestos, es decir, de que manera se podrá advertir una **peligrosidad** en la acción del sujeto, para en su momento afirmar la presencia de un **desvalor de acción** y lograr la distinción que se maneja por **ZIELINSKY** y **SANCINETTI** como **peligrosidad o capacidad de resultado de la acción y la poderosidad del resultado**.<sup>94</sup>

Se dice pues que el **juicio de peligrosidad** es un elemento **objetivo** del desvalor de acción, esto, seguramente tiene su explicación en el hecho de que esta clase de juicio se lleva a cabo precisamente desde una **óptica objetiva**, es decir, el juicio para saber si una conducta es o no peligrosa, **no debe ser realizado sólo tomando en cuenta los conocimientos del sujeto actuante**, respecto de su propia actuación, sino que en todo caso es indispensable que tal valoración la realice el denominado **espectador objetivo**, o sea al amparo del

---

<sup>91</sup> Moreno-Torres Ob. Cit. p.102

<sup>92</sup> Alcácer Guirao, Ob. Cit. p.173.

<sup>93</sup> Más sobre las variables en Alcácer Guirao Ob.Cit. pp.169-184.

<sup>94</sup> Moreno-Torres Ob. Cit. pp.138-139.

saber de un **hombre prudente**, tal y como lo ha denominado **TRAEGER**, en su *“teoría de la circunstancia generalmente favorecedora”*.<sup>95</sup>

Entonces vamos avanzando, primero necesitamos que exista en el mundo fáctico un acontecimiento es decir que en el camino delictivo, el hecho traspase la barrera interna y comience a manifestarse en hechos susceptibles de ser conocidos por otros sujetos, en términos de **JAKOBS** que **la acción comience a dejar de ser únicamente del sujeto y adquiera algún tipo de comunicabilidad social**, ahora bien, lo que buscaremos será saber si ese acontecimiento es de aquellos que el derecho penal considera como ilícitos o contrarios a sus mandatos, en otras palabras, si es que esa conducta merece el calificativo de **injusto**. Para esto será necesario en principio no comprobar su peligro, o poderosidad del resultado, sino, en todo caso busquemos saber si tal acontecimiento es no **capaz de producir un resultado**, que como hemos tratado de apuntar no es lo mismo que la constatación del peligro mismo. Esta valoración de capacidad del resultado debe ser realizada por ese espectador objetivo al que nos referimos, el cual deberá de ser un sujeto con una **inteligencia, conocimientos y facultades psíquicas y sensitivas** del hombre medio o promedio que es el que representará el sentir de una sociedad o de una generalidad social, sus conocimientos de hombre medio deben ser tanto en el ámbito **nomológico** como en el **ontológico**.

El primero de los conocimientos, tal y como lo hemos anticipado se compone por los que ha adquirido el observador en forma previa, entre otras causas por la experiencia, se busca entonces que ese hombre medio pueda concluir entre otras cosas que si el sujeto A, dirige un proyectil disparado por un arma de fuego, hacia un sujeto dormido en su cama, a una distancia de un metro, sin duda al hacer el impacto las **probabilidades** de privarlo de la vida son elevadas. Del mismo modo sabe que el hecho de que el sujeto A mande constantemente al sujeto B de viaje en avión con la idea que fallecerá en un accidente aéreo, no

---

<sup>95</sup> Ver García Rivas Ob. Cit. p.11.

puede ser considerado como un comportamiento con **capacidad de producción de resultado**, aún cuando el resultado que se representó hubiere llegado finalmente. De lo que se trata es de realizar **una deducción lógica, una predicción**, aún cuando vale la pena aclarar que ese conocimiento requiere de ser **un conocimiento acorde a la época**, es decir estar apegado al **avance científico**, puesto que las creencias de relación causal que se tenían en el año de **1800**, no pueden ser las mismas de las que con el avance científico se tienen doscientos años después.<sup>96</sup>

El segundo de los conocimientos, es decir el ontológico no lo adquiere solo con su experiencia, si no que se trata de que tenga un conocimiento de **cómo es que se dieron los hechos, y en que circunstancias se presentaron éstos**, sin que sea su obligación conocer a ciencia cierta los detalles que los rodearon, por tanto al emitir su juicio el observador medio tendrá en cuenta, **tanto las circunstancias que eran cognoscibles en el momento del hecho**, así como **sus conocimientos, y los que le eran propios al sujeto activo**, es decir se deberán tomar en cuenta ambos conocimientos sin discriminar a unos u a otros, por supuesto que este juicio de pronóstico que realiza sobre la base de sus conocimientos el sujeto que observa el suceso, nunca podría ser coherente con la exigencia o bien con la creencia de se trata de un observador **omnisciente**, esto debido a que, en el primer caso habría una **imposibilidad real debido a las características propias del ser humano**, y en el segundo se estaría ante un **sujeto irreal**, un observador ficticio, y conste que lo aclaramos por que la duda no sólo exista en nuestra imaginación, pues hay autores<sup>97</sup> que no obstante que parten de una concepción de análisis *ex ante*, atribuyen al observador medio una serie de conocimientos que en realidad no los tiene, este es el caso que cita **ALCACER GUIRAO** cuando estudia la postura de **NUÑEZ BARBERO** quien afirma que existen ciertas circunstancias que **siempre serán cognoscibles a**

---

<sup>96</sup> Moreno-Torres, Ob. Cit. p.149.

<sup>97</sup> En la misma línea Bakdo Lavilla, "Estado de Necesidad y Legítima Defensa", Editorial Bosch, Barcelona, España 1994.

**priori** destacando la existencia o inexistencia del objeto de la acción, en contra de esto **ALCACER** dice lo siguiente:

*"Por un lado la afirmación de Nuñez Barbero de que, en su concepción el juicio debe realizarse por el juez tomando en cuenta lo que sería cognoscible a un hombre medio en el momento del comienzo de la ejecución es sencillamente falsa. Para este autor, el observador que—según el mismo—afirma sitúa en una perspectiva ex ante no es un hombre medio, sino un ser omnisciente, conocedor de todo lo objetivamente existente... parece evidente que la perspectiva ontológica ex ante de Nuñez Barbero no es en realidad tal, sino que se trata de una perspectiva ex post, la única en la que pueden ser cognoscibles los datos que el autor español introduce en su juicio de peligro"<sup>98</sup>*

Desde nuestro punto de vista debemos distinguir esta forma de pretender el conocimiento por parte de **NUÑEZ BARBERO** con lo que sería el tener en cuenta las circunstancias que efectivamente se podían conocer en el hecho y que no las tuvo en consideración el sujeto pasivo, bien por tener una limitación física o psíquica, o sólo por su falta de cuidado, así por ejemplo, no sería lo mismo el pretender que el observador medio al conocer la narración de los hechos entre los que se describe una pistola de apariencia normal y con todas las características propias de tal arma de fuego, sepa que está cargada o descargada, al caso que en un lugar en el que se guardan las armas de donde las tomará el activo, **exista un aviso claro** de que en el lado derecho están las armas cargadas, y en el lado izquierdo las descargadas, aviso que por un descuido **no observó el activo**.

Finalmente y siguiendo un esquema planteado por **MORENO-TORRES HERREREA**, diremos que existe una problemática a resolver, para que el observador medio pueda determinar que una conducta desde el punto de vista objetivo se aprecia como cargada de capacidad de resultado, es necesario que tenga **una posibilidad de realizarse** o bien que tenga **una probabilidad de realización**. En principio nos parecería ociosa la búsqueda de tal diferenciación pues finalmente lo que buscamos es que el observador objetivo determine desde

---

<sup>98</sup> Alcácer, Ob. Cit. p.168.

su perspectiva media que el resultado sí se produjese, sin forzar previamente cual será el grado que se le exigiría para entender como peligrosa la conducta, pero tal y como nos ilustra la autora citada, al estudiar a **ANTOLISEI**, el español **RODRÍGUEZ MOURULLO** planteó una serie de características con las cuales se llega a tal distinción, estas se observan en la siguiente transcripción:

*Un fenómeno es posible cuando ninguna ley o regla de la experiencia lo hace inconcebible, y por consiguiente, es posible también el efecto raro, e incluso rarísimo, mientras es probable tan sólo aquel efecto que sucede acontecer, que se verifica en la generalidad de los casos.*<sup>99</sup>

Y es que en efecto **ANTOLISEI** en su obra de derecho penal se ocupa en varias notas de distinguir entre lo que él llama concepción antigua de peligro igual a posibilidad y lo que de acuerdo con su pensamiento debe identificarse peligro con probabilidad, ante todo valga la aclaración de que este autor cuando habla de peligro sigue la idea de lo que para nosotros sería peligrosidad. No obstante sus notas, que tratamos de resumir a continuación resultan por demás ilustrativas:

*“Los antiguos criminalistas concebían el peligro como una posibilidad real, como un estado objetivo de incertidumbre y casi de oscilación entre la producción o la no producción de un resultado, pero esta concepción ha sido abandonada hace tiempo, porque está en contra de la ley de causalidad natural que implica la existencia de una relación de sucesión constante y necesaria entre los fenómenos naturales... La doctrina moderna vincula la idea de peligro a la de probabilidad... Como se sabe la probabilidad no es más que una conjetura que se funda en la experiencia de casos similares... Se puede establecer a priori sobre la base de la experiencia la capacidad de un hecho para causar otro hecho... Algunos autores como Rocco en vez de probabilidad hablan de posibilidad, pero esto no se puede admitir”*<sup>100</sup>

Desde nuestra perspectiva, optamos por **adherirnos** a la postura seguida por **RODRÍGUEZ MOURULLO**, en cuando a exigir el grado de probabilidad de que se había, pues de estar conformes con lo expuesto por **MORENO-TORRES** en el sentido de que con tal exigencia se dejarían de lado muchas conductas

---

<sup>99</sup> Moreno-Torres, Ob. Cit. p.165.

<sup>100</sup> Antolisei, Ob. Cit. p162.

impunes, consideramos que no se llegaría al avance que se advierte en toda su obra pues finalmente su ejemplo del sujeto que planea eliminar a otro con dejar una cáscara de plátano en su camino diario, consideramos que no podría ser considerado como una tentativa de homicidio en los términos que propone, pues en todo caso ese ejemplo por sí mismo puede caer tanto en la **posibilidad** como en la **probabilidad** y creemos que una vez que hemos traspasado la frontera de lo posible y hemos llegado a lo probable, entonces ya no es necesario de graduar esa probabilidad, aún más, es por tanto que si coincidimos con la conclusión de poder adherirse al concepto de probabilidad que refiere **ENGLISH** que por cierto no advertimos distante del de **ANTOLISEI**, así se advierte cuando refiere el autor primeramente citado lo siguiente:

*"Para considerar que una acción es adecuada en relación a un resultado no ha de ser absolutamente improbable que produzca dicho resultado".<sup>101</sup>*

Así, con lo anterior, consideramos concluida la parte relativa a constatar la existencia del componente objetivo en el desvalor de acción, lo que tiene como finalidad el señalar con toda atingencia que el Derecho penal no solo sanciona aquellas conductas que se advierten como contrarias a la norma sino que, más bien, busca ocuparse de las que adición el elemento peligrosidad que se traduce en una capacidad de producción de resultado, advertida de un modo objetivo, en juicio de pronóstico y cuando menos, con la característica de ser probable tal consecuencia al actuar.

#### **1.4.3.2. El Desvalor de Resultado.**

Ahora nos corresponde analizar la esfera del **desvalor del resultado**, sin que aún nos pronunciemos si es que este integra, aumenta o se encuentra fuera del injusto, sino únicamente trataremos de entender, que es lo que se advierte de esta figura jurídica del derecho penal, y optamos por dar una idea tan general al

---

<sup>101</sup> Citado por Moreno-Torres, Ob. Cit. p.166.

llamarla así, puesto que en torno a ella también existen diversas concepciones que se presentan al buscar diferenciarla del **resultado** mismo, y esto es lo que constituye ahora nuestra materia de estudio.

La pregunta de inicio sería: ¿Cómo podemos diferenciar con toda calma al resultado del desvalor de resultado?, Esto es, ¿Puede ser que una conducta tenga un desvalor de resultado y en su momento no tenga un resultado?

Pareciera que estamos parafraseando una serie de sinónimos, pero lo cierto es que no es así, se trata de establecer una **diferencia entre dos conceptos** que en muchas de las ocasiones se manejan en el mismo sentido y con la misma connotación, pero que en sí muestran diferencias, es cuando cobra fuerza la afirmación de **PATRICIA LAURENZO COPELLO**, repetida por varios autores, al establecer:

*“De esta manera se podría llegar a afirmar que entre resultado típico y desvalor de resultado existe siempre una relación pero no una identificación”*<sup>102</sup>

Es entonces necesario, que marquemos las diferencias entre tales conceptos en las siguientes líneas para, en su momento, saber que es lo que realmente utilizaremos en la determinación del injusto y, que es lo que nos servirá en todo caso para poder advertir la clase de delito de que se trata.

- a) Por lo que se corresponde al **resultado**, este se entiende de la siguiente forma: Será una de las maneras en que se haga presente el desvalor de resultado y estará siempre vinculado con el tipo, es decir éste se actualiza o alcanza en el mismo momento en el cual se llega a la consumación del tipo y es precisamente entonces cuando se dice que se está en presencia ya del resultado típico. En este terreno aún se puede llegar a una distinción más, la que deriva de diferenciar a los llamados delitos de resultado, es decir aquellos en los que la acción

---

<sup>102</sup> **Laurenzo Copello Patricia**, *El Resultado en el Derecho Pena*, Editorial Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, España 1992, p.168.

del activo no lleva a la consumación, sino que existe una separación espacio temporal entre ésta y el resultado, y en otro sentido los delitos de mera actividad que plantean la coincidencia de la consumación con el desarrollo total de la acción típica prevista en el delito de que se trate, así se observa en lo dicho por **ALCACER GUIRAO** cuando dice:

*"En cualquier caso no deben confundirse las nociones de resultado y de desvalor de resultado. Así la primera noción, la de resultado, viene referida a la causación de un estado fáctico, espacio-temporalmente separado de la acción".*<sup>103</sup>

- b) Y por lo que toca a la concepción **desvalor de resultado** es necesario entender que: Esta figura se vincula directamente con lo que es la lesión o bien la puesta en peligro de los bienes jurídicos que tutelan las normas penales, es decir aquellos sobre los que se ha realizado una valoración positiva por parte del legislador, por esto cuando se pueda afirmar la presencia de resultado en un delito, sin duda también existirá el desvalor del resultado, pues en ambos casos el análisis se realiza *ex post*, pero, el hecho de la comprobación fuera contraria, es decir que no se acreditara la presencia del resultado típico como tal, esto no impediría la posibilidad de afirmar la presencia de un desvalor de resultado, pues no podemos perder de vista que en todo caso lo que puede llegar a dar el fundamento del desvalor de resultado lo es simplemente la puesta en peligro, lo que en su momento también ya diferenciamos del peligro de la propia acción. Siguiendo con **ALCACER GUIRAO**, señala en torno a esta noción lo siguiente:

*"En cambio el desvalor de resultado es una categoría de naturaleza valorativa, basada en el grado de afectación del bien jurídico, y por tanto, como aquí se sostiene en el enjuiciamiento *ex post* del peligro..."*<sup>104</sup>

---

<sup>103</sup> Alcácer Guirao, Ob. Cit. p.419.

<sup>104</sup> Idem.

Siguiendo con **LAURENZO COPELLO**, se puede resumir lo expuesto desde sus propias palabras de la siguiente manera:

*“El desvalor de resultado hace referencia al papel de la perturbación del bien jurídico en la fundamentación de lo injusto y el resultado típico enfoca ese mismo fenómeno desde el punto de vista de la estructura de los tipos...”<sup>105</sup>*

#### **1.4.3.2.1. El Papel del Desvalor del Resultado en el Injusto.**

Básicamente, como dijimos, al analizar las diferentes concepciones que existen para entender la configuración del injusto, el **desvalor de resultado** juega distintos papeles en el tema del injusto. Dijimos, que para unos, es el único elemento necesario para constituir el injusto (monismo objetivo), otros en cambio le niegan toda función dentro de esta categoría jurídica (monismo subjetivo), unos más hablan de la necesaria concurrencia tanto del desvalor de acción como del desvalor de resultado (dualistas), y otros por su parte consideran al desvalor de resultado como un elemento que no constituye el injusto pero que si lo incrementa (dualistas moderados), unos más que son partidarios también del desvalor de acción para configurar lo injusto pero entendiendo la necesaria concurrencia de peligrosidad en la acción misma, dejando al desvalor de resultado en la categoría de la punibilidad como una factor de análisis para el efecto de la necesidad de pena.

En todo caso lo esencial es advertir como describe **ALCACER GUIRAO**, **si el desvalor de resultado será o no un elemento del injusto.**<sup>106</sup> Pero el hecho de que nos decantemos por una por otra de las opciones de pensamientos propuestas no se debe perder de vista una aseveración que consideramos como fundamental, la cual es tomada del joven y agudo penalista **SILVA SANCHEZ**:

---

<sup>105</sup> *Ibid.*, p.167.

<sup>106</sup> Alcácer Ob. Cit. p. 417.

*"Asumida la importancia valorativa del desvalor de resultado y, consecuentemente, exigida una relación de afección potencial para el bien jurídico como requisito de la prohibición, puede afirmarse, con carácter general, que la exclusión sistemática del desvalor de resultado del injusto no implica necesariamente rebajar su importancia en el sistema del delito".<sup>107</sup>*

Lo primero que debemos reiterar es que se trata básicamente de **dos ideas**, una, que **busca dejar al desvalor de resultado fuera del injusto** y la otra que por el contrario **trata de mantenerlo dentro**. Veamos pues cuales son los principales argumentos que se vierten en uno y en otro sentido.

#### **1.4.3.2.1.1. El Desvalor de Resultado es Ajeno al Ilícito.**

Por lo que corresponde a las posturas que pretenden **dejar fuera del injusto al desvalor de resultado**, estas son prácticamente las que en su momento denominamos como **monistas subjetivas**, con los representantes que también ya señalamos, pero podemos realizar algunas notas y transcripciones para que ubiquemos de nuevo su línea de pensamiento.

Es claro que en torno al ilícito fundamentado desde un punto de vista subjetivo es inevitable seguir el pensamiento de **ZIELINSKY** y de todos los que se ubican en sus ideas, así, no será difícil observar la forma en que por ejemplo **SANCINETTI** quien sigue la misma línea de pensamiento, lleva a cabo su formulación en la búsqueda de dar un ilícito basado en lo subjetivo, y cuando se ocupa del desvalor de resultado lo lleva a la polémica de tal forma que lo deja como un mero **dato primitivo** que contrario a lo que se argumenta a su favor como **resultado-garantía**, es un dato que puede volver absolutamente **injusta** una resolución. Esto es así cuando se lee lo siguiente:

---

<sup>107</sup> **Ibid.** p.418.

*“El anterior ejemplo del progresivo rechazo de la responsabilidad por el resultado, y la paulatina restricción –relativamente reciente– de la aceptación de la calificación por el resultado al requisito mínimo de una imprudencia, como conquista impuesta por principios valorativos puestos desde afuera en la base del sistema, parece sugerir que el dogma causal ha funcionado, reconocidamente, de modo contrario a una garantía, en todo caso constituyó la garantía de una punición mayor.”<sup>108</sup>*

De igual forma este autor da la idea de que entender al desvalor de resultado como un dato de seguridad para el ciudadano, no es otra cosa más que **un mito** y en torno a ello afirma:

*“Esa creencia fervorosa en la seguridad que proporcionaría el resultado tiene un camino de doble vía. Por un lado, la trascendencia sustancial atribuida al resultado de modo consciente: el juzgar una acción por sus consecuencias dejaría cubierto al autor de la arbitrariedad del juicio sobre sus intenciones; un resultado disvalioso, por ello, ya implica un juicio de desvalor atribuible a la acción que lo causa (mito primario). Por otro lado, la sospecha creada por el resultado, de que su autor, además de causarlo lo habría también querido (mito secundario)”<sup>109</sup>*

Quizá una objeción que pudiera resultar válida para la fundamentación del injusto únicamente en el desvalor de acción se podría encontrar en advertir que **no es factible que se trate entonces igual a todos los ilícitos que se cometan cuando sin duda el dato más revelador de una mayor o menor gravedad lo da el propio resultado**, lo que sucede es que desde ZIELINSKY ya se decía que **el hecho de tener un mismo ilícito no exige que la pena sea igual también**, pues entonces el desvalor de resultado como hemos dicho si que vendría a dar un dato importante para la **necesidad de pena**, puesto que el merecimiento de la misma ya se encuentra suficientemente constituido en el propio ilícito y en la culpabilidad, esto es, con el desvalor de acción ya sea que este se entienda con un contenido simplemente subjetivo o bien con un contenido subjetivo-objetivo, y con el juicio de reproche, sin embargo el resultado daría un paso más hacia esa distinción entre merecimiento y necesidad de pena, así lo deja de manifiesto **MORENO-TORRES**, cuando menciona lo siguiente:

---

<sup>108</sup> Sancinetti, Ob. Cit. p.67.

<sup>109</sup> Ibid, p.67

*"Desde nuestro punto de vista ilícito es ilícito de acción y una vez constatada la presencia de tal desvalor de acción, tal y como se ha definido en páginas anteriores, queda confirmado el merecimiento de pena, que le es atribuido al autor en el juicio de culpabilidad. Ilícito y culpabilidad se configuran así como presupuestos necesarios de la pena, pero no los únicos. Surge aún la categoría de la punibilidad, en la cual se dan cabida a otras consideraciones, ajenas ya al merecimiento de pena. Entre ellas, aparece la mayor o menor necesidad de pena como criterio en el cual se concretan las exigencias de la prevención general."*<sup>110</sup>

Esta sería entonces la idea de entender que el desvalor de resultado viene a ser ya una **condición objetiva de punibilidad** o en su caso **un elemento de la punibilidad**, de la **sancionabilidad** penal a la que alude **ALCACER**, advirtiendo de su falta de claridad tanto de ubicación como de reconocimiento dogmático.<sup>111</sup>

Así para **MORENO-TORRES** el desvalor de resultado es **un criterio de política criminal** que dará el dato sobre el *quantum* de la pena, marcando en ello su diferencia respecto de **ZIELINSKY**, para quien el desvalor de resultado también da el sí de la pena,<sup>112</sup> con lo cual ella, no está de acuerdo, pues en todo caso el sí de la pena ya está suficientemente fundado con el propio desvalor de acción, por lo que en su investigación realiza una afirmación a manera de conclusión utilizando el pensamiento de **ZIELINSKY**:

*"A nuestro juicio, la función que corresponde al desvalor de resultado se concreta en la categoría de la punibilidad... y por ende el mero hecho de la producción del resultado [o añadiríamos nosotros, de un desvalor de resultado concretado en una efectiva puesta en peligro ex post del bien jurídico] bajo ciertas circunstancias podría ser un criterio admisible de punibilidad elevada... el resultado efectivo sería por tanto un presupuesto de la punibilidad independientemente de la culpabilidad."*<sup>113</sup>

No debemos perder de vista que la autora que hemos mencionado se mantiene en la postura que si bien entiende que el injusto no se integra con el desvalor de

<sup>110</sup> Moreno-Torres, Ob. Cit. p.184.

<sup>111</sup> Alcácer, Ob. Cit. p.423.

<sup>112</sup> Ibid, p.190.

<sup>113</sup> Moreno Torres, Ob. Cit. pp.183-184

resultado, también no lo es menos que **exige desde el propio desvalor de acción ya una constatación objetiva** de que esa acción es relevante para el derecho penal al detectar en ella una carga suficiente de peligrosidad.

#### **1.4.3.2.1.2. El Desvalor de Resultado es Fundamento del ilícito.**

Esta es la postura contraria, se trata de una forma de entender al injusto en la que se encuentran presentes en forma conjunta, y en una **relación de necesidad**, el **desvalor de la acción y el desvalor de resultado**, es decir, corresponde a la esfera de pensamiento de aquellos autores que dijimos que se ubican en el **dualismo** correspondiéndoles de igual forma, las afirmaciones que en su momento hicimos entorno a ellos.

En la doctrina penal, básicamente se reconoce que la forma de llegar a la conclusión de que **es necesaria la concurrencia simultánea de ambos desvalores** (de acción y de resultado) para integrar al injusto, puede ser a través de dos caminos que son respaldados por igual grupo de autores, unos que optan por entender que la inclusión del desvalor de resultado en el injusto obedece a razones propias de los **finés** de la norma, y otros que por el contrario entienden que la razón descansa precisamente en el fundamento **normológico**.

**En el primero** de los casos se trata de entender que si bien el derecho penal no tiene como contenido de sus normas al resultado mismo, sin embargo sí existe una **valoración primaria**, en la cual **la norma tiene como fin la evitación del resultado**, puesto que lo que en principio le da sentido a la norma penal es una valoración positiva de los bienes jurídicos, así se entiende en el desarrollo de la obra de **LAURENZO COPELLO**, y concretamente cuando en torno al tema apunta lo siguiente:

*“Ahora bien si se admite que las normas penales solo se justifican por su función protectora de bienes jurídicos; se entiende, además que el desvalor de resultado consiste en la perturbación efectiva de aquellos y, a través de consideraciones teleológicas se concede un papel a este elemento en la fundamentación de lo injusto, parece lógico que se llegue aquí a una conclusión semejante a la propuesta por las tesis predominantemente objetivas, esto es, que se identifique un desvalor de resultado en cada una de las conductas punibles”.*<sup>114</sup>

La segunda vía, es la que se ocupa de plantear que **conjuntamente con la norma de determinación existe una norma que es de valoración**, ya sea entendidas como separadas y que confluyen, o bien aceptando que es una sola con ambas facetas, así puede ser que se advierta la presencia de una norma de conducta y una norma de protección tal y como lo entiende **GALLAS**,<sup>115</sup> se trata pues de reconocer en la norma de valoración, la que da cuenta del desvalor de resultado, una mayor amplitud de alcance, puesto que no sólo se limita al sujeto, es decir a su contravención particular, caracterizada por su voluntad de realización, sino que en este caso se trata de una norma que incluye a la víctima, y a la sociedad, es decir reconoce como suyo el efecto social y por tanto se integra a lo ilícito.

¿Optar por una o por otra de las posturas tendrá alguna relevancia?, la respuesta es afirmativa, y las consecuencias se vinculan con lo que previamente se apuntó en torno al concepto del desvalor de resultado y el de resultado, esto es, que si se parte de concepción **teleológica** se podrá concluir que todos los delitos tienen un desvalor de resultado aún cuando no se trate de un resultado separado, un resultado material, así lo dice **LAURENZO COPELLO**:

*“Si se parte de un criterio teleológico, lo natural es que se llegue a la dualidad, puesto que si el fin de toda norma penal debe ser la protección de bienes jurídicos y si es de ese fin de donde se deduce el desvalor de resultado, parece lógico que toda conducta punible este supeditada a que dicho elemento efectivamente concurra”.*<sup>116</sup>

<sup>114</sup> **Laurenzo Copello**, Ob. Cit. pp.52-53

<sup>115</sup> Apuntado por **Laurenzo Copello**, Ibid, p.54.

<sup>116</sup> Ibid, p.57

En cambio partiendo del planteamiento **normológico**, se precisa en congruencia argumentativa, señalar que en los casos de delitos de mera actividad, de peligro abstracto y en general en los que no existe un resultado como tal desde el punto de vista material, son casos de excepción, **en los cuales únicamente esté presente el desvalor de acción en la configuración del injusto**, así se advierte en la siguiente transcripción:

*“Si en un tipo penal no es posible encontrar ese plus o, lo que es lo mismo, si el tipo se agota en el imperativo, faltará el punto de apoyo para afirmar la existencia de un desvalor de resultado”.*<sup>117</sup>

#### **1.3.3.2.1.3. El Desvalor de Resultado Cofundador del lícito.**

Existe una postura más, que si bien se clasifica como dualista, no participa de las dos formas de razonar antes expuestas. Se trata de la idea de entender que **el injusto se constituye por el desvalor de acción**, así lo advertimos en **SOLA RECHE** cuando refiere:

*“El factor de convergencia en este contexto es, sobre todo, la aceptación, en mayor o en menor grado, de la naturaleza imperativa de las normas. Desde ahí resulta obligado reconocer el carácter fundamentador de lo injusto del desvalor de acción”*<sup>118</sup>

Pero esta línea de pensamiento no se queda hasta ahí, pues en tal caso estaríamos aún ante la duda de si es que se trata de una repetición de la postura monista subjetiva. Lo cierto es que tal postura va más allá, pues señala que el **desvalor de resultado viene a realizar en todo caso una función de incremento de lo injusto, o en su caso de disminución**, es decir, si es que se trata de una tentativa la falta del desvalor de resultado consumación vendría a

---

<sup>117</sup> *Ibid*, p.58

<sup>118</sup> *Sola Reche, Ob. Cit. p.108.*

dar cuenta de que el **injusto está disminuido del tipo original** y por lo tanto requiere de una atenuación. Esta corriente busca distinguir de lo que se debe entender por comportamiento antinormativo y lo que es la verdadera antijuridicidad, es decir puede ser que el comportamiento sea antinormativo, pero no por ello es antijurídico, puesto que la antijuridicidad en todo caso debe mostrar cuando menos **una puesta en peligro del bien jurídico**, afirmación con al cual pone en duda las posturas monistas subjetivas, pues en ellas se tendría la afirmación de antinormatividad, pero no de antijuridicidad.

Así es como concluye **SOLA RECHE** esta idea al advertir lo siguiente:

*“... 1) Lo injusto queda constituido, pero no necesariamente agotado, por el desvalor de acción determinado este por la antinormatividad de la conducta. Así toda tentativa, en cuanto peligrosa, representa un comportamiento antijurídico. Y 2) lo injusto puede verse incrementado con la concurrencia de un resultado disvalioso. Por lo que sólo algunas tentativas, las que hayan alcanzado el concreto peligro para el bien jurídico, generan un desvalor de resultado.”<sup>119</sup>*

En resumen, podemos decir que se trata de plantear que para entender cual es el verdadero papel de la figura jurídica denominada como desvalor de resultado sin duda es necesario primero tomar partido por una concepción de la norma penal y concretamente de los fines de ésta, y después, sólo será una consecuencia necesaria el advertir la ubicación del tal desvalor, es decir ya sea considerarlo dentro o fuera de lo que conforma lo ilícito en el derecho penal.

#### **1.3.3.2.1.4. Posición Personal.**

Es entonces en este momento en el cual debemos decidimos por alguna de las ideas vistas, para así, conceptualizar el injusto, y en general trataremos de dar una versión que en cierta forma se entenderá como ecléctica, pues lo cierto es que primeramente estamos totalmente de acuerdo con la afirmación que dice que **no es el fin del Derecho Penal sólo el prohibir resultados**, es decir el fin

---

<sup>119</sup> *Ibid*, p. 112

en el derecho penal es que los individuos o el individuo que están integrados en un contexto social no dirijan sus acciones hacia la producción de resultados, por ello dejamos totalmente fuera de nuestra filiación a lo que serían las corrientes de monismo objetivo, así es claro que la finalidad del derecho penal se apunta como preventiva, sin duda alguna, y no como un mero mecanismo de reacción.

También es cierto que no estamos de acuerdo con entender al desvalor de acción únicamente en clave subjetiva, es decir entendiendo que el desvalor de acción **solo contiene elementos subjetivos que tienen que ver con la forma de realización de la conducta y por ello sólo admitir como elementos del desvalor de acción al dolo o a la culpa y en su caso a los elementos subjetivos específicos del injusto**, no, pensamos que esta estructura debe ser entendida como un componente que tiene **dos hemisferios**, por un lado efectivamente el subjetivo con el contenido tradicional, pero por el otro el **objetivo**, que vendrá validamente a dar la certeza desde un análisis *ex ante* si una conducta es peligrosa o bien no tiene ninguna relevancia, es decir que no tiene el potencial suficiente para llegar a la producción del desvalor de resultado, esto es por que en todo caso tampoco sería acertado el decir que el derecho penal se ocupa de todo tipo de conductas, no, las que le interesan **son precisamente aquellas conductas que en sí mismas revelan ya un dato objetivo de peligrosidad**.

Por todo lo anterior, entonces parecería congruente mostrar filiación con una postura como lo es la sostenida por los autores que defienden el monismo subjetivo y que dan la nota de objetividad la desvalor de acción como una tendencia precisamente objetivadora, pero en realidad, tampoco es esta nuestra posición, pues no estamos convencidos de que tal y como afirman los autores del monismo subjetivo aun en clave objetiva, **que el desvalor de resultado no sea parte integrante del injusto**, y que se tenga que considerar o bien como una condición objetiva de punibilidad o bien como una nota propia de la necesidad de pena y por tanto de Política Criminal.

En efecto, tal y como realiza en una brillante reflexión **ALCACER GUIRAO**, los argumentos por los que se excluye al desvalor de resultado del injusto, no son del todo convincentes, pues lo cierto es que el resultado, al menos en la actualidad y de acuerdo con las posturas más modernas, ya no es sólo azar, pues entonces el sancionar con mayor severidad a alguien por azar sin duda vendría a dar una nota de sin razón a un derecho penal que consideramos como producto de ella.<sup>120</sup> En relación con esto debemos recordar que cuando analizamos el contenido del desvalor de acción dijimos que en él es factible el realizar un juicio de probabilidad previo a la realización de un resultado y ese resultado se muestra como probable, esto quiere decir que el hecho de que se de o no, no puede ser entendido solamente como una obra del azar.

En el mismo orden de ideas son refutados los argumentos normológicos y los teleológicos, es decir, aquellos que como dijimos se sostienen sobre la idea de que la norma en el Derecho penal es únicamente norma de determinación y por ello es que el resultado está fuera del injusto (normológicos), o bien que a la finalidad del derecho sólo es la de prevenir conductas y no lo de sancionar un hecho pasado, como lo es resultado (teleológico), sin embargo, al primer argumentos se le contrapone todo lo dicho respecto de la norma de valoración y que en todo caso puede ser entendida como una sola confluencia al entender al tipo como una entidad en el concepto de tipo de injusto, o bien en el propio argumento de antinormatividad y antijuridicidad.

Es entonces por lo que nos inclinamos a considerar como congruente con nuestra forma de entender el injusto el que **para su existencia se requiera de la presencia de un desvalor de acción y de un desvalor de resultado**, y que en todo caso se advierta la existencia de un desvalor de acción que debe ser analizado en **clave objetiva**, reconociendo el dato fundamental del desvalor de

---

<sup>120</sup> Vid Alcácer Guirao, Ob. Cit. pp. 423-446.

**acción para la constitución del injusto, pero reconociendo que sin duda el desvalor de resultado puede incrementar el injusto mismo.**

## CAPITULO II

### EL SISTEMA DE PENAS EN EL DERECHO PENAL Y SU VINCULACION CON EL DELITO TENTADO.

#### 1. LA PENA.

##### 1.1. Conocimientos Básicos sobre la Pena.

###### 1.1.1. La Pena como medio de Control Social.

Es innegable que desde que existen las agrupaciones de hombres en forma más o menos ordenada, éstos han buscado diferentes medios para manejar y dirigir el ir y venir de la sociedad, esto es lo que se conoce como **control social**, definido por **COHEN** en la cita que de él efectúa el maestro **BUSTOS RAMIREZ** de la siguiente manera:

*"Bajo el concepto de control social se comprenden los recursos de que dispone una sociedad determinada para asegurarse de la conformidad de los comportamientos de sus miembros a un conjunto de reglas y principios establecidos, así como las formas organizadas con que la sociedad responde a sus transgresiones".*<sup>121</sup>

<sup>121</sup> Bustos Ramírez Juan, "Lecciones de Derecho Penal (volumen I), Editorial Trota, Madrid, España 1997, p. 15

En el control social se contiene cualquier cosa que *dé seguridad al orden social* desde dos puntos de vista, el primero que corresponde a **determinar** en un tiempo y lugar específico a una conducta como *desviada* y el otro consiste en precisar cual es la **reacción** en contra de dicha conducta. Es claro que en un Estado de Derecho, el encargado de dar esos controles sociales será precisamente el Estado, sin que sea el único origen del control. Esto es lo que permitirá incluir en el tema del control social **al delito tentado**.

Todo control social debe plantear dos cuestiones, una que se refiere a la **prevención** de la conducta *desviada* buscando la aceptación de la norma y del orden por parte del individuo social, y la otra a **la forma de reaccionar** contra la conducta cuando se ve superada a la forma de prevención se presenta la forma de reacción que se identifica como una **respuesta social**.

Con lo anterior queda claro que existe un control social de acción y otro de reacción, siendo que dentro de la primera clase, están aquellos **mecanismos de socialización** dirigidos a lograr que los valores predeterminados por el orden social sean aceptados por los sujetos logrando motivarlos y determinarlos de acuerdo con ellos. Con esto se logra que el sujeto sienta esos valores como propios sirviéndole de inhibidores para su actuar cotidiano, es decir se puede pensar que al desenvolvemos dentro de una sociedad todos y cada uno de nosotros generamos procesos comunicativos, creamos expectativas de conductas, de acuerdo con un principio de confianza y así tal y como afirma el maestro **MUÑOZ CONDE** se tratará de que el sujeto superó su **principio de placer** al verlo enfrentado con el **principio de realidad**.<sup>122</sup>

Ahora bien, dentro de estos mecanismos puede citarse al sistema educativo, a los medios de información, a los medios de distracción, con la característica de que siempre están controlados. En el control social juegan también un papel

---

<sup>122</sup> Citado por Donna Edgardo Alberto, "Teoría del delito y de la Pena", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992. p.4

primordial los llamados **mecanismos de legitimación** los cuales tienen la tarea de cuidar que el orden social planteado por el Estado sea el mismo en la teoría que en la práctica, es decir que si se trata de un estado democrático de acuerdo con su orden jurídico, la democracia sea ejercida efectivamente en la práctica.

Pero cuando estos mecanismos de control social de **acción** no funcionan es necesario que intervengan los de **reacción** o respuesta ante la conducta desviada, la cual está debidamente catalogada y por tanto la respuesta que se de, también deberá ser la adecuada según dicha clasificación, así por ejemplo si la conducta desviada es en el ámbito escolar la respuesta tendrá que ser educativa, si se trata de un delito la repuesta será a través del sistema penal.

El control social de **reacción** admite aún una clasificación más, la cual tiene su origen precisamente en el órgano encargado de reaccionar, así, si el órgano que debe reaccionar tiene esa actividad como función principal, se dice que se trata de un control social **formal** (policía, juzgados, procedimiento penal, derecho penal, derecho penitenciario), en cambio si el órgano que reacciona tiene otras funciones primordiales pero paralelamente reacciona en contra de la conducta desviada, estaremos en presencia de un control social **informal** (como ejemplo la familia, la escuela, el lugar de trabajo)

En el caso del control formal, tanto la conducta desviada, como la reacción se encuentran reguladas por un orden normativo escrito que conforma un sistema, en el informal no es así, generalmente se trata de costumbres, usos, o apreciaciones morales que dan lugar a las más variadas reacciones.

De acuerdo con lo anterior, tendríamos que el control social encargado de los aspectos criminales en la sociedad lo es precisamente el control penal, mismo que se define como formal, de reacción y sistematizado mediante un orden

normativo escrito, pero que como hemos dicho no es el único, es en palabras de **HASSEMER**, sólo la punta del *iceberg*.<sup>123</sup>

En este sistema de control social se encuentra obviamente el derecho penal y por tanto la pena que no es otra cosa que la manera de reacción social formal, que sin embargo depende de todas las demás normas que conforman el sistema penal, pues es necesario que dicha pena se aplique y en su momento también se ejecute. Todo esto conforma el proceso de **criminalización** que contiene el proceso de **creación** de normas (criminalización primaria) y el proceso de **ejecución** de las penas (criminalización secundaria).

Es indudable que cuando hablamos de que el derecho penal tiene que intervenir es por que previamente hemos agotado cualquier otro tipo de reacción normativa, será entonces necesario usar una de las reacciones más violentas con las que cuenta el Estado, debido a que el ataque que sufre la expectativa de igual forma es un ataque que conlleva una forma violenta.

Con lo dicho parece claro que cuando hablamos del delito tentado, será fundamental el entender ¿Cuándo es que efectivamente se ve legitimado el Estado para intervenir con el mecanismo de reacción formal?, es decir, se vuelve necesario en primer término advertir si es que efectivamente se trata de una conducta desviada y después si esa conducta no encuentra en su paso de un mecanismo de reacción que sea *ad hoc*. Lo cierto es que para encontrar la respuesta a esta interrogante será de igual forma necesario el saber a que concepción de la tentativa se encuentra afiliado el Estado que reacciona, pues en algunos casos si justificará una reacción del sistema penal y en los otros advertirá como inadecuado tal mecanismo de control, y para ellos será fundamental pues la concepción del injusto que se siga.

---

<sup>123</sup> Muñoz Conde Francisco, "Derecho Penal y Control Social" Editorial Temis, Monografías Jurídicas número 98, Bogotá Colombia 1999, pp. 6-7.

### 1.1.2. Concepto de Pena.

Al igual que en cualquier figura jurídica que nos ocupemos de estudiar, la pena tiene un gran número de definiciones y conceptos, por lo que sólo nos limitamos a dar algunos de ellos desde la óptica de diversos autores, no sin antes participar de la reflexión que realiza **EDGARDO ALBERTO DONNA**, en el sentido de que es necesario **encontrar el fundamento de las sanciones jurídico-penales**, partiendo para ello de lo expresado por **GÖSSEL**, en cuanto a reconocer la cuádruple raíz que se presenta como fundamento, dando lugar a: *el fundamento real, el fundamento de conocimiento, el fundamento final o teleológico, el fundamento jurídico y el del deber ser.*<sup>124</sup>

De lo anterior es dable obtener la afirmación de que **el delito es el fundamento real de la pena**, sin que pueda serlo la peligrosidad de un sujeto, por que aunque una persona parezca peligrosa con esa base *no se puede* activar una reacción del sistema penal, sin dejar de reconocer opiniones en contra como las que derivan de los positivistas italianos como **LOMBROSO, GAROFALO, y FERRI**, y actualmente **BARATTA**. En cuanto al fundamento de **conocimiento**, este consiste en que en la pena siempre habrá de partir de dos proposiciones que se forman partiendo una de la otra, así tendremos: *si A entonces B*. El delito necesita de un juicio de conocimiento y lo que permite llegar a ese conocimiento es precisamente el juicio penal, es decir que se encuentra en una relación normativa en la que se da la necesidad de actualización del supuesto de hecho de acuerdo con el planteamiento legal para entonces llegar a la consecuencia jurídica. Por lo que corresponde al fundamento **jurídico**, éste se encuentra en la legitimación que tenga el Estado para imponer la sanción y, en cuanto al fundamento **teleológico** se debe atender a los fines de la sanción, es donde se encuentra las diversas teorías del fin de la pena. Pero no confundamos esas

---

<sup>124</sup> *Idem.*

teorías del fin de la pena con el propio concepto de pena, por lo que ahora solo daremos algunas de las definiciones que en torno a la pena existen.

En la obra coordinada por **LUIS GRACIA MARTIN**, se dice que la pena es: *"materialmente la privación de bienes jurídicos o derechos, y formalmente solo puede ser la impuesta por Jueces o Tribunales en un proceso penal revestido de todas las garantías para los derechos fundamentales del individuo"*.<sup>125</sup>

Para **JUAN BUSTOS RAMÍREZ**: *"la pena es ajena a la norma, ella está referida a comportamientos socialmente disvalorativos. La sanción penal es la consecuencia de la infracción normativa"*.<sup>126</sup>

En la obra conjunta de **COBO DEL ROSAL** y **VIVES ANTON**, estos destacan en un primer momento la importancia de la pena, que no debe ser minimizada por el hecho de que en la mayoría de los tratados se le da preferencia a la teoría del delito, debido a que esto sólo obedece a una ordenación lógica y metodológica, para estos autores, la pena es: *"el castigo consistente en la privación de un bien jurídico por la autoridad legalmente determinada a quien tras el debido proceso, aparece como responsable de una infracción del derecho, y a causa de dicha infracción"*.<sup>127</sup>

Tal y como afirma **LUIS GRACIA MARTÍN**, si se pretende definir la pena en la doctrina española habrá que acudir sin duda a lo afirmado por el egregio penalista **EUGENIO CUELLO CALÓN**, para el cual la pena es *"sufrimiento impuesto conforme a la ley, por los adecuados órganos jurisdiccionales, al culpable de una infracción penal"*.<sup>128</sup>

---

<sup>125</sup> Gracia Martín Luis, Boldova Pasamar Miguel Angel, Alastuey Dobon M. Carmen, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Español, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España 1996. p.54

<sup>126</sup> Bustos Ramírez Juan, Ob. Cit. p.44

<sup>127</sup> Cobo del Rosal Manuel, Tomas S. Vives Antón, "Derecho Penal parte general, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España 1996. p.723

<sup>128</sup> Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal", Tomo I, parte general, Decimoquinta Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España. p. 661

Ahora, ocupándonos del pensamiento de un funcionalista sistémico, radical, es decir de **GÜNTHER JAKOBS**, advertimos un sentido diferente de la pena, que él mismo justifica como el único **medio eficaz para afirmar la vigencia del derecho penal**, y para mantener el buen funcionamiento de la sociedad, una sociedad en la cual el bien jurídico nunca será lo que busca proteger el derecho penal, sino su protección es en sí la norma misma, así, para él, la pena tiene el siguiente significado:

*“Siempre reacción ante la infracción de una norma. Mediante la reacción siempre se pone de manifiesto que ha de observarse la norma. Y la reacción demostrativa siempre tiene lugar a costa del responsable por haber infringido la norma. ...Se trata de un problema normativo: de la asignación de un suceso perturbador a quien ha de soportar aquellos costes que son necesarios para eliminar la perturbación...Sería absurdo querer un mal por que ya se ha dado otro mal, y este seguir un mal a otro describe a la pena sólo en su carácter superficial. La pena hay que definirla positivamente: es una muestra de la vigencia de la norma a costa de un responsable. De ahí surge un mal pero la pena no ha cumplido ya su cometido con tal efecto, sino solo con la estabilización de la norma lesionada”*<sup>129</sup>

Para **LUIGI FERRAJOLI**, autor del garantismo penal, la pena es la respuesta a la máxima de **FEUERBACH** *nulla poena nullum crimine sine legem*, la aplicación de una sanción ante la realización de un hecho delictivo del cual se configura como consecuencia jurídica.<sup>130</sup>

De los conceptos de pena que nos hemos ocupado desprendemos la necesidad de advertir que en el caso del **delito tentado** se vuelve indispensable advertir su momento de inicio, es decir, cuando es que realmente ya se justifica entender a dicha figura jurídica como delictiva, como un verdadero supuesto de hecho. Lo cierto es que de nueva cuenta el punto se torna en la forma de que en cada uno de los códigos de los estado se defina a la figura jurídica de la tentativa, pues la reacción finalmente planteada en la pena, se dará con una justificación real, o al

---

<sup>129</sup> Jakobs Günther, Ob. Cit. p.8

<sup>130</sup> Ferrajoli Luigi, “Derecho y Razón”, Editorial Trotta, Madrid, España, 1997. p. 368

menos basada en una realidad con un soporte racional, pues no hay duda de que aún cuando se trata de la figura jurídica del delito tentado, su consecuencia jurídica sigue siendo en palabras de **CUELLO CALON** sufrimiento, pues se ha conducido contra la norma, en el sentido que hemos expresado en el apartado anterior, por lo que en todo caso si hay supuesto de hecho, pues sin duda se requiere de la consecuencia jurídica.

## 1.2. El Fin de la Pena.

A *el fin* de la pena se le ha llamado de diversas maneras, así lo encontramos como *teorías sobre la naturaleza de la pena*<sup>131</sup> o bien como *teorías de la pena*<sup>132</sup> o como *teorías sobre el fin de las penas*,<sup>133</sup> finalmente es colocándonos desde la historia de la pena misma, que encontramos tres formas fundamentales de dárles sentido, o tres maneras de interpretarlas. Así, se catalogan como **teorías Absolutas**, **teorías Relativas** y finalmente las **teorías Unificadoras**. Es necesario que nos detengamos un poco en cada una de ellas, y respecto de cada una de ellas se podrá advertir igualmente cual es en todo caso su vinculación con el **delito tentado**.

Las teorías a las cuales nos vamos a referir son aquellas que se agrupan en la clase de doctrinas **justificacionistas**, en contra posición de la corriente denominada como **abolicionista**<sup>134</sup> la cual se ocupa de buscar la **abolición del derecho penal** por entender a éste como **algo ilegítimo**, tanto por la razón de su inadmisibilidad de sus fines para justificar el sufrimiento que impone o bien porque se propugna por *la sustitución de este por medios de control informales*. Así, encontramos a la *criminología crítica* que hace responsable al propio

---

<sup>131</sup> Reynoso Dávila Roberto, "Teoría General de las Sanciones Penales", Editorial Porrúa, México, D.F., 1996, p.11

<sup>132</sup> Bustos Ramírez, Ob. Cit. 44

<sup>133</sup> Roxin Claus, Ob.Cit. p. 81

<sup>134</sup> Sanz Mulas Nieves, "Sistemas de Penas en la actualidad", Revista Criminología, Editorial Porrúa, año LXIII, número 2, México, D.F., 1997, p.5

sistema penal de la criminalidad, sin embargo no han dado elementos teóricos ni prácticos para dar fuerza a sus planteamientos tendientes a la solución de los conflictos sociales por medio del **arreglo privado**.

En fin, de cualquier forma se vuelve indispensable conocer el contenido de cada una de las posiciones teóricas desarrolladas en torno al fin de la pena.

### 1.2.1. Las Teorías Absolutas.

Estas teorías también son conocidas como teorías de la **retribución**, de la **justicia** o de la **expiación** y son absolutas precisamente por el hecho de que no tienen **ningún vínculo** con *efecto social* alguno, su único fin es el de *imponer un mal merecido, para retribuir o expiar la culpabilidad del autor por su conducta*, aquí la **pena justa** (idea de justicia que se vuelve su razón de ser al confluir la filosofía del idealismo y la tradición cristiana<sup>135</sup>) **es aquella que encuentra su correspondencia en el mal causado**, este derecho a la retribución se ha conocido desde la historia, y sólo ha cambiado el titular del derecho, siendo algunas veces el brujo, otras el hombre común y corriente, otras el sacerdote, el monarca y el Estado mismo. Se trata de teorías que parten de la premisa de que *existen valores absolutos anteriores al hombre, con la pena se busca hacer justicia*.<sup>136</sup> Es decir que en el caso de que un sujeto fuera encontrado culpable de una tentativa de homicidio, para lo cual por supuesto que se tendría de acuerdo con la época de advertir un resultado en el sentido que fue apuntado antes, entonces la pena servía para compurgar, para expiar ese comportamiento alejado de la norma, esa carga de antijuridicidad.

Las teorías absolutas contaron con el apoyo del pensamiento filosófico de dos grandes autores, por una parte con **KANT** y por otra con **HEGEL**.

---

<sup>135</sup> *Ibid.* p.7

<sup>136</sup> Bustos Ramírez, *Ob. Cit.* 44

**KANT (1798)**, señaló a la retribución como algo *inviolable y válido sin necesidad de encontrar sustento en su utilidad*, siguiendo una idea de justicia, la pena es lo que *da fuerza a la justicia*, dejar a alguien sin pena es como matar a la justicia, pues aún en el caso de una inexistencia del Estado y de la Sociedad, por una disolución voluntaria, es necesario que previamente se ejecute a el último asesino que exista en prisión, para que cada cual sufra lo que sus hechos merecen, así lo encontramos en la transcripción que realiza **DONNA** de la obra de metafísica de la costumbres de **KANT** en la que señala lo siguiente:

*“Si el criminal ha cometido un homicidio, también él debe morir. No hay aquí compensación alguna capaz de satisfacer a la justicia...Es más, si la sociedad civil llegara a disolver por decisión de todos sus miembros, como si por ejemplo, un pueblo que habitara una isla se decidiera a abandonarla y a dispersarse por todo el orbe, el último asesino detenido en una prisión debería ser ejecutado antes de esa disolución, a fin de que cada uno reciba su merecido, ya que de otro modo el crimen de un homicidio recaería colectivamente sobre el pueblo que descuida el imponer el castigo; porque entonces podría ser considerado como partícipe de esa violación pública de la justicia”*<sup>137</sup>

La pena contiene al talión (si ha matado debe morir)<sup>138</sup> El fundamento de la pena en **KANT** es ético, se **presupone el libre albedrío** del sujeto y por tanto al hacer un uso indebido de su libertad de actuación se convierte en un individuo culpable merecedor de pena, así **la pena para ser justa debe ser proporcional al mal causado**. La pena se une a la culpabilidad, por lo que lo adecuado para el culpable es la pena, *la pena no puede servir para fomentar otro bien, ni para el delincuente, ni para la sociedad*, el hombre no puede ser manejado como medio para lograr otros propósitos.

---

<sup>137</sup> Donna, Ob. Cit. p. 18

<sup>138</sup> Jakobs, Ob. Cit. p. 21

**KANT**, afirma que el criterio para aplicar el castigo lo es la igualdad como balanza de la justicia, *así cualquier daño inmerecido que se causa a otra persona, se lo ocasiona la misma persona.*

**HEGEL (1821)**, por su parte, *reconoce al delito como una negación al derecho y a la pena como negación de la negación, para restablecer el derecho.* Así, la anulación del delito a través de la pena nos da la idea de la **retribución** como lesión de la lesión. La negación de la negación da como resultado una afirmación, y en este caso *la afirmación es del derecho, el que se había negado con la realización del delito.*

Para este pensador el delito es negativo, la pena es la vulneración de la vulneración, dando el **restablecimiento del derecho.**<sup>139</sup> **La pena es racional** y así es **pena justa.**

**HEGEL** hace equivalentes al delito y a la pena, no tanto al daño y a la pena alejándose de la idea del Talión, para este autor el hombre que delinque pierde su honor y su libertad y por ello sólo merece ser tratado como un animal. El **fundamento de la pena** en este autor no es otro que **jurídico**, puesto que es precisamente el orden jurídico que el se trata de restaurar mediante ella.

Se ha sostenido que la teoría de la retribución si algo puede tener de bueno es precisamente que **sirve de medida entre el delito y la pena**, tomando como punto de partida la culpabilidad, es entonces la retribución la que da el margen de intervención al *ius puniendi*. Con este parámetro se vino a impedir la actuación arbitraria y en ocasiones llena de un salvajismo absoluto por parte del Estado, sin embargo no logró dar un limite cierto al legislador, dado que el *quantum* de la pena no encontraba límite. Es decir que de igual forma en el caso de tener un delito tentado cuando se pase a la individualización de pena en sí,

---

<sup>139</sup> **Ibid.** p.23

se tendrá necesariamente que acudir de nueva cuenta a la retribución, a fin de determinar el *quantum* de la pena.

El problema sin duda viene en cuanto su fundamentación, en el caso de **KANT** por **el sentido ético que no corresponde al estudio social requerido para la finalidad de la pena**, la retribución tiene como sustento una **idea metafísica de cumplimiento de la justicia**, lo cual tal como apunta **ROXIN**, no es aceptable como finalidad para un estado social y democrático que debe cumplir con la convivencia social.<sup>140</sup> Esta afirmación encuentra su mejor expresión en la siguiente transcripción de la obra del maestro alemán:

*"La idea de que se puede compensar o suprimir un mal (el delito) causando otro mal adicional (el sufrimiento de la pena), sólo es susceptible de una creencia o fe, a la que el Estado no puede obligar a nadie desde el momento en que ya no recibe su poder de Dios, sino del pueblo".<sup>141</sup>*

Además está el problema de que exista *la posibilidad de un comportamiento distinto al realizado*, debido a su concepción de libertad absoluta del hombre, es decir el que da base a la teoría en la culpabilidad, esto, porque se encuentra ligada a la libertad de voluntad, a la discusión *del haber podido obrar de otra manera*, elemento que como sabemos es absolutamente *indemostrable*.

Por lo que corresponde a las ideas de **HEGEL**, del mismo modo que en **KANT**, sería difícil admitir como fundamento de la pena que esta es **racional, absoluta** y un **medio restaurador del orden jurídico sin tomar en cuenta el orden social y su realidad**.

En complemento a lo anterior, en la actualidad se impugna la validez de esta teoría debido a su falta de un *soporte científico serio* y sobre todo por su falta de legitimación social, la falta de *finalidad social*. Es así, pues como se ha afirmado en otros apartados, **el derecho penal busca proteger bienes jurídicos en**

---

<sup>140</sup> Roxin Claus, Ob. Cit. p.84

<sup>141</sup> Idem.

**forma subsidiaria y fragmentaria**, (dejando a salvo el pensamiento de **JAKOBS**) por lo tanto no se puede concebir una pena que *no le interesa otra cosa que dar un castigo a alguien que delinquirió*.

Tampoco se puede concebir a la retribución como un **medio** para luchar contra la delincuencia, pues como hemos dicho en su fundamento *no plantea ninguna finalidad social*.

Por último, en lo que toca a denominar a la retribución como teoría de la **expiación**, esto se explica como eso, como una mera denominación, puesto que *no puede darse sustento al hecho de que el sujeto al que se le aplica el castigo, lo reciba convencido de que ha causado un daño y que por tanto lo merece para purificar su alma*, pues que esto es un acto moral que tampoco puede ser comprobado ni mucho menos impuesto coactivamente, y el extremo sin duda se presentaría en el momento de tratar de hacerle entender al autor de una tentativa inidónea en al que un Estado pretenda sancionar con el fundamento de que a causado una gran impresión social, y por tanto el sujeto convencido de ello acepte el castigo. En todo caso, *es posible que el sujeto acepte que merece el castigo*, como una posibilidad remota, lo que no es posible es *forzarlo* a tal aceptación, realmente la expiación puede ser considerado como un efecto secundario de la pena, pero en todo caso **no puede dar fundamento alguno ni para atenuar la pena ni tampoco para dejar de imponerla**, si no hay expiación **no se elimina el fundamento de pena**. El hecho de que el autor pueda reconciliarse con la sociedad a través de la aceptación de la pena sólo puede repercutir en las *sanciones informales*, no así en las formales.<sup>142</sup>

### **1.2.2. Las Teorías Relativas o Utilitaristas.**

---

<sup>142</sup> Jakobs, Ob. Cit. p.25

Una nueva forma de buscar la legitimación de la pena se presenta en las teorías que a continuación se exponen.

Estas, buscan dar soporte a su finalidad **fuera de sí mismas**, en contraposición con las teorías absolutas. La transición de pensamiento se da cuando se reconoce que *la pena persigue efectos posteriores en la conciencia o en la conducta de los ciudadanos*, atribuyéndole como *finalidad la regulación de la vida social*. Esta corriente utilitarista se ubica en la época de la ilustración

Se denominan como teorías *relativas* precisamente atendiendo a que *se refieren a algo*, y que en el caso concreto ese algo lo es a la **prevención**, la que algunas veces es enfocada a *evitar el surgimiento* de nuevos delincuentes y en otras buscando que quien ha delinquido *no vuelva a hacerlo*, con esto se da origen a una subdivisión que clasifica a estas teorías en las que se ocupan de la **prevención especial** y las relativas a la **prevención general**.

### 1.2.2.1. Teoría de la Prevención Especial.

Esta teoría *personaliza su atención directamente en la figura del delincuente*, al cual busca convencer de que no debe cometer nuevos delitos; encuentra su finalidad en la **prevención de delitos**; ROXIN ubica esta teoría en pensadores tan antiguos como SENECA (62 d.C.), quien citando a PLATÓN anotó: *"Pues como dice Platón: Ningún hombre sensato castiga porque se ha pecado, sino para que no se peque..."*<sup>143</sup>

Como señala SANZ MULAS, existen tres tendencias fundamentales en la prevención especial, la primera la identifica como **moralista de la enmienda**; la **naturalista de la defensa social** (LOMBROSO, GAROFALO y FERRI); y

---

<sup>143</sup> Roxin, Ob. Cit. p. 85

finalmente la **teleológica o del fin** desarrollada por uno de sus máximos representantes **VON LISZT** y, sin duda la que se encuentra menos cargada de concepciones filosóficas.<sup>144</sup>

En efecto, la prevención especial encontró su mejor formulación en la etapa de la Ilustración y continuó su desarrollo **FRANZ VON LISZT** en el positivismo con su programa de la Universidad de Marburgo de 1882,<sup>145</sup> para él, esta teoría presentaba **tres formas de actuación de la pena**: la primera era de **corrección**, alejando al delincuente de la posible reincidencia forma que identificó como *prevención especial positiva*; de **intimidación**, para evitar la comisión de **futuros delitos** y finalmente también la forma de **seguridad** brindada a los demás miembros de la comunidad la cual se lograba precisamente con el **encierro y aislamiento** de los delincuentes que se estaban corrigiendo e *intimidando*, identificando a ambos casos como *prevención especial negativa*.

Con estas ideas **LISZT** distingue a **tres tipos** de delincuentes, es decir aquellos que son **habituales** y para los cuales la prevención especial sólo puede tener el efecto de encerrarlos para neutralizarlos y evitar que hagan algún daño a la sociedad (**PE negativa**), los que son **ocasionales** y que les surte efecto la pena como intimidación al ejecutarla (**PE negativa**) y finalmente los que mediante el tratamiento efectivamente se les puede corregir, es decir **socializar** o **resocializarlo (PE positiva)**, todo esto en palabras de **JAKOBS** lo encontramos plasmado de la siguiente manera:

*“Corrección del delincuente susceptible de corrección y necesitado de ella. Intimidación del delincuente no necesitado de corrección. Inocuidad del delincuente no susceptible de corrección”.*<sup>146</sup>

Se dice que la teoría de la prevención especial cumple con la finalidad de *proteger al individuo y a la sociedad* tratando en su momento de incorporarlo o

<sup>144</sup> Sanz Mulas, Ob. Cit. p. 11

<sup>145</sup> Bustos Ramírez, Ob. Cit. p.50

<sup>146</sup> Jakobs, Ob. Cit. p. 29

reincorporarlo a ella. Se tiene la idea de que el hombre que delinque es **peligroso** para la sociedad y por ello la sociedad debe defenderse de él, ya no se trata del libre albedrío, sino que **el individuo se entiende como un ser predeterminado para el delito**, la pena debe intervenir en la persona del delincuente. Lo anterior sería el punto de partida para reiterar que la teoría de la **prevención especial positiva** busca la **resocialización del individuo** y por ello se puede entender esta resocialización desde dos puntos de vista: el que corresponde a los *programas máximos* en los cuales el sujeto a demás de que se debe resocializar buscando que pueda vivir en sociedad sin cometer delitos, **busca que el sujeto adquiera una convicción moral de los valores sociales marcados por la Sociedad en la que vive**, por lo que se debe conseguir que los **introyecte**; otro punto de vista es el de los **programas mínimos** en los cuales solo se trata de evitar que el delincuente vuelva a cometer delitos en su regreso a la sociedad, **sin exigirle que acepte como suyos los valores sociales**, los que **sólo se le impone respetar**, dejando incólumes sus principios y libertades como individuo.

Entre los puntos **negativos** de esta teoría se marca el hecho de que **no da un marco de balance entre el delito y la pena**, como lo hace la retribución (en forma casi numérica), pues si se trata de que una soltura solamente puede darse cuando el sujeto sea **resocializado**, entonces la sanción tendría que ser **indeterminada**, pudiendo presentarse casos tan extremos como que se dieran delitos graves en los que con una pena corta se cumpliera el objetivo de resocializar y en cambio delitos leves en los cuales la duración fuera mucho mayor.

En este punto **JAKOBS** deja de manifiesto que se vulnera el *principio del hecho* (con el que se debe graduar la pena atendiendo al daño causado) es decir que no es factible mediante la *prevención especial*, desalentar el hecho futuro, puesto que el hecho realizado se vuelve solo un motivo para el tratamiento, en sí, afirma que **las penas no son los medios idóneos para la prevención**

**especial**, puesto que no se ataca el problema de la desadaptación, el cual manifiesta que sería correcto enfrentarlo a través de programas como son los de ayuda a desempleados, drogadictos o endeudados.<sup>147</sup> Existe un punto más en contra, **pues si estamos hablando de un caso de tentativa** y decimos que se trata de delincuente al cual debemos de neutralizar, el problema es doble, pues puede ser que se trate de una justificación en la cual el merecimiento de pena se encuentra apoyado en **una mera contravención normativa** (monismo subjetivo) y al llegar a la condición objetiva de punibilidad el resultado es que la pena **será corta por no presentar una desvalor de resultado importante**, pero que sucede si en su análisis del sujeto se advierte la subsistencia de la necesidad de la pena, entonces tendríamos **un injusto cargado de subjetividad**, y una pena **sin medida real en el hecho**.

Otro punto en contra, lo es el hecho de que se *pretende imponer por la fuerza el tratamiento educacional*, lo cual no puede aceptarse en un estado democrático y social, quizá de esto depende la vuelta en **1975** a un derecho penal más de retribución y de prevención general, que de tratamiento tal y como afirma **ROXIN**.<sup>148</sup> Una contrariedad más consiste en la **falta de soporte científico** para dar la validez necesaria a un tratamiento forzoso en caso de un delito imprudente o mínimo de muy bajo impacto social, igualmente tratándose de delincuentes que realmente llegaron a un punto extremo para realizar su conducta ilícita como puede ser en un estado de *emoción violenta*, generada por circunstancias irrepetibles.

También enfrenta el problema de que *no existe una forma clara de comprobación en la practica de su éxito*, es decir que en muchos casos se puede llegar al fracaso, partiendo simplemente de la base de que *no existe uniformidad en lo que debemos entender por resocializar*. Y precisamente en ese sentido se marca por el maestro **BUSTOS RAMÍREZ** la crítica pues cuando

---

<sup>147</sup> *Ibid.* p. 31

<sup>148</sup> *Roxin Claus, Ob. Cit.* p. 88

el Estado mismo es el que da las pautas de resocialización y este, busca resocializar al individuo a la fuerza, lo que efectivamente está haciendo es una *manipulación* de los individuos.<sup>149</sup>

También es claro que esta teoría utiliza en la ejecución de la pena a la **prisión**, siendo esta sin duda concebida para el **castigo** y **no para la readaptación social**, en efecto la cárcel fue creada como ante sala de la muerte o bien como medio de expiación mediante el sufrimiento de la privación de la libertad y del aislamiento, por lo que sin duda no puede ser un medio idóneo para cumplir con el propósito de la prevención especial positiva.

Debemos señalar una postura defendida por el maestro **MIR PUIG** en el sentido de que el derecho penal siempre tendrá como finalidad el proteger bienes jurídicos considerados así por un consenso social, por lo que de ninguna forma puede entenderse a un **derecho penal subjetivo** que tenga su fundamento en **conseguir el bienestar del delincuente**, pues lo cierto será de todas maneras que el derecho penal lo que busca es la protección de la sociedad.

No dejamos de reconocer las recientes corrientes de la prevención positiva, en las que se apunta con mayor fuerza hacia modelos de *defensa social*, en los que se deja a un lado al derecho penal, para ocuparse únicamente de cuestiones de **política criminal**, en estas posturas se defiende la idea de que **para proteger a la sociedad es necesario sustituir a la pena en su concepción actual, buscando que tengan un carácter unitario, que sean indeterminadas en cuanto a su duración y que no diferencien entre niños y adultos y, finalmente, deberán de ser referidos a la persona y no al hecho cometido**.<sup>150</sup> Notamos en esta concepción lo separado que estaría el concepto de injusto del de pena, y la necesaria participación de la retribución entendida como medida de la pena se encontraría total y absolutamente alejada, pues, es

---

<sup>149</sup> Bustos Ramírez, Ob. Cit. p.52

<sup>150</sup> Jakobs, Ob. Cit. p.33

claro que el sujeto ya no responderá en la medida de su injusto ni en la concepción monista subjetiva con elemento objetivo del desvalor de acción ni en la dualista, sino que en todo caso la pena encontrará su fundamento mejor en la contravención normativa y por tanto el merecimiento de pena estaría justificado inclusive en el caso de hablar de una tentativa inidónea.

### 1.2.2.2. Teoría de la Prevención General.

Esta teoría se sustenta en el cumplimiento de una *finalidad dirigida hacia la sociedad*, basando una de sus facetas en la *intimidación que se logra tanto en el aspecto legislativo, es decir, en el incremento de los parámetros de punibilidad de los diferentes tipos penales, y la otra en el campo del ejecutivo, es decir en lo que corresponde a la ejecución de la pena*. Con estos dos aspectos *la sociedad se hace sabedora de la amenaza penal* y por tanto se espera que exista un alejamiento de las conductas delictivas, *sin centrar su atención como lo hace la teoría anterior, en el sujeto, sino como dijimos, en la colectividad. La pena se impondrá para mantener la vida de la sociedad.*

Se menciona a **ANSELM VON FEUERBACH** como el principal desarrollador de esta teoría en su forma más eficaz,<sup>151</sup> la que derivó de la *teoría de la coacción* perteneciente al ámbito de la psicología, en ella se supone una *lucha* que se da **en el alma del delincuente entre el bien y el mal** y, más concretamente entre los **motivos** que lo *imponían* a delinquir y los que lo *inhibían*, por lo que entonces se volvía necesario *darle al sujeto más y mayores razones para lograr que se apartara del delito*, esto se logra creando en el sujeto una *serie de sensaciones desagradables* vinculadas con el delito ejerciendo la **coacción psíquica**.

---

<sup>151</sup> Claus Roxin, Ob. Cit. p. 89

Queda claro, que si bien es cierto la teoría de la **prevención general** se basa en una **amenaza de la ley**, además requiere que esta **sea ejecutada**, es decir de **comprobarle a la sociedad la eficacia y perfección de la norma**. La eficacia de esta teoría la sustentan sus defensores tomando como punto de partida la crítica de que "se siguen cometiendo delitos", pues afirman que su utilidad queda de manifiesto *por que la mayoría de la población se conforma con lo ordenado por la norma*.

Como se ha dicho, en esta corriente del pensamiento entra en juego la psicología, en su momento, **FREUD** advirtió que era necesario: *privar del fruto obtenido mediante un atrevimiento por saciar un deseo reprimido*, pues de lo contrario se da *la tentación* en los demás miembros de la sociedad.

Actualmente se distinguen otra forma más de prevención general independiente de la que busca intimidar dando lugar a la clasificación en *prevención general positiva y negativa*.

#### 1.2.2.2.1. Prevención General

##### **Negativa.**

Esta corriente consiste en la idea original de la **intimidación**, la cual se logra **asustando** a los demás de lo que les puede pasar si cometen un delito, en relación con esta postura, se afirma que actualmente sólo un pequeño margen de la delincuencia se ve afectada mediante la intimidación pues lo que realmente le puede asustar es que *se cuente con los medios policiales efectivos para ser capturados (persecución penal)*, es decir la **efectividad de esa amenaza**.

Entre lo que puede criticarse a esta teoría se encuentra el hecho de que **tampoco da un parámetro para la duración de la pena**, puesto que en todo caso el incremento de las penas puede ser una razón *ilegítima* de Estado

(teleológicamente hablando), es decir puede ser sólo una idea de llegar a algo más que el simple temor, hasta el *terror*; en este aspecto se presupone (en teoría) que se trata de un Estado que actúa dentro de los límites racionales al crear los márgenes de punibilidad y la pena misma, sin llegar a lo que sería un uso abusivo de sus facultades, por lo que sin duda uno de los factores importantes lo es el injusto y no sólo la amenaza.

Se hace también la objeción fundada en el hecho de que la prevención *atenta contra la dignidad humana* y, en esta teoría con mayor razón que en la de prevención especial, puesto que en la **especial** se busca ayudar al condenado y en la **general** la razón se encuentra **sólo en el bienestar social**.

En cuanto a *la ejecución de la pena*, esta teoría **no aportó ningún elemento que permita su perfeccionamiento o desarrollo**, puesto que sólo se basa en la *intimidación* y por ello **se trata de una ejecución de la pena que solamente buscar dar el ejemplo y que éste trascienda a la comunidad**, de lo que se ha comprobado que sólo *incita más a la reincidencia*. Lo cierto es que **no se puede comprobar empíricamente su eficacia**. Se trata pues de un modelo de pena que va más acorde con los modelos **resultativistas de la tentativa**, es decir, en un primer momento se buscará que el sujeto se sienta amenazado para no llegar a un resultado, pero en caso de que se llegue a tal resultado, entonces se debe aplicar la pena para **ejemplificar** y que ese ejemplo sea comunicado a toda la sociedad, la pena en todo caso no tiene su medida en el hecho como tal sin en todo caso en una forma de reacción de Estado que puede ser tan violenta como se quiera, ahora bien este tipo de modelo de prevención general puede ser utilizado aún cuando no se actualizara efectivamente el desvalor de resultado, para lo que sería indispensable el utilizar, tal y como en su momento lo apuntamos, a la teoría de la impresión.

#### **1.2.2.2.2.Prevenición General Positiva.**

La prevención general **positiva**, se concentra en el hecho de conservar y reforzar la **firmeza del ordenamiento jurídico**, lo que se maneja como *aseguramiento del orden jurídico*. Esta corriente tiene su origen de los años **70s**, fundamentada por **WELZEL, KAUFMANN**, e inclusive **JAKOBS**. Se trata de dar el sentido de que el derecho penal tiene como *finalidad el influir sobre la necesidad de la normatividad*, para ello es fundamental el hecho de que la sanción impuesta al delincuente sea **vista por la colectividad como justa**, superando la concepción de la prevención general intimidatoria. La pena en este caso **deberá dejar constancia en la sociedad de que las normas penales que le rigen son inviolables**, **ROXIN** advierte **tres diferentes efectos** en la prevención general positiva que desarrolla de la siguiente manera:

*“El efecto de **aprendizaje**, motivado social pedagógicamente; el ejercicio en la confianza del Derecho que se origina en la población por la actividad de la justicia penal; el efecto de **confianza** que surge cuando el ciudadano ve que el Derecho se aplica; y, finalmente el efecto de **pacificación** que se produce cuando la conciencia jurídica general se tranquiliza, en virtud de la sanción”.*<sup>152</sup>

En la prevención general positiva se debe destacar socialmente **la función que tiene la norma** para lograr la *motivación* de los individuos, la motivación se logra precisamente por el derecho en un proceso de comunicación de valores y no por el miedo al derecho como amenaza.<sup>153</sup>

Por lo que corresponde a **JAKOBS**, este autor se ocupa de esta teoría partiendo de la base de que siempre existen *contactos sociales* entre los integrantes de una sociedad y para lograr que estos contactos no se vuelvan un riesgo impredecible, están regulados *normativamente* siendo deber de los sujetos en la sociedad respetar esa normatividad, así, *si no se respeta el orden normativo se produce una decepción que afecta las expectativas*, produciéndose los delitos.

---

<sup>152</sup> **Ibid.** p. 92

<sup>153</sup> **Bustos Ramírez, Ob. Cit.** 48

Para lograr que una persona respete el orden normativo y con ello no produzca las decepciones a la expectativa de observancia, es necesario que el sujeto que debe respetar la norma *pueda conocerla*. Así, la norma debe tener una *garantía natural* de que en caso de no ser observada se dará una consecuencia como lo es *la sanción*. De la infracción de las normas penales surge un conflicto de orden público y es sólo mediante el derecho penal se puede garantizar los intereses públicos, todo esto es parte del *sistema de relación social*.

A todo **sujeto** en su actuar, que conoce los elementos de su actuación, se le exige que considere a su comportamiento de **acuerdo a la norma**, de acuerdo con su *responsabilidad por la propia motivación*. *Si es motivado su comportamiento será acorde a la norma, de lo contrario pondrá de manifiesto que el autor en ese momento no le importaba la evitación en forma predominante*. La **contradicción** a la norma es la **infracción** a la norma en sí, lo cual da como resultado un **conflicto social** ya que la norma ha sido puesta en tela de juicio como modelo de orientación.

En el modelo de **JAKOBS**, quien está de acuerdo en la racionalidad del derecho como **HEGEL**, tal y como se advierte cuando señala: *"En Hegel la teoría absoluta recibe una configuración que en poco se diferencia de la prevención general positiva... El sistema de referencia de Hegel para fundamentar la pena es el concepto de Derecho; el sistema actual lo forman las condiciones de existencia de la sociedad"*,<sup>154</sup> la **pena** no debe ser considerada como **algo exterior** pues sólo habría una sucesión irracional de dos males, la pena entonces se convierte en algo que demuestra que **el comportamiento del sujeto no puede ser determinante para el sistema**, pues lo **determinante sigue siendo la norma**.

*La pena es el replicar la conducta que causo la infracción de la norma, lo cual necesariamente tendrá un costo en la ejecución para su autor. La pena no tiene*

---

<sup>154</sup> Jakobs, Ob. Cit. p. 23

la misión de evitación de daños a los bienes jurídicos que tutela, su encomienda es precisamente la de **reafirmar la vigencia de la norma**. Esto último es precisamente lo que resume el pensamiento de **JAKOBS** sobre el particular cuando señala:

*“Misión de la pena es el mantenimiento de la norma como modelo de orientación para los contactos. Contenido de la pena es una réplica, que tiene lugar a costa del infractor frente al cuestionamiento de la norma”.*<sup>155</sup>

**JAKOBS** no deja de reconocer la posibilidad de que existan normas sin pena, es decir que puede darse el conflicto social sin que necesariamente sea resuelto a través de la pena, como sucede en los casos en que se pone en tela de discusión la capacidad del autor para desautorizar la norma (inimputables) o si la situación en la que se actúa tiene características especiales (estado de necesidad disculpante, o la no exigibilidad de otra conducta). También se puede dar el caso de que el conflicto sea trasladado a la víctima, como sucede en el exceso de la legítima defensa, o bien cuando a la expectativa defraudada por el actuar del sujeto se le resta importancia en atención a que con la pena no se daría la estabilización como sucede en el aborto derivado de una violación, etcétera.

Entendemos en todo caso, que al ser un modelo en el cual se plantea la supremacía de la norma, pues lo más acorde se encontraría al reflejar una concepción del injusto fundamentada en el monismo subjetivo, es decir en la mera contravención de dicha norma, por tanto sería correcto encontrar fundamentado el merecimiento de pena para la tentativa inidónea desde el momento mismo de advertir y comprobar el desvalor de acción en el hecho que se valora y por tanto señalar lo justificación desde el punto de vista de la prevención general positiva, puesto que no habría duda de que en tal caso se trata de una pena que se entiende como merecida debido a que se ha vulnerado el orden normativo, es decir, se ha comprobado un comportamiento contrario a

---

<sup>155</sup> Ibid. p.14

derecho y por tanto se justificaría la pena para el caso de su aplicación. Ya el punto concreto de la individualización se cocina a parte, esto es si se trata de una concepción que considere como necesario el desvalor de resultado a nivel de condición objetiva de punibilidad o bien si lo ubican en la punibilidad como un criterio de necesidad o no de pena.

### 1.2.2.3. Teorías Unificadoras o de la Unión.

Estas teorías **unificadoras retributivas** son una mezcla de todas las concepciones antes apuntadas, dando concurrencia tanto a las teorías de la prevención como a la de retribución. Al respecto **BUSTOS RAMÍREZ** las anuncia de la siguiente forma:

*“Si tuviéramos que resumir en una frase la crítica a las teorías absolutas diríamos con la teorías preventivas que no son útiles pero conducen a penas justas. Si al contrario tuviéramos que hacerlo en relación con las teorías preventivas diríamos que quieren ser útiles pero conducen a penas injustas. Las llamadas teorías de la unión **tratan de conciliar utilidad y justicia.**”<sup>156</sup>*

Este tipo de concepciones también han tenido una evolución en su forma de estructurarse, así en un principio se dio **relevancia al fin de la retribución y la intimidación** y se dejaron en un aspecto **secundario a los fines de aseguramiento y resocialización.**

Se afirma que su formulación más simple es el sistema de la **doble vía del derecho penal**, es decir que conjuntamente con la **pena** que se fundamenta en la **culpabilidad** del sujeto, existe un sistema de **medidas de seguridad** que se da como respuesta a la **peligrosidad** del delincuente, no confundamos con el juicio de peligrosidad que en su momento expusimos cuando se habló del desvalor del acto.

---

<sup>156</sup> Bustos Ramirez, Ob. Cit. p.53

En una concepción más acabada y moderna de estas teorías mixtas, se ha dado ya un **carácter igualitario** tanto a la **retribución** como a los **finés preventivos**, esto sin duda por las múltiples objeciones que se presentan a cada una de las posiciones teleológicas, que *por si solas* no logran dar una base sólida a la teoría de la pena, esta estructura en la que únicamente se menciona la **conurrencia de todas las posiciones antes señaladas sin una sistematización precisamente teórica** la denomina **ROXIN** como **"Teoría Unificadora Aditiva"**.<sup>157</sup> Sin embargo, es obvio que si estas teorías sólo se *mezclan* en cuanto a sus planteamientos fundamentales, sin tener una sistematización, esto nos lleva a una serie de problemas en el momento de tratar de justificar su finalidad puesto que **subsisten en todo momento las ideas antinómicas de prevención y retribución**. En torno a esta forma de crear una nueva teoría sólo sumando, sin un orden en las teorías preexistentes, **JAKOBS** eleva la voz y señala:

*"Tampoco se quiere decir con combinación que se acumulen varias teorías, ya que la acumulación, en el ámbito de fines divergentes de los modelos combinados, conduce a la **indeterminación de la pena**"*.<sup>158</sup>

Por el contrario, **CLAUS ROXIN** señala que existe otra posición, o como diría **SANZ MULAS** otro subgrupo, en el que se busca anular sistemáticamente los efectos negativos de cada teoría, y mediante los planteamientos antitéticos llegar a una verdadera síntesis en la que ya no influyan los demás aspectos. A esta posición la denomina como **Teoría Unificadora Preventiva Dialéctica**.

Veamos ahora como es que se estructura esta teoría sintética.

En primer lugar se afirma que **el fin de la pena** sólo puede ser **preventivo**, buscando la *prevención del delito* a efecto de dar la protección necesaria tanto a

---

<sup>157</sup> Claus Roxin, Ob.Cit. p. 94

<sup>158</sup> Jakobs, Ob. Cit. p. 35

la colectividad como al individuo en la concreción de la pena. Es decir que deben funcionar conjuntamente para la prevención del delito tanto la **intimidación** como la **resocialización**, teniendo un **fin último que es la prevención del delito**, por supuesto, en los planteamientos que hemos venido haciendo, se entiende que para efectos de tentativa la pena en su finalidad preventiva buscará que los individuos eviten la comisión de injustos, lo cual, se puede plantear en un sentido extremo desde la concepción de meras conductas que cargadas de una potencia de acción colmen el desvalor de acción y así contravengan la norma, o bien en su caso, entender que la pena va dirigida más hacia esas conductas que además de tener un peligrosidad, actualizan un peligro desde el plano objetivo *ex post*.

Con este planteamiento, no obstante que uno de los aspectos de la prevención dejara de aplicarse subsistiría el otro, pues para el caso de que no se requiera **el tratamiento de resocialización** (prevención especial), entraría en juego **la concreción de la norma** para cumplir con la prevención general dando base y finalidad a la pena y, en el supuesto, que se cuente con **la cooperación del reo** para su socialización al llevarse esta acabo **se evitará con ello la imposición forzosa de la educación** que además de atentar contra la dignidad humana, se transforma en ineficiente, puesto que el derecho del sentenciado es precisamente que **el Estado le de los elementos necesarios para su resocialización** si así lo desea.

Algo que resulta por demás interesante es el caso en que se presente el **conflicto entre ambas prevenciones**, es decir entre la **especial** y la **general** debiendo necesariamente observar una u otra, ante esta problemática se dice que **debe prevalecer la prevención especial sobre la general**, puesto que el principio que tiene un mayor peso es el de **resocialización sobre el de intimidación y aseguramiento**, de conformidad con un Estado social y democrático, además en el caso de *dar mayor importancia a la prevención general*, se *nulificaría la prevención especial*, como es en el caso en que se

imponga una pena de una muy larga duración, sin importar la resocialización del individuo, en cambio al optar por la prevención especial, de todas formas se cumple con la prevención general aunque en una forma disminuida, pero sin llegar a anularla, pues lo que no se permite es **eliminar el mínimo de prevención general, puesto que no puede justificar la pena un fin solo preventivo especial**. Este último argumento es sin duda un llamado de atención para entender el papel relevante que juega el papel del resultado en el tema de la tentativa, sin importar la ubicación que finalmente le demos, lo que es de destacar es que inclusive ante el conflicto de concurrencias de finalidades preventivas el estado social y democrático opta por la prevención especial lo que no encontraría suficiente sustento de no advertir algún tipo de resultado, o cuando no menos no se muestra tan sólido.

Podemos advertir que tal y como lo dijimos, en esta concepción se manejan los principios preventivos en una **conjunción y cambio de ponderaciones** dependiendo de la **fase** de que se trate, por lo que en la que corresponde la **legislativa**, sin duda la ponderación se inclina hacia la **prevención general**, en la **judicial** se requiere una ponderación **prevención general y especial**, y finalmente en cuanto a la **ejecución** de la pena la batuta la lleva la **prevención especial**.

Por lo que corresponde a la **retribución** en este tipo de teorías y sobre todo en las más modernas y sistematizadas advertimos que **no tiene cabida como fin concurrente**, pues en todo caso si se pretende atender a un hecho ocurrido en el pasado no puede decirse que es necesario el castigo por el mal causado, sino en una mejor concepción se debe advertir que a lo que se atiende es **la prevención general para dar un aseguramiento del derecho por la conmoción social** que el acto delictivo causó, puesto que de no entenderlo así entonces el ordenamiento jurídico perdería su importancia y cualquiera en igualdad de circunstancias buscaría el mismo trato. Tampoco es admisible que lo que se dice en el sentido de entender como **esencia de la pena a la**

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

**retribución**, a la causación de un mal, pues como hemos visto no cumple como **fin de la pena**, y *jurídicamente no puede afirmarse que exista una "esencia" distinta al fin de la norma*, (aun cuando repetimos que en autores como **JAKOBS**, esta concepción del fin de la norma cambia) Esto se corrobora aún ante el tratamiento en libertad pues no se trata de una vida cómoda del reo, ni tampoco normal, sino que en todo caso debe *esforzarse* más de lo que habitualmente lo hace, y no por ello pudiera decir que se rompe con la esencia de la pena cuando no se está cumpliendo ni con el fin de prevención general, así como sin duda con el preventivo especial. Es claro que hablamos de castigo, y este "**castigo**" contiene un **reproche ético-social**, a diferencia de la sanción disciplinaria que es un **apercibimiento de deberes**, y de la multa como **medio de doblegación**.<sup>159</sup>

En esta concepción ecléctica sólo hay **un elemento de la teoría de la retribución** que se **debe incorporar** y se trata precisamente del que, como anotamos, carecen las teorías relativas y que denominan como *baremo* entre la pena y el delito, es decir de **un parámetro de medición para la pena** que se pretende imponer, un límite a dicha medición, nos referimos al **principio de culpabilidad**.

Así, este principio es el que va en su momento a *poner una limitante a la duración de la pena que por razones de prevención especial o bien general pudiera exigir una duración aún mayor a la que resulte del grado de culpabilidad*, pues no debemos olvidar que este sólo responde a razones particulares del sujeto y a la forma en que ejecutó su hecho, incluyendo los daños ocasionados.

Con este parámetro se puede llegar a la **pena merecida** la que por ser precisamente la que "merece" el sujeto, se vuelve en la pena *acorde con lo que hizo*. La afirmación en concreto es que **la pena no puede sobrepasar la medida de la culpabilidad**, aunque bien **puede ser ejecutada por debajo de**

---

<sup>159</sup> *Ibid.* p. 99

**ella por razones preventivas** con lo cual esta interpretación se aleja diametralmente de la teoría de la retribución en su concepción original.

Debemos recordar que en este caso **la justificación** de la intervención estatal para punir, la da el **fin preventivo** y, la **culpabilidad** sólo marca **el límite máximo de la duración de la pena**, en el caso de la retribución en su original concepto la intervención del Estado se justifica en la **necesidad de causar el mal a quien hizo mal y ese mal que se causará es igual al resultado de su culpabilidad**.

La doctora **SANZ MULAS**, señala con precisión en torno a esta posición dialéctica que **se trata de dar la aplicación sistemática de todos los fines de la pena**, tomando como referencia el estadio o etapa en la que se encuentre la pena, es decir el momento legislativo de creación de la punibilidad, el momento judicial de la individualización de la pena, y finalmente el momento de ejecución de la pena.<sup>160</sup>

En efecto en el primero de los momentos apuntados refiere la autora que se presenta la **prevención general**, puesto que lo que se busca es establecer una **cantidad de pena** que pueda validamente cumplir con los aspectos de esta prevención, sin que participe aquí la especial, simplemente por la razón de que no existe delincuente alguno. Aquí notamos pues que nuestra forma de integrar y en su caso de graduar el injusto de un delito tentado tal vez fue irrelevante de la concepción que se tuviera de él, pues de lo que no hay duda es que la ilicitud se encuentra contenida en las descripciones típicas que hace el legislador y con ello la prevención general que platéan estas funciona bien sea cual sea la concepción que del injusto se tenga, en todo caso la cantidad de pena que se ésta planteando aquí será la correspondiente el delito consumado y esta, se vinculará con el tipo de tentativa. En donde si que pudiera notarse alguna relevancia derivada de la concepción del injusto, fuese si desde la misma

---

<sup>160</sup> Sanz Mulas, Ob. Cit. p.18

redacción del tipo se advirtiera que el legislador plantea la aceptación expresa o proscripción de considerar como relevante a los casos de tentativa inidónea.

En la etapa de individualización de la pena, se encuentra presente la **prevención general** pero ya no solamente como intimidación sino ahora como **validación social y aseguramiento del orden jurídico**. Sin embargo también es cierto que en la imposición de la pena se tendrán necesariamente en cuenta aspectos propios de la prevención especial. En esta parte si que juega un papel especial la concepción del injusto que se tenga puesto que se trata de entender que un injusto puede ser más grave y en todo caso merecer un mayor castigo o bien advertir un mismo injusto, por ejemplo en consumación y tentativa y en todo caso la pena dejarla únicamente vinculada para su *quantum* con el dato del desvalor de resultado.

Finalmente, en la etapa de ejecución, ésta, se justifica sólo si tiene como finalidad la **prevención especial positiva**, es decir la **resocialización** del sujeto condenado, lo que al mismo tiempo cumple con la necesidad de ejecutar la pena prevista y con ello dar sustento a la prevención general como consumación de la conminación es decir de que la amenaza legal es efectiva y real. Con la combinación planteada de una forma progresiva, al llegar a este tipo de prevención, al mismo tiempo se estaría llegando a un supuesto en el que la concepción del injusto ya no es relevante puesto que el merecimiento de pena y su necesidad ya fueron planteado en el momento mismo de la individualización y ahora el papel preventivo se encuentra ya directamente vinculado con el avance del sujeto en su proceso de reinserción social. Sin embargo, no hay que perder de vista que también en el momento mismo de la individualización de la pena pudiéramos encontrar alguna aportación interesante de este criterio para llevar a cabo una graduación de pena desde el punto de vista de la necesidad de la misma.

Cabe apuntar que en torno a estas teorías llamadas como de la unión, **JAKOBS**, tiene su particular punto de vista, el que consiste en denominar así a su planteamiento de la teoría de la **prevención general positiva** y como **teoría subsidiaria a la prevención especial**, dejando fuera de toda consideración a la retribución, la expiación, y la prevención general negativa.

### **1.3. La Pena y el Delito Tentado.**

Una vez que hemos advertido cuales son los fundamentos de la **consecuencia jurídica** que plantea el derecho penal, así como entender cuales son sus etapas de evolución, y en todo caso, como es que se presenta en su forma más moderna, nos corresponde ahora señalar que la figura de la tentativa, al ser considerada como una forma de aparición del delito, al margen de cualquier particular concepción, exige para su eficacia jurídica **el prever una sanción**, sin embargo, también es necesario destacar que esta figura jurídica **no puede**, al menos en México, tener una sanción igual que la que corresponde al delito consumado, razón por la que se presenta una **atenuación penal obligatoria**,<sup>161</sup> sin desconocer que esto no es siempre así en todos los sistemas jurídicos.

En efecto, de la lectura del Código Penal Federal en su artículo **63** se advierte con claridad que en el pensamiento del legislador ésta plasmada dicha atenuación, la que estableció de la siguiente manera:

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

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera

---

<sup>161</sup> Con esta denominación se encuentra en Choclán Montalvo José Antonio, "Individualización Judicial de la Pena", Editorial Colex, Madrid, España 1997, p.111

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

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

No debe escapar de nuestra atención, que otra cosa, muy distinta, es saber **cual es el fundamento de la pena en la tentativa**, puesto que para ello entonces, será indispensable como se ha adelantado ya, tener una postura definida en tomo a la concepción del injusto, es decir ubicarse como monista o dualista ya en forma pura o en alguna de sus modalidades. Lo cierto es que en todo caso lo primero será tener **un criterio de concreción judicial del marco legal abstracto** pues, no debe confundirse esta etapa con la que corresponde ya a la individualización concreta de la pena, la que se lleva a cabo a nivel de la imputación personal, y tampoco es dable que se incluya en ella el incremento de pena que se da para las circunstancias agravantes o atenuantes, así lo advierte **CHOCLAN** cuando señala:

*“...el Juez no puede valorar circunstancias que pertenecen a la fase de individualización judicial en sentido estricto (ejemplo, la personalidad del reo o su necesidad de resocialización... los criterios para la atenuación obligatoria del marco penal de la tentativa en uno o dos grados no vienen determinados por las circunstancias atenuantes o agravantes concurrentes sino sólo por el peligro inherente a la acción y grado de ejecución alcanzado”.*<sup>162</sup>

En efecto es sabido que en la etapa de individualización judicial, o de la pena en concreto se conjugan una serie de operaciones jurídicas de determinación en función del grado de ejecución del delito, de la forma de intervención y de las circunstancias agravantes y atenuantes.<sup>163</sup>

Así pues en resumen podemos afirmar que en nuestro sistema penal se distingue para efectos de pena en abstracto, primeramente entre:

<sup>162</sup> *Ibid*, p.115

<sup>163</sup> Así se puede ver en Ayo Fernandez Manuel, “Las Penas Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias”, Manual de Determinación de las Penas y de las demás Consecuencias Jurídico-Penales del Delito, Editorial Aranzadi, Pamplona, España 1997, pp. 195-197.

- **Consumación y;**
- **Tentativa.**

Y después entre:

- **Tentativa Acabada e Inacabada.**

En posterior capítulo volveremos a esto, ocupándonos de los elementos que son tomados en cuenta para la pena en la tentativa, por lo pronto baste con tener presente esta diferenciación.

## CAPITULO III

### TEMAS PREVIOS DE TENTATIVA.

#### 1. INTRODUCCION

##### 1.1. Cuestiones Dogmáticas Previas Vinculadas con la Tentativa.

###### 1.1.1. Las Clases de Tipos Penales, su Relación con la Tentativa.

Se vuelve necesario el dar un ligero recorrido por el sendero del tipo a fin de encontrar, sin pretender agotarlos, una serie de temas que se vinculan con la figura del delito tentado, es así que nos ocuparemos de mencionar **algunas de estas figuras típicas** cuyo conocimiento en la practica puede evitar que se presenten dolores de cabeza en el momento de enfrentarnos con su forma de relacionarse con la figura del delito tentado.

###### 1.1.1.1. El Tipo Penal en los Delitos de Resultado y de Actividad.

###### 1.1.1.1.1. Tipos de Resultado.

En esta clase de tipos, la lesión se presentan en una forma **separada espacio-temporalmente** de la conducta del sujeto, es decir, que la acción va en su orden

seguida de la causación, del resultado. Existe pues una relación de causalidad y una imputación del resultado al tipo.

En este orden de ideas, se puede ubicar en esta clase de tipo al homicidio, en el cual se presenta la acción del homicida y en un instante posterior, o quizá en más tiempo, se da el resultado muerte, (artículo 302 Código Penal Federal), pero el hecho de que sea poco o mucho tiempo no es relevante, lo que importa es precisamente el comprobar tal separación, lo mismo sucede con el delito de fraude, pues la conducta inicial consiste en el engaño a una persona y el resultado posterior a la conducta es el hacerse ilícitamente de alguna cosa, o alcanzar un lucro indebido (artículo 386 C.P.F.), en igualdad de circunstancias se ubica la extorsión, pues precisamente la conducta consiste en obligar sin derecho, a dar, hacer, o tolerar algo, con el resultado de obtención de lucro o causación de daño patrimonial, (artículo 390 C.P.F.) De igual forma corresponde a esta clasificación el delito de difamación (artículo 350 C.P.F.) en la que se requiere además del acto de calumniar, el conocimiento de dicha calumnia por parte de un tercero.

De forma gráfica podemos decir que el tipo de resultado se puede representar con las siguientes siglas: **A** (actividad), **C** (causalidad), **I** (imputación), y **R** (resultado)

En palabras de **EDMUND MEZGER** en el delito de resultado "...pertenece al tipo, además de la actividad desplegada la producción de un resultado determinado, si falta *in concreto* a lo sumo se podrá hablar de una tentativa"<sup>164</sup>

Ahora bien sin duda es de destacar que dentro de esta clasificación aún se distingue como veremos más adelante, de resultados que pueden ser peligrosos para el bien jurídico, de los lesivos, es decir tipos de peligro y de lesión.

---

<sup>164</sup> Mezger Edmund, "Derecho Penal" parte general, Editorial Cardenas, México 1990. p.149.

Demos ahora alguna nota de la jurisprudencia para advertir la repercusión de estos **tipos de resultado**, en los cuales no existe mayor problema para distinguir el momento en el cual aún es factible hablar de ejecución, que no, de consumación.

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 205-216 Sexta Parte

Página: 223

**EXTORSION, MOMENTO DE CONSUMACION DEL DELITO DE.** No puede tenerse por consumado el delito de extorsión que se hizo consistir, en haber obligado al pasivo a expedir cheques que no fueron cobrados, porque siendo el ilícito en cuestión un delito de resultado material, para su consumación se requiere que el activo obtenga efectivamente el beneficio económico indebido, con el perjuicio correlativo para el ofendido. No obsta a lo anterior que se trate de un delito instantáneo, pues esta clasificación atiende al momento de consumación del ilícito, que respecto de delitos patrimoniales, como el que se analiza, es cuando se genera en el mundo fáctico el resultado patrimonial previsto por el tipo, con el consiguiente nexo de causalidad entre la conducta delictiva y el resultado en cuestión. De razonar de otra manera se llegaría al absurdo de considerar que los delitos instantáneos con resultado patrimonial no admitirían la figura de la tentativa acabada.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 136/86. Rubén Hangis Verduzco y Alberto de la Garma Torres. 15 de agosto de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano

### 1.1.1.1.2. Tipos de Mera Actividad.

En los tipos de mera actividad la realización y complementación del tipo **coincide con el último acto de la acción** y por tanto, el resultado no puede ser separado espacio-temporalmente, así sucede por ejemplo en el caso de la

violación en el que el tipo se consuma con la acción de imponer la cópula por medio de la violencia física o moral, a persona de cualquier sexo, con esa actividad, es decir, con realizar esa conducta el tipo se encuentra completo y por tanto no requiere de un resultado posterior, (artículo 265 C.P.F.), otro ejemplo lo constituye el delito de asociación delictuosa, en el sólo se requiere el formar parte de una asociación o banda con el propósito de delinquir para que se de el tipo, (artículo 164 C.P.F.), lo mismo sucede en el delito de allanamiento de morada en él, el tipo se completa simple y sencillamente con la acción de introducirse furtivamente o con engaño o violencia o sin permiso de la persona autorizada para darlo, a un departamento, vivienda, aposento o dependencia de una casa habitada, sin motivo justificado, sin orden de autoridad competente y fuera de los casos en que la ley lo permita (artículo 285 C.P.F.).

Es importante anotar la apreciación que en torno a esta clasificación del tipo hace **CLAUS ROXIN** cuando afirma:

*“...todo delito tiene un resultado; en los casos de mera actividad el resultado radica en la propia acción del autor que se presenta como realización del tipo. Por otra parte también en los delitos de resultado habrá que considerar el resultado en el sentido de la teoría de la imputación como abarcado por la acción típica, de modo que la separación sólo tiene una importancia relativa.”<sup>165</sup>*

Apunta **JUAN BUSTOS RAMIREZ**<sup>166</sup> que esta clasificación es la que contiene a los tipos que los **juristas italianos** denominan como delito **formal** o **material**, es decir ya sea que la afectación recaiga sobre un objeto causándose una mutación, con afectación obvia del bien jurídico o en el segundo caso que la afectación sólo recae sobre el bien jurídico lesionándolo de igual forma.

En torno a lo mismo **HANS HEINRICH JESCHECK** en su tratado de derecho penal apunta:

*“El resultado típico ha de distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido. Resultado significa lesión o puesta en peligro del objeto de la acción con separación espacio temporal respecto de la misma, mientras que la*

<sup>165</sup> Roxin Claus, Ob. Cit. p. 329.

<sup>166</sup> Bustos Ramírez Juan, Editorial Ariel, “Manual de Derecho Penal Español”, Barcelona España, 1984. p.189.

*vulneración al bien jurídico atañe a la relación entre la acción típica y la pretensión de respeto del valor protegido por el precepto legal. También los delitos de actividad encierran consecuentemente una lesión del bien jurídico. El resultado ofrece importancia, además al margen del tipo; así para la competencia conforme al lugar de comisión y para lo que sea lugar de comisión conforme al derecho internacional.*<sup>167</sup>

En este tipo de delitos, es decir los que tienen que ver con los tipos de resultado y de mera actividad lo que se estudia es **la relación entre la acción y el objeto de la acción.**

### **1.1.1.2. El Tipo Penal en los Delitos de Lesión y de Peligro.**

#### **1.1.1.2.1. Tipos de Lesión.**

Esta clase de tipos es en la que el bien jurídico debe ser dañado (o disminuido) y conforman la gran mayoría de las descripciones típicas, así, se afirma que sólo cuando ese objeto de la acción se daña es precisamente cuando es dable hablar de la consumación, son los tipos penales que **CARRARA** refería como de **daño efectivo** contraponiéndolos con los de **daño potencial**. Es claro, que en estos delitos llamados de lesión, la forma de afectar el bien jurídico puede ser, en algunos casos, perceptible por los sentidos, como sucede en un homicidio, en un daño en propiedad ajena, en un aborto, en las lesiones, etcétera, o bien puede que se trate de una **lesión meramente formal**.

Resulta oportuno destacar la distinción que efectúa **REYES ECHANDÍA**<sup>168</sup> en tomo a esta clase de tipos refiriendo que el bien jurídico puede ser destruido, o en su caso sólo disminuido, como por ejemplo en el homicidio en el cual el bien

---

<sup>167</sup> Jescheck Hans, Ob. Cit. p.238.

<sup>168</sup> Reyes Echandía Alfonso, "Tipicidad", Reimpresión de la Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989. p. 133

jurídico vida sobre el cual recae la acción disvaliosa de matar se ve destruido, y en cambio en las lesiones el bien jurídico consistente en la salud del ser humano sólo se ve disminuida respectivamente.

La diferencia entre los tipos de lesión y de peligro es la intensidad del ataque al bien jurídico, la consumación típica representa una pérdida directa de valor.<sup>169</sup> Ilustrativo es el ejemplo planteado por **MAURACH** cuando advierte que en el delito de hurto, (en nuestra legislación robo) respecto de la custodia del bien configura un delito de lesión y en cuanto a la propiedad es una puesta en peligro debido a que la sustracción no implica la pérdida del dominio.<sup>170</sup>

No hay duda pues que estos tipos penales, están estructurados legislativamente para ser considerados como tipos de consumación y por tanto sólo su efectiva realización típica entendida como complemento del desvalor de resultado dará lugar a complementar el supuesto de hecho, es por tanto que precisamente en ellos se admite entonces, que cuando el bien jurídico que tutelan no llega a ser lesionado, sino solamente ha sido expuesto a una acción cargada de peligrosidad se pueda sancionar tal conducta con un tipo penal que por supuesto ya no sería de lesión sino de peligro, por supuesto que nos referimos a la tentativa.

### 1.1.1.2.2. Tipos de Peligro.

Estos tienen como característica que las conductas que se describen por el legislador al ser realizadas consiguen amenazar en forma potencial al bien jurídico, no hay duda de que el delito de peligro por excelencia será la tentativa<sup>171</sup>.

---

<sup>169</sup> Maurach Reinhart-Zipf Heinz y Gössel Heinze, "Derecho Penal", parte general, Tomo 1, Trad. Bofill Aimone, edit. Astria. Buenos Aires, Argentina, 1994, p.358.

<sup>170</sup> Idem. p.359

<sup>171</sup> Vease, Girmbernat Odeig, "Ensayos Penales", Editorial Tecnos, Madrid, España 1999. p.190

Se afirma por la doctrina que la aparición de esta clase de tipos tiene una justificación de política criminal debido al incremento de ciertas actividades desarrolladas por la sociedad que resultan peligrosas pero que sin embargo son necesarias, por lo que la intervención del marco jurídico penal se anticipa a la lesión del bien jurídico, su finalidad es claramente preventiva, sin embargo tal y como hemos advertido la tentativa constituye un ejemplo claro de este tipo de delitos y en tal circunstancia la historia de éstos sin duda que deviene añeja, aunque no debe perderse de vista que la formulación de la tentativa en general obedece a bienes jurídicos individuales, lo que no reza en todos los casos de de los delitos de peligro y sobre todo los de peligro abstracto.

En efecto, hay que advertir que los tipos de peligro bien pueden proteger bienes jurídicos individuales como en el caso del abandono de persona o algunos supuestos de tentativa, pero también pueden ocuparse de bienes jurídicos supra-individuales, llamados también *intereses difusos*<sup>172</sup>, caso en el que se afirma la impunidad de esta figura comisiva en su modalidad de delito tentado, esto por el adelantamiento de la línea de defensa que plantea el legislador al no exigir la efectiva lesión del bien jurídico tiene ya por si misma una justificación que sólo se encuentra en evitar ciertos riesgos a la sociedad, que aún cuando no existe en muchos de los casos una prueba de causalidad clara, la norma no exige otra cosa que el incremento de riesgo como tal, por lo que aceptar un adelantamiento mayor con la incorporación de la figura de la tentativa sería ya absurdo.

Así lo deja plasmado **MIRENTXU CORCOY BIDASOLO**, cuando señala:

*"La impunidad de la tentativa en los tipos que se protegen bienes jurídico-penales supraindividuales en ningún caso se puede considerar una laguna de*

---

<sup>172</sup> Este término se le atribuye a Sgubbi, en su obra de "La tutela degli interessi difusi nel diritto comparato", así en Corcoy Bidasolo Mirentxu, "Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales", Editorial Tiran lo Blanch, Monografías número 132, Valencia, España, 1999, p.183.

*punibilidad puesto que desde una perspectiva político criminal, en estos delitos la necesidad de pena en los supuestos de tentativa es nula... la tentativa en los bienes jurídicos supraindividuales supondría la lesión de la seguridad y confianza de los ciudadanos en el correcto funcionamiento de distintos ámbitos de actividad, lo que implica un adelantamiento de las barreras de protección inadmisibles.*<sup>173</sup>

Los tipos de peligro se dividen en dos clases, los de **peligro concreto** y los de **peligro abstracto**, lo decisivo para esta clasificación es el parámetro objetivo de probabilidad en cuanto a la producción de un resultado lesivo en relación directa con el objeto material. Es necesario que digamos algo en torno a esta clasificación que no es del todo sencilla en el momento de distinguirlos.

#### **1.1.1.2.2.1. Los Tipos de Peligro Concreto.**

Son aquellos en los cuales al realizar la conducta típica, el bien jurídico ha sido expuesto efectivamente a un peligro, y si éste no se realizó, es simple y sencillamente por el hecho de que intervino la casualidad tal y como sucede en el caso del supuesto previsto en el artículo 199 bis del C. P. F., en el que se sanciona la puesta en peligro efectiva de la salud de otro, por la posibilidad de contagio de un enfermedad y lo mismo podemos observar en el caso del artículo, 335 del C. P. F. a que se refiere al abandono de un niño incapaz de cuidarse o a una persona enferma, teniendo obligación de cuidarla. En este caso no se requiere el menoscabo, del bien jurídico, pero si el resultado de la puesta en peligro, es decir, existe una proximidad de lesión concreta.

#### **1.1.1.2.2.2. Los Tipos de Peligro Abstracto.**

De igual forma solamente requieren de una actividad consistente en la conducta peligrosa, la cual a diferencia de los tipos de peligro concreto no es necesario

---

<sup>173</sup> Corcoy Bidasolo Ob. Cit. pp.273-274.

que exista un sujeto pasivo identificado, es decir individualizado, por lo que en este caso sólo se excluirá dicho peligro cuando se prueba que el peligro fue previamente neutralizado, dándose absoluta eliminación del mismo, como ejemplos encontramos los casos de la conducción en estado de ebriedad (171 fracción III C.P.F.), al poner en marcha y sin control de velocidad una locomotora o vehículo similar (169 C.P.F.), en el caso de incendio (397 C.P.F.), o bien cuando se trata de los delitos ecológicos.

A estos delitos también se les llama por la doctrina como de peligro presunto, en una definición que tiene un origen italiano.

Es conveniente reiterar la afirmación realizada en párrafos anteriores en el sentido de que a este tipo de ilícitos debe observarse que el reproche se hará sin tomar en cuenta si es que en el caso particular se generó el peligro o no respecto de un bien jurídico en concreto, individualizado, a diferencia de los tipos de peligro concreto en los que sí se prueba que en cada caso existe un peligro efectivo respecto del bien jurídico.

Como bien señala el maestro **JUAN BUSTOS RAMIREZ**: *"...En los delitos de peligro abstracto, en cambio, se presume ipso iure el peligro para el bien jurídico, pues no hay posibilidad de prueba en contrario, basta con probar la realización del comportamiento típico..."*<sup>174</sup>

### **1.1.1.3. El Tipo Penal en los Tipos de Consumación Normal y de Consumación Anticipada.**

#### **1.1.1.3.1. Tipos de Consumación Normal.**

En estos, la consumación del delito requiere de todos y cada uno de los actos necesarios para llegar a la lesión del bien jurídicamente protegido, así, en el

---

<sup>174</sup> Bustos Ramírez, Ob. Cit. p.191.

homicidio, se requiere que se produzca el resultado muerte del ser humano, en la violación se necesita que se produzca la cópula en las circunstancias que describe, con la consecuente actividad que lesione el bien jurídico de la libertad sexual. Tenemos una conducta ejecutada hasta llegar a una consumación del tipo que coincide con la lesión del bien jurídico o su puesta en peligro.

### **1.1.1.3.2. Tipos de Consumación Anticipada.**

Se trata de una clase de tipos en los que **el legislador da por complementada la acción desvaliosa, precisamente con la simple puesta en marcha de la ejecución de actos que tiendan a producir la lesión.**

Para ejemplificar esta clase de tipos la doctrina<sup>175</sup> refiere al delito de Rebelión que en nuestra legislación lo encontramos en el artículo 132 del C.P.F., justificando que no sería coherente esperar hasta que se hubieran dado los supuestos del tipo, puesto que entonces la Rebelión se encontraría consumada y no sería lógica la protección penal, se trata pues de **un delito mutilado de dos actos** en los que se destaca por supuesto un elemento subjetivo específico que se manifiesta en el ánimo de realizar el segundo acto o bien de obtener el resultado<sup>176</sup>. Podemos señalar que en este tipo de delitos no se encuentra presente a la figura de la tentativa, sirviendo de argumento lo expuesto antes en tomo a los delitos de peligro respecto de bienes jurídicos supraindividuales, no obstante, transcribimos la opinión contraria de una tesis de la sexta época de nuestros tribunales federales:

Sexta Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: Segunda Parte, XVI  
Página: 226

**REBELION.** Si se reunieron varios vecinos de poblados circunvecinos, con fines políticos, para

<sup>175</sup> En este sentido se puede consultar a Cobo de Rosal-Vives Antón, Ob.Cit. pp. 402-403.

<sup>176</sup> Véase Luzón Peña, Ob. Cit. p.309.

recibir instrucciones sobre la forma de verificar un levantamiento en armas, a fin de derrocar al presidente de la República, al gobernador de un Estado y a las Cámaras Legislativas, y los invitados a la asamblea deberían concurrir armados, para resistir a la fuerza federal y a la policía si trataban de disolverlos, tales hechos relacionados con la fe judicial de las armas recogidas, configuran el delito de rebelión establecido en el artículo 133, fracción III, del Código Penal, delito que quedó en grado de tentativa si se impidió el levantamiento en armas propiamente dicho.

Amparo directo 4296/55. Marcelino López Sabina y coagraviados. 16 de octubre de 1958. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Aprovechamos para realizar la trascripción de otros criterios que pueden servir de soporte a la exposición que realizamos, aún cuando como se podrá advertir no se trata de opiniones actualizadas:

Quinta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: L

Página: 788

**REBELION, DELITO DE.** Para que exista el delito de rebelión a que se contrae la fracción II del artículo 134, y la fracción III, del artículo 135 del Código Penal vigente en el Distrito Federal, es suficiente el hecho de que existen partidas rebeldes para que ese mismo hecho implique la ruptura de las hostilidades, ya que la publicación de ruptura, solamente se acostumbra hacer en los casos de guerra extranjera; por tanto el hecho de proporcionar a dichas partidas elementos de cualquiera clase, implica la comisión del delito de rebelión.

Amparo penal directo 2277/36. Orozco María Nieves y coagraviado. 31 de octubre de 1936. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Séptima Epoca

Instancia: Sala Auxiliar

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 25 Séptima Parte

Página: 17

**REBELION, INEXISTENCIA DEL DELITO DE.** Según el artículo 359 del Código Penal del Estado de

Chiapas, se comete el delito de rebelión cuando personas no militares en ejercicio, se alzan en armas contra la Constitución, contra las instituciones o contra cualquier autoridad del Estado; de donde resulta manifiesto que si los hechos materia del proceso sólo revelan que había inconformidad de un grupo de ciudadanos respecto de la autoridad municipal, los cuales realizaron reuniones en forma privada para expresar esa inconformidad y tratar de obtener la renuncia del representante gubernamental, esto sólo pudo implicar una serie de actos lícitos, porque conforme al artículo 9o. de la Constitución Federal no se puede coartar el derecho de reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito para tomar parte en los asuntos políticos del país; y si de las constancias del sumario no hay una sola prueba que quienes se reunieron en un lugar cerrado hayan estado armados, con excepción de uno sólo, ni tampoco dato alguno que pudiera revelar que dichas reuniones eran con el fin de alzarse en armas, resulta irrefragable que no hubo los elementos configurativos del delito de rebelión y que sólo se participó en un acto cívico autorizado por la Constitución, ya que el alzamiento de armas significa tanto el acto objetivo de portarlas, de llevarlas, como el deseo de quererlas llevar y realizar tal deseo para utilizarlas contra la autoridad investida del poder público, con la finalidad de subvertir el orden constitucional.

Amparo directo 6332/64. Zócimo Vázquez Alfaro. 25 de enero de 1971. Cinco votos. Relator y engrose: J. Ramón Palacios Vargas.

Nota:

Esta tesis también aparece en:

Apéndice 1917-1985, Sala Auxiliar, pág. 71. (Como tesis relacionada de la jurisprudencia 15).

Existen otras clases de tipos penales que también corresponden a estos delitos de consumación diferente a la normal, entre estos se encuentran los **tipos de empresa**, (también enunciados como de emprendimiento) que son aquellos en los que el legislador contempla de igual forma para efectos de la pena, a los actos tendientes a la consumación y los consumados, es decir **equipara a la tentativa y al delito consumado**, tal y como sucede en el caso del cohecho (artículo 222 del C.P.F) que señala tanto el recibir la dádiva, como el aceptar la promesa de recibirla, es decir comete el cohecho, tanto el sujeto que da el

dinero, así como el que sólo lo ofrece, y lo mismo encontramos ejemplos en el caso de delitos contra la salud y de varios tipos contenidos en diversas leyes especiales como es el caso de la Ley General de Salud. No hay duda que en esta clase de tipos penales se escapa toda posibilidad de sancionar en forma atenuada la tentativa, la pregunta sería entonces: ¿Cual es el fundamento? Bueno, pues se puede entender en todo caso que el legislador ha considerado que es igualmente grave respecto de ese tipo penal en concreto, tanto la forma consumada, es decir la de su lesión, así como la puesta en peligro, dando como resultado un merecimiento de pena igual para ambos casos. Procedemos ahora a la transcripción de unas tesis de interpretación judicial en la cual se observa con claridad como **existe una confusión por parte del Tribunal Federal a denominar como tipo de resultado cortado** al que en realidad se esta presentando como **un tipo de empresa**:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII-Septiembre

Página: 318

**SALUD. DELITO CONTRA LA. NO SE DA EL GRADO DE TENTATIVA EN LA MODALIDAD DE REALIZAR ACTOS TENDIENTES A SACAR DEL PAIS VEGETALES O SUBSTANCIAS SEÑALADAS EN EL ARTICULO 193 DEL CODIGO PENAL FEDERAL.** El delito contra la salud, previsto y sancionado por el artículo 197, fracción II, del Código Penal Federal, en la modalidad de actos tendientes a sacar del país vegetales o sustancias señaladas en el artículo 193 del ordenamiento legal antes citado, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud, por su propia naturaleza no puede realizarse en grado de tentativa, pues dicho tipo penal es de los denominados por la doctrina de "resultado anticipado" o un "tipo cortado" y aun cuando técnicamente constituyen una tentativa, porque no se logra sacar del país la droga, ello es irrelevante, toda vez que dicha modalidad sanciona precisamente los actos tendientes y no la consumación de los mismos, considerando tal conducta como si fuera la de un delito consumado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL  
DECIMO NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 191/93. José Luis Ramírez Pérez. 30 de junio de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Guadalupe Méndez Hernández. Secretario: Marco Antonio Cepeda Anaya.

Séptima Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: 217-228 Segunda Parte  
Página: 64

**SALUD, DELITO CONTRA LA . EXPORTACION LEGAL DE MARIHUANA CONSUMADO Y NO TENTATIVA.** La fracción II del artículo 197 del Código Penal Federal se refiere a un tipo de formulación alternativa o alternativamente formado, en donde la conducta puede consistir en introducir o sacar ilegalmente del país vegetales o sustancias que se comprendan en las diversas fracciones del numeral 193 del propio Código, o bien, se realicen actos tendientes a consumir tales hechos. Por lo tanto, cualquiera de las dos hipótesis consuman el delito, esto es, el ilícito es perfecto. Aun cuando de los hechos constituyan técnicamente una tentativa de exportación, porque no llegó a sacarse la droga del territorio nacional, para los efectos penales se está en presencia de un tipo de los también denominados en la doctrina de "resultado anticipado" o un "tipo cortado", en los cuales se sanciona el acto de tentativa como si se tratara de un delito consumado.

Amparo directo 2304/87. Crescencio Verdugo Nava. 12 de noviembre de 1987. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: Carlos Enrique Rueda Dávila.

También hay tipos penales que se denominan de **resultado cortado**, en ellos sólo se requiere que se lleve a cabo una conducta que tienda a producir un resultado, pero no requieren que el resultado se produzca, como es el caso del delito de falsedad de declaraciones, en el supuesto señalado por el artículo 284 bis del C.P.F, pues en tal supuesto lo único que se requiere es el propósito de inculpar a alguien, sin que se requiera el resultado de inculpación. Pero no se confundan con los de empresa, puesto que en aquellos la forma que se sanciona es si bien es cierto una puesta en peligro, no lo es menos, que dentro de la

misma descripción típica encontramos al delito consumado también previsto. Estos tipos penales son aquellos que se entienden como de intención con tendencia interna trascendente<sup>177</sup> es decir, requieren que el sujeto activo tenga una intención subjetiva que se dirija hacia la producción del resultado y que para que se produzca éste, no se requiera de ninguna acción posterior, como lo es colocarse en estado de insolvencia, lo que de suyo provocará necesariamente un deterioro patrimonial en el acreedor.

### 1.1.2. Formas de Aparición del Delito.

Esta es la etapa en la que corresponde llevar a cabo el análisis del **modo** en el cual se presenta el hecho desvalioso, el modo de aparecer del delito.

Es claro que la denominación que utilizamos (*formas de aparición del delito*) corresponde a la idea de análisis neoclásico, en el cual, se partía de la base de que el injusto y la culpabilidad eran las categorías que daban las notas esenciales al delito, y ya para lo que corresponde a los modos o las formas de presentarse un determinado hecho, correspondía el estudio a la **Teoría de las llamadas formas de aparición del delito**.

En la actualidad esta teoría recibe el nombre de **especiales formas de aparición del delito**, pues se parte de la idea de que en abstracto existe una sola conducta realizada por un sólo sujeto y un solo delito, por lo tanto, cualquier variante era considerada como una forma imperfecta o sui generis de realizarse, razón por la que dicha teoría tiene su contenido en el *iter criminis*, la **autoría y participación**, y el **concurso de delitos**. Aún cuando se debe precisar que también después de la corriente neoclásica, como por ejemplo con las ideas de **WELZEL**, se prefirió dar diversas ubicaciones a estas formas de aparición del

---

<sup>177</sup> Roxin Claus, Ob. Cit. p. 317.

delito, como es el caso de la autoría y a la tentativa que se estudiaron a nivel del tipo.<sup>178</sup>

## 2. Cuestiones Fundamentales en la Tentativa

### 2.1. El *Iter Criminis*.

Dentro de las llamadas formas imperfectas de aparición del delito encontramos a **la forma imperfecta de ejecución** y es precisamente la nos ocupa.

El punto de partida en esta figura de la dogmática penal, lo da precisamente el hecho de que los comportamientos humanos no tienen una forma de surgir inmediata, sino que llevan implícito un proceso de gestación, el que se va dando progresivamente a lo largo del *iter criminis*.

Por *iter criminis* se entiende "el camino del delito", es básicamente un proceso de formación del ilícito que implica una serie de etapas. En torno a él, **LUZÓN CUESTA** nos dice:

"Para denominar este espacio temporal, se han acuñado diversas expresiones: Valdés se refería a vida del delito, los antiguos prácticos hablaban de camino o *iter criminis* y Carrara de grado en la fuerza física"<sup>179</sup>

Estas etapas o fases de gestación del delito, sin duda adquieren en un momento dado cierta relevancia y por ello resulta necesario estudiarlas. El *iter criminis* ha sido ubicado también desde una concepción criminológica, en la cual, obviamente el enfoque se da entorno a la **criminalidad del sujeto**, es decir se observa la conducta manifestada, la forma en que ésta se exterioriza, sin embargo, lo que a nosotros nos interesa es el análisis jurídico-penal, teniendo

<sup>178</sup> Más a fondo véase Cobo del Rosal y Vives Antón, "Derecho Penal Parte General", Editorial Tirant lo Blanc, Valencia, España 1996, pp.635-637.

<sup>179</sup> Luzón Peña José María, "Compendio de Derecho Penal", parte general, Novena Edición, Editorial Dikinson, Madrid, España 1995. p 175.

como relevante la conducta entendida como trasgresión de la norma de determinación.

En forma general el desarrollo del *iter criminis* se divide en dos fases: una **interna** en la que el delito sólo se encuentra en el pensamiento del sujeto y otra fase **externa** en la que el ilícito se objetiviza, por lo que también es dable denominarlas como fases **subjetiva** y **objetiva** respectivamente.

### **2.1.1. La Fase Interna.**

Esta se compone de una serie progresiva de etapas (*voluntas scaeleris*) a saber: **ideación, deliberación y resolución**, mismas que procedemos a analizar ahora.

#### **2.1.1.1. Ideación.**

Podemos decir que esta etapa es la que **con mayor intensidad pertenece al sujeto** y por tanto a la parte subjetiva. Aquí se encuentra el surgimiento del delito en la mente del individuo, precisamente como una idea, entendida ésta como un conocimiento puro y racional, debido a las naturales condiciones de nuestro entendimiento.<sup>180</sup> Es simple y sencillamente el inició de un proceso psíquico que bien puede tener como resultado el continuar con las demás fases, o simplemente que tal pensamiento pase a ser almacenado en la memoria de la mente. En relación con esta etapa, **ENRIQUE BACIGALUPO** nos dice:

*"Se trata de un proceso interno en el que el autor elabora el plan del delito y propone los fines que serán meta de su acción, eligiendo a partir del fin los medios para alcanzarlo".*<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> Así define idea, el "Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española", Editorial Espasa-Calpe, Segunda Edición, Madrid, España, p.845.

<sup>181</sup> Bacigalupo Enrique, "Principios de Derecho Penal" Parte General, Tercera Edición, Editorial akal/iure, Madrid, España. 1994, p.191.

Queda claro que para el Derecho Penal, al menos el de corte democrático, con respeto al principio de legalidad, **el pensamiento no delinque**, y así se observa desde el principio consagrado por el Digesto en el libro XLVII título 19, Ley 18, resumido por **ULPIANO** en el enunciado que reza *cogitationis poenam nemo patitur* que fue retomado en la Séptima Partida, Libro II, título 31.<sup>182</sup>

En todo caso, los intentos que se han dado para lograr la punición de las ideas se enfocan, tal y como lo advierte el maestro **JIMÉNEZ DE ASÚA** a una tendencia espiritualista del Derecho Penal que sostiene el castigo para aquellas ideas que puedan perturbar la armonía de los individuos o de la sociedad, con la finalidad de dar cabida a un delito denominado como delito de opinión y propaganda.<sup>183</sup> Sin embargo, de todos los planteamientos que se pudieran esgrimir concluiríamos que de cualquier forma debe haber una objetivación, es decir mínimamente una manera de expresión de tales ideas que pueda dar lugar a una antijuridicidad material y por tanto a justificar la intervención del derecho penal que no puede intentar ejercer un control sobre la forma de pensar de las personas, pues afectaría precisamente su condición de personas libres que detentan, y encuentra soporte en el derecho fundamental de la libertad de pensamiento, así, y desde un punto de vista práctico sería muy difícil el pretender probar las ideas de aquel sujeto que concibió el cometer un delito, pues quizá la única forma, que por cierto resulta nada recomendable sería la confesión.

Es entonces necesario que tal y como se ha venido apuntando, se cumpla cuando menos con un principio de bien jurídico y que en todo caso también se conjugue con el de intervención mínima y de subsidiaridad, sin caer en los extremos del pensamiento resultativista del que también hemos dado cuenta.

---

<sup>182</sup> Donna Edgardo Alberto, "La Tentativa", Editorial de Belgrano, Belgrano, Argentina 1996. pp. 14-15.

<sup>183</sup> Jiménez de Asúa Luis, Ob.Cit. pp.309-311.

### 2.1.1.2. Deliberación.

El delincuente en potencia, entra en una etapa en la cual **la idea podrá avanzar en la decisión volitiva**, o bien quedar como inocua por encontrarse los suficientes inhibidores (que bien pueden ser morales o materiales) que neutralicen el pensamiento con intención delictiva.

En este momento el sujeto piensa y **evalúa tanto los pros como los contras** que se dan para el caso de que su idea siga avanzando. Aquí tenemos presentes dos supuestos, o bien que se trate de una idea que siga su curso normal, o bien que una idea pasada que forma parte del archivo humano de la memoria por haber sido negada o simplemente abandonada, vuelva a tomar vigencia (nos referimos a una idea que previamente había estado ya en la etapa de la ideación) para ser valorada.

En esta etapa es fundamental la capacidad de toma de decisión del individuo, su autodeterminación motivada normativamente, es decir, lo que sería el **libre albedrío de la escuela clásica**, o sea la capacidad de los hombres para elegir entre el bien y el mal; o **el determinismo de la escuela positiva italiana**, en el que el libre albedrío no existe y son las circunstancias físicas o sociales las que llevan a delinquir al sujeto; o en su caso **las posiciones eclécticas de la Terza Scuola**, en la que se plantea la ausencia del libre albedrío pero mantienen una responsabilidad moral; o las corrientes más modernas que nos hablan de la **abordabilidad normativa**, con la cual todo hombre normal es un sujeto capaz de motivación por la norma.<sup>184</sup>

---

<sup>184</sup> Véase Roxin Claus, "Política Criminal y Estructura del Delito", Traducción de Bustos y Hormazabal, Editorial PPU, Barcelona, España, 1992. pp 115-120

### **2.1.1.3. Resolución.**

Esta es la última etapa de la fase interna y se desarrolla precisamente por el hecho de que aquella idea que surgió en la mente del individuo, la cual entró a una fase de decisión, continuó avanzando al lograr vencer la lucha mental desarrollada por el impulso delictivo y los inhibidores, y es esta continuación de la idea inicial la que nos da la pauta para afirmar que existe entonces **una postura resolutiva para llevar a cabo la conducta desvaliosa**, respecto de la cual, lo importante es reconocer que **sigue siendo interna**. El sujeto ya deliberó y finalmente **ha resuelto cometer el delito**.

### **2.1.2. La Fase Externa.**

Esta fase sale ya del pensamiento interno del individuo **para ser exteriorizada** y se compone a su vez de varias etapas, las cuales son: **manifestación, preparación y ejecución**, (es importante reconocer el hecho de que algunos autores advierten la existencia de la fase de agotamiento del delito), veamos ahora cada una de ellas.

#### **2.1.2.1. Manifestación.**

En esta parte **la idea** que finalmente alcanzó el carácter de resolución, **surge al exterior, se objetiviza**, es decir se trata ya de una idea o **pensamiento exteriorizado**. En efecto, se trata de la misma idea que habitaba en la mente del sujeto, pero que ya en este momento ha dejado constancia en el mundo fáctico de algunas de sus acciones, en términos generales esta fase no es punible, sin embargo veremos más adelante, con mayor detenimiento, como para algunos autores se encuentra ubicada en un estadio intermedio entre la fase interna y la externa.

### 2.1.2.2. Preparación.

Una vez que existe la manifestación, entonces se avanza hacia la siguiente fase en la cual el sujeto lleva a cabo todos y cada uno de los actos que considera como necesarios para en su momento realizar el ilícito, se trata pues de **una serie de actos que al realizarlos no tienen necesariamente que ser vinculados con algún delito, pero sin embargo resultan indispensables**, pensemos así en la compra de cuerdas, teléfonos celulares y radiolocalizadores, los que finalmente serán utilizados para un secuestro; o bien, en la compra de cartuchos para una escopeta, o inclusive una pieza de refacción para la misma, la compra de un cuchillo, la preparación de una mezcla química que tiene efectos tóxicos mortales, estos actos vistos en forma aislada no pueden considerarse como peligrosos para algún bien jurídico.

Aquí algunos autores afirman la existencia de un "**delito preparado**",<sup>185</sup> la doctrina y la propia jurisprudencia considera a este tipo de actos como **absolutamente impunes**, en atención a su **significación multívoca**, pues en todo caso sería necesario conocer el dolo del sujeto, es decir tener pleno conocimiento de la parte subjetiva del desvalor de acción, pues en la parte objetiva no es factible advertir la peligrosidad por la imposibilidad práctica de llevar a acabo algún tipo de juicio de peligrosidad. Es destacable que no obstante estas consideraciones alguna vez nuestra legislación considero cómo típicos ciertos actos que en efecto eran preparatorios, como sucedía con el delito de **Vagancia y Malvivencia**, que se contenía en el artículo **256** del Código Penal de **1931**, en el que se sancionaba al mendigo que fuera sorprendido con ganchúas, o cualquier otro instrumento que de lugar sospechas sobre el propósito de cometer un delito, esta afirmación la hacemos, sin perjuicio de que en su

---

<sup>185</sup> Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1984, p.284.

momento nos ocupemos de los llamados actos preparatorios punibles y sus formas de aparecer en la ley.

Tal y como advertimos también la jurisprudencia da cuenta de la **impunidad de los actos preparatorios**, por lo que procedemos a realizar la siguiente transcripción no sin antes advertir que lo único que compartimos de ella es precisamente la afirmación de que los actos preparatorios son en todo caso impunes, pues inclusive a la fecha, **se encuentra resuelta la contradicción de tesis que ha puesto de manifiesto que la forma de resolver el caso concreto que plantea no es la correcta**, la tesis de jurisprudencia por contradicción será motivo de transcripción más adelante.

Novena Epoca  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: VI, Noviembre de 1997  
Tesis: IV.4o.1 P  
Página: 515

**SALUD, DELITO CONTRA LA TENTATIVA DE SUMINISTRO. LOS ACTOS PREPARATORIOS NO LA INTEGRAN.** Los elementos de la tentativa punible, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal Federal, son: a) el moral o subjetivo, que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) el material u objetivo, es decir, los actos realizados en forma directa e inmediata para la consumación de ese ilícito; y c) un resultado que no llega a su consumación por causas ajenas a la voluntad del activo. Sentado lo anterior, resulta obvio que la tentativa punible, para surtirse, **requiere no de meros actos preparatorios, sino de una acción que de manera inequívoca sea un principio de ejecución, de iniciación del injusto que no llega a su fin lesivo por causas ajenas a la voluntad del agente.** Tales actos, en sí constituyen la entrada al núcleo del tipo y caracterizan a la tentativa, en cuanto son los medios idóneos o aptos para causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el activo y por circunstancias ajenas a éste no llegan a la meta propuesta. Ahora bien, cuando se trata de un delito contra la salud en la modalidad de suministro en grado de tentativa, debe considerarse que ésta no se

integra si se le encontró al activo, en la revisión previa al ingreso al reclusorio, la droga recibida de un tercero, oculta en sus zapatos, la cual dijo pretendía llevar a un interno, **pues dichos actos son por su naturaleza previos o preparatorios**, cuenta habida de que ni siquiera pudo llegar al sitio donde iba a proporcionar al interno el estupefaciente.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 85/97. Eloy Marcos Vázquez Arriaga. 19 de agosto de 1997. Unanimidad de votos.

Ponente: María Luisa Martínez Delgadillo.

Secretario: Héctor Manuel Banda Flores.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 102/97, pendiente de resolver en la Primera Sala.

Otro criterio más en el cual se deja de manifiesto que los actos preparatorios por su misma naturaleza multívoca, no admiten la respuesta penal, es el siguiente:

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XV-II Febrero

Tesis: VI.1o.25 P

Página: 607

**VIOLACION. TENTATIVA INEXISTENTE CUANDO EL ACTIVO, AUN EJERCIENDO VIOLENCIA FISICA SOBRE LA OFENDIDA, SOLO LLEGA A ACTOS PREPARATORIOS EQUIVOCOS O DUDOSOS.** Si de la causa se desprende que el activo, aun ejerciendo violencia física sobre la ofendida, únicamente llega a jalar su prenda íntima, tal circunstancia debe estimarse como simple acto preparatorio, que por ser equívoco o dudoso es insuficiente por sí solo para configurar la tentativa que requiere de medios idóneos y adecuados que den como resultado el ilícito sexual en contra de la voluntad de la pasiva.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 17/88. Lucio Flores Montero. 9 de marzo de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos Gerardo Ramos Córdova. Secretario: César Quirós Lecona.

### 2.2.1.2.3. Ejecución.

Esta es la fase del *iter criminis*, en la que se puede presentar la tentativa o bien la consumación del delito. Se trata ya **una serie de actos externos que presentan una intención y son capaces por sí mismos de producir peligro para el bien jurídico.**

Vale la pena mencionar que el agotamiento del delito se actualiza cuando se presente el último momento de este camino delictivo, es decir, cuando se llega al propósito final, o bien cuando se ha hecho cesar la situación antijurídica voluntariamente mantenida por el activo, en este caso, se puede ejemplificar con el delito de privación ilegal de la libertad, o el impago de pensiones o bien la asociación delictuosa, y en general con los **delitos permanentes o continuos** a los que se refiere el artículo 7 fracción II del C.P.F., en los cuales la consumación se prolonga a voluntad del activo, esta etapa que **MAURACH** denomina como **conclusión del delito** en atención a la **Teoría de la Conclusión.**<sup>186</sup>

Esta distinción estudiada por **MAURACH** permite establecer una diferencia entre la **consumación formal** del delito y la **consumación material**, entendiendo a la primera como ese momento en el cual se han realizados todos los elementos del tipo. Esta forma de diferenciar también tiene consecuencias relevantes para la teoría de la participación puesto que permite incluir antes del agotamiento o conclusión figuras de autoría y participación que por regla general quedan excluidas una vez que existe consumación, así afirma **DONNA**:

*“La consumación del delito elimina toda posibilidad de participación, posibilitando sólo delitos como el de encubrimiento que ha sido legislado en forma autónoma.”*<sup>187</sup>

---

<sup>186</sup> Maurach Reinhart-Zipf Heinz y Gössel Heinze, “Derecho Penal”, parte general, Tomo 2, Trad. Bofill Almone, Editorial Astria. Buenos Aires, Argentina, 1994, p.11

<sup>187</sup> Donna Edgardo, Ob. Cit. p.18.

Es factible entonces que un hecho delictivo como puede ser el de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro permita que una vez llevada a cabo su consumación formal se presente una intervención en coautoría sucesiva, o bien la complicidad por auxilio también sucesivo, inclusive, un cambio de categoría en un concurso de normas en la forma de intervención, pues puede ser que quien estaba participando como cómplice tome el carácter de coautor.

## **2.2. Actos de Preparación y Actos de Ejecución.**

Como seguramente se ha advertido, no se puede afirmar que exista una punición total de los actos que se ubican en la fase externa del *iter criminis*, es decir, desde la simple manifestación como tal, pues en tal caso sólo estaríamos atendiendo a las **teorías monistas subjetivas extremas** así, lo que nos servirá realmente de parámetro en todo caso, si bien es cierto, será en primer lugar que se trate de la fase externa, también lo es que **mínimamente la manifestación delictiva deberá entrañar un peligro cuando menos abstracto para el bien jurídico**,<sup>188</sup> de tal suerte que en términos generales es factible situar la relevancia penal precisamente en el **inicio de la ejecución del delito**, razón por la cual se vuelve indispensable profundizar en dicha etapa con la finalidad de conocer sus elementos.

### **2.2.1. Manifestación o Acto Preparatorio.**

Cuando abordamos el tema del *iter criminis* y concretamente al hacer referencia a su parte externa dijimos que la etapa denominada como **manifestación** presentaba una problemática especial, esa problemática es de la que ahora nos ocuparemos.

---

<sup>188</sup> Así en Cobo de Rosal-Vives Antón, Ob.Cit. pp.641.

En primer lugar es de destacarse que existen autores que colocan a la manifestación en una zona intermedia entre la fase interna y la externa del *iter criminis*,<sup>189</sup> aunque esta posición no es compartida por otros que sostienen que **una idea ya manifestada** sin duda alguna implica la realización de actos que pertenecen ya a la fase externa del delito.<sup>190</sup>

También podemos advertir que en la mayoría de los autores extranjeros tales como **BERDUGO, ARROYO ZAPATERO, FERRÉ, MIR PUIG, DONNA y CEREZO MIR**, entre otros, la distinción en las fases que integran el *iter criminis* es diferente, pues lo que entienden es que **la manifestación es más bien un acto preparatorio de delito** y por ello no la conceptualizan como una etapa autónoma, así, a los casos de resolución manifiesta relevantes para el derecho penal los denominan como **actos preparatorios punibles**. En **JAKOBS** por ejemplo, **todo el estadio previo al comienzo de la tentativa se llama preparación**, y en ese contexto estima que en la preparación, cuando ésta no se limita a los planes del sujeto singular, sino que se objetiva al llevar a cabo un planteamiento común de su idea a otros sujetos, entonces estamos ante actos denominados como **preparaciones punibles**.

En tomo a esta diferenciación o no entre actos preparatorios y manifestación delictiva, **COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN**, apuntan:

*"Tal diferenciación no tiene demasiado sentido. Los actos preparatorios no se diferencian de las simples resoluciones manifestadas por su carácter material o su equivocidad, sino porque en ellos ha empezado ya a recorrerse el camino hacia la realización..."*<sup>191</sup>

---

<sup>189</sup> Jiménez de Asúa, Ob.Cit. p.312 manifiesta: "...existen varias zonas intermedias entre al fase interna, actualmente impune, y la externa y de ellas dos merecen un examen detenido: la resolución manifestada y el delito putativo"

<sup>190</sup> Pavón Vasconcelos Francisco, "Breve Ensayo Sobre la Tentativa", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1998, p.5.

<sup>191</sup> Ob. Cit. p. 648. *infra*

Pero así como advertimos la diversa denominación anotada, también existen otras formas de llamar a los actos preparatorios punibles, así se puede advertir que **GOMEZ BENITEZ** los identifica como **preestadios de la autoría y de la participación**, y es que no le falta razón pues si los analizamos con cuidado podemos advertir en algunos casos supuestos de anticipación en coautoría y en otros de anticipación para la inducción, aún cuando ya tendremos la oportunidad de apuntar algunos detalles en particular de tales afirmaciones.

### **2.2.2. Actos Preparatorios Punibles.**

Lo cierto es que de lo dicho hasta ahora se puede advertir que en todo caso se trata de una fase en la cual **la idea se manifiesta, se exterioriza y no necesariamente trae aparejada la dirección para llegar a la ejecución**, por lo que consideramos que efectivamente se trata de actos de manifestación de voluntad criminal en los que, bajo un sistema de *numerus clausus* alcanzan la aplicación de una pena, y, no por considerarse meramente como preparatorios, sino por que se les conceptualiza ya como una figura que tiene una capacidad de peligro, una **peligrosidad**,<sup>192</sup> y en algunos casos porque llegan a ser planteados como **tipos autónomos**, como sucede en nuestra legislación, aunque en la legislación comparada como en la española el problema llevaría sin duda a otros derroteros, pues ellos los consideran como delitos distintos del hecho consumado, es decir como **delitos dependientes** que no llegan a ser autónomos, y por tanto cabe en ellos las eximentes y atenuantes de responsabilidad, pero precisamente por no ser autónomos, no es factible hablar de las formas de intervención, **ni la tentativa**. En una toma de postura nos adherimos a considerarlos como actos preparatorios punibles y ha evitar la fase de la manifestación.

---

<sup>192</sup> Peligrosidad en el sentido que ya hemos anotado *supra*

También se puede apuntar, que tal como adelantamos ya, la justificación para sancionar este tipo de conductas que en sí **no llegan a la fase de ejecución**, estriba precisamente en el peligro en el que llegan a colocar al bien jurídico, razón por la cual se dice que el legislador **adelanta la línea de defensa**, pues en todo caso no se debe esperar hasta la afectación total del bien jurídico. Por supuesto que el problema se centra en la reflexión que se ocupa de ¿Hasta donde es legal adelantar la línea de defensa por el legislador, hasta donde es válido transformar nuestro Derecho Penal en un derecho que se fundamente la prevención del peligro de las lesiones de los bienes jurídicos? Es decir, apartarse de la idea del derecho penal mínimo tendencia contraria de la cual da cuenta **SILVA SÁNCHEZ** al referir que en Italia se ésta trabajando en la elaboración de un Código Penal mínimo,<sup>193</sup> aún cuando siguiendo sus reflexiones se advierte la innegable necesidad de combatir formas de delincuencia que de ninguna manera se corresponden con los delitos que bien podríamos llamar como clásicos, pues ahora tenemos a la delincuencia organizada, a los delitos informáticos, así como a los que tienen que ver con la manipulación genética, etcétera.

Lo cierto es que en muchos casos no hay más remedio que responder a la exigencia de expansión, pero a lo que no podemos renunciar de ninguna manera a la necesidad de cumplir con la legalidad y a limitar al máximo la infracción de los actos preparatorios y más cuando se llega al extremo de conceptualizarlos como delitos autónomos.

Una nota más se puede anotar en el caso de los actos preparatorios, es que éstos **siempre van dirigidos a otros**, por lo que en su concepción no se pueda dar la figura individual como si puede presentarse en los actos de ejecución.

---

<sup>193</sup> Silva Sánchez Jesús-María, "La Expansión del Derecho Penal", Editorial Civitas, Madrid, España 1999. p.16 *infra*

Pues bien en nuestra legislación, al igual que en la mayoría de las legislaciones extranjeras se encuentran penadas ciertas conductas estructuradas como **manifestaciones de voluntad criminal**, sólo que a diferencia de aquellas, tal y como lo adelantamos, nosotros las hemos plasmado en la ley penal como delitos autónomos, al respecto **DONNA** señala lo siguiente:

*"Sin embargo esta regla de que los actos preparatorios son atípicos, tiene sus excepciones cuando el legislador, por diversos motivos, generalmente de política criminal decide tipificarlos. Dicha extensión de la tipicidad a los actos preparatorios se realiza extendiendo el ámbito de la tentativa de modo que abarque a la actividad preparatoria".*<sup>194</sup>

Es así, con tal criterio, es decir, el de convertirlos en verdaderos tipos, que nuestro Código Penal Federal señala como punibles a la **Proposición** (artículo 123 fracción XI, 131 fracción I del C.P.), la **Conspiración** (artículo 141 del C.P. artículo 13 fracción I con una problemática especial, de la que también nos ocuparemos), la **Provocación y Apología** (artículo 209 del C.P.) pero veamos con más detalle, cada una de estas figuras.

### 2.2.2.1. Proposición.

En la proposición se destaca la **invitación formal**, que lleva a cabo el sujeto que ha superado la etapa resolutive, invitación que **dirige a otra u otras personas para la comisión de un delito**, es decir lo primero que hay que entender es que el sujeto que invita se encuentra resulto a llegar a la consumación, esta es la postura mayoritaria, aún cuando se anotan muy respetados autores que no la comparten y que asumen la idea que en la proposición se puede estar ante un

---

<sup>194</sup> Donna "La Tentativa". Ob. Cit.

caso en el que el sujeto que invita no quiera ejecutar<sup>195</sup>, caso en el que entienden que la proposición es una inducción no seguida de ejecución, no es necesario el lograr determinar efectivamente la voluntad de otro, por tanto cuando se llega a la fase de ejecución se estará en presencia de la inducción. En este caso se cubre una forma de “**tentativa de inducción**” que como tal no es punible.

En una reflexión dogmática se afirma que la invitación para delinquir se entiende formulada para **intervenir en carácter de coautor** y no de simple partícipe, esta es una de las razones por las cuales un sector de la doctrina española considera que en la proposición aún cuando se llega a la ejecución no puede hablarse de inducción, puesto que el inductor nunca tiene la voluntad de ser autor del hecho y en cambio en la proposición si que sucede esto, sin embargo, como hemos anticipado no requiere que el sujeto que propone se encuentre resuelto a ejecutar, pues bien puede intervenir cometiendo el delito sin ejecutarlo, sin embargo, realizamos la siguiente transcripción de **CAMPO MORENO** a fin de dejar constancia de la forma de argumentar la diferenciación que se advierte entre la figura que se estudia y la inducción:

*“Con la inducción la diferencia ha de buscarse en la penetración psicológica, mientras que esa requiere que el instigador haya instalado en la mente del receptor la resolución delictiva, la proposición existe por el mero hecho de invitar a cometer un delito, sin necesidad de que se acepte tal llamamiento, o, incluso rechazándose. De igual forma el proponente está resuelto a cometer el delito el inductor no”*.<sup>196</sup>

Ahora bien, no está por demás apuntar que en la doctrina se ha optado por desarrollar algunas consideraciones en torno al tema de la invitación, la cual se dice que para alcanzar la relevancia penal requiere ser **concreta, dirigida personalmente a un o unos sujetos, ser persuasiva, convincente y**

---

<sup>195</sup> Campo Moreno Juan Carlos, “Los Actos Preparatorios Punibles”, Editorial Tirant lo Blanch, Monografías número 164, Valencia, España, año 2000, p.51 *infra*.

<sup>196</sup> *Ibid.* p.53.

**precisa.**<sup>197</sup> En nuestra legislación esta figura jurídica se encuentra presente en más de un artículo, lo que quiere decir que no se trata en si de un acto preparatorio punible, sino que la invitación, que en origen lo era, pasó ya a formar parte de la estructura típica de un delito en concreto, tal y como se observa en los artículos 123 fracción XI, y 135 fracción I del C.P.F. así leemos en cada uno de ellos:

**ARTÍCULO 123.** Se impondrá la pena de prisión de cinco a cuarenta años y multa hasta de cincuenta mil pesos al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

...XI. **Invite a individuos de otro Estado** para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome; si no se realiza cualquiera de estos hechos, se aplicará la pena de cuatro a ocho años de prisión y multa hasta de diez mil pesos;

**ARTÍCULO 135.** Se aplicará la pena de uno a veinte años de prisión y multa hasta de cincuenta mil pesos al que:

I. *En cualquier forma o por cualquier medio invite a una rebelión;*

En torno a este tipo penal los criterios judiciales dejan claro lo dicho, se trata de un acto preparatorio que se ha considerado tan grave que lo elevan a la categoría de tipo penal así se observa en la siguiente tesis:

Séptima Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: 85 Segunda Parte  
Página: 50

**INVITACION A LA REBELION, TIPO DEL DELITO DE.** En relación al delito de invitación a la rebelión, es inexacto que deba existir la rebelión para poder ser invitado a ella, pues de los términos en que está redactado el artículo 135, fracción I, del Código Penal Federal, no se excluye la posibilidad de cometer ese delito cuando se incita a alguna persona a

---

<sup>197</sup> Vid. *Ibid.* p.52

**adherirse a un grupo** cuya finalidad es la de abolir la Constitución Política y separar de su cargo a los altos funcionarios de la Federación.

Amparo directo 2856/75. Breno Hilario Ortiz Chico y otro. 26 de enero de 1976. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Véase:

Séptima Epoca, Segunda Parte: Volumen 39, pág. 66 (2 asuntos).

Esta forma de estructurar a los actos preparatorios punibles genera una problemática particular de la cual no están exentos en otras latitudes como se advierte en la siguiente puntualización:

*"Mayores problemas presenta analizar la relación de la proposición con ciertos delitos en los que **la invitación forma parte del tipo**"<sup>198</sup>*

Por supuesto que en este caso el autor advierte que el conflicto no acepta en forma factible la existencia de una doble concepción, por un lado como acto preparatorio punible y por el otro como delito, pero en el caso de nuestra legislación tal problemática se va a generar al nivel de la graduación del injusto, de la concepción de formas de intervención y de la tentativa.

### **2.2.2.1. Conspiración.**

En la conspiración debe existir **un acuerdo entre dos o más personas para llevar hasta la fase de ejecución un delito determinado**, es obvio que en la reunión de estas personas se han superado de manera conjunta las fases internas del *iter criminis* y la manifestación, es el fruto de una resolución conjunta, aún cuando en un análisis más detenido se llega a objetar que en este tipo de acto preparatorio se pueda advertir una verdadera manifestación debido a la **falta de exigencia de actos exteriores**.<sup>199</sup> La conspiración no puede tener

---

<sup>198</sup> **Ibid.** p.54. Las negritas son nuestras.

<sup>199</sup> **Ibid.** 29.

lugar para la ejecución de actos de simple auxilio, **tiene que existir en el conspirador una resolución de ejecutar el delito**, como se ha referido por algunos autores se trata de una **coautoría anticipada**, dicho de otra forma de la preparación de dicha coautoría.

Así en la conspiración advertimos la existencia de un concierto para llevar a cabo el delito, se trata de concertar con un pacto o acuerdo de voluntades expreso, por lo que es sin duda necesario el dolo en el actuar del conspirador.

En particular la conspiración se precisa en el artículo 141 del C.P.F., y de la interpretación judicial que se transcribe se advierte con claridad que es un acto preparatorio punible elevado a la categoría de un pretendido delito autónomo.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 133-138 Segunda Parte

Página: 58

#### **CONSPIRACION, ELEMENTOS DEL DELITO**

**DE.** Del actual texto del artículo 141 del Código Penal, aplicable en materia federal, el cual se encuentra comprendido en el Título Primero del Libro Segundo, precepto que se ocupa de los delitos contra la seguridad de la nación, se advierte que el delito de conspiración se integra con los siguientes elementos: a) un acuerdo o concierto de dos o más personas para cometer alguno de los delitos comprendidos en el título mencionado, y b) un acuerdo complementario respecto a los medios de llevar a cabo aquélla determinación. La adecuada interpretación del texto del artículo mencionado ha llevado a establecer que en él se recoge un tipo penal de los denominados de "resultado cortado" o "resultado anticipado", ya que en estricto rigor la ley ha elevado a la categoría del delito autónomo una mera resolución manifestada, respecto a la comisión futura de otras conductas, atentatorias éstas, de la seguridad de la nación (traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje). En éste orden de ideas, el delito de conspiración requiere, para su demostración plena, no sólo de un franco y positivo acuerdo para llevar a cabo alguno de los delitos ya

citados, sino además que tal acuerdo abarque la concreción de los medios de ejecución del delito o delitos propuestos, sin que se advierta de la descripción legal la necesaria comisión del delito específico. En consecuencia, es elemento esencial de la conspiración el concierto criminal, con independencia de los actos de ejecución o el grado de ésta a que se llegue. Como mera resolución manifestada, el delito de conspiración exige, sin embargo, la prueba fehaciente del acuerdo o concierto tomado y de la concertación de los medios pertinentes para llevar a cabo el o los delitos concretos ya señalados.

Amparo directo 4339/74. Eugenio Peña Garza. 16 de abril de 1980. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Andrés Flores Hernández.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial 1917-1985, Segunda Parte, tesis relacionada con la jurisprudencia 74.

Es precisamente la forma en que se presenta la conspiración con sus elementos de conocimiento común del proyecto por más de un sujeto, y con determinación a ejecutar lo que llegar a dar lugar a que se le confunda con otras figuras típicas como lo es la Asociación Delictuosa, sin embargo al llegar al detalle se advierten algunas diferencias pues se nota por ejemplo que en la asociación delictiva **existe una organización, y mayor permanencia**, así como no se trata un plan en principio delictivo único (aún cuando este criterio en concreto visto en forma aislada no es suficiente) y tampoco es claro que se actualice la pluralidad subjetiva específica, en cuanto a los elementos de esta última y también en su diferenciación podemos observar los siguientes criterios jurisprudenciales:

Séptima Época

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 90 Segunda Parte

Página: 55

**ASOCIACION DELICTUOSA Y CONSPIRACION, CUERPO DE LOS DELITOS DE.** Si a un inculpado se le imputan los delitos de asociación delictuosa y conspiración y de las constancias de autos aparece que el grupo organizado por aquél, no se integró para delinquir

en términos generales, que es lo que distingue a la asociación delictuosa, sino para derrocar al gobierno mexicano, no se acredita el cuerpo del delito de dicho ilícito, sino la hipótesis prevista para la conspiración.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Volumen 90, pág. 13. Amparo directo 137/75.

Rubén Navarrete. 30 de junio de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Volumen 90, pág. 13. Amparo directo 2497/74. José Mario Pérez Vega. 30 de junio de 1976. Unanimidad de cuatro votos.

Volumen 90, pág. 13. Amparo directo 4970/74. Sergio Mario Romero Ramírez. 30 de junio de 1976. Unanimidad de cuatro votos.

Volumen 90, pág. 13. Amparo directo 8/75. Marcos Sánchez Galván. 30 de junio de 1976. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Volumen 90, pág. 13. Amparo directo 9/75. Joel Villarreal Coronel. 30 de junio de 1976. Unanimidad de cuatro votos.

### **ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y PARTICIPACIÓN MÚLTIPLE. DIFERENCIAS.**

La asociación delictuosa se caracteriza en la intención constante y permanente de perpetrar acciones ilícitas indeterminadas; ésta difiere de la participación múltiple en la realización de un hecho antijurídico, porque en este último supuesto, si bien existe un concierto previo de los activos en cometer un ilícito y lo llevan a cabo, su finalidad no tiene la intención de pretender de manera permanente y reiterada ejecutar acciones ilícitas en general, dado que el objetivo de su reunión es la pretensión de consumir un delito en concreto.

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

VI.1o.P. J/7.

Amparo directo 285/99.-18 de noviembre de 1999.- Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.- Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 136/99.-6 de enero de 2000.-  
Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-  
Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo directo 326/99.-20 de enero de 2000.-  
Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-  
Secretaria: Hilda Tame Flores.

Amparo directo 226/99.-27 de enero de 2000.-  
Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-  
Secretario: Alfonso Gazca Cossío.

Amparo directo 636/99.-15 de junio de 2000.-  
Unanimidad de votos.-Ponente: Carlos Loranca Muñoz.-  
Secretaria: Myriam del Perpetuo Socorro Rodríguez  
Jara.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación  
1917-2000, Tomo II, Materia Penal, página 23, tesis 41,  
de rubro: "ASOCIACIÓN DELICTUOSA Y  
PARTICIPACIÓN MÚLTIPLE. DIFERENCIAS.".

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente:  
Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca:  
Novena Epoca. Tomo XII, Diciembre del 2000. Tesis:  
VI.1o.P. J/7. Página: 1166. Tesis de Jurisprudencia.

#### **ASOCIACIÓN DELICTUOSA, CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE TABASCO).**

Para que se configure este ilícito, se requiere probar  
que se organizó una banda para delinquir, que el  
indiciado, mediante acuerdo previo, decidió formar  
parte de esa banda o asociación, integrada por lo  
menos por tres personas, con un régimen establecido,  
organizada más o menos en forma permanente y de  
manera jerarquizada, con el fin de ejecutar actos  
delictuosos en los que cada uno de los integrantes tiene  
señalada la actividad que debe desplegar.

#### **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO CIRCUITO.**

X.1o. J/11

Amparo en revisión 250/92.-Ernesto Alonso de Miguel  
y coags.-13 de octubre de 1992.-Unanimidad de  
votos.-Ponente: Miguel Romero Morrill.-Secretaria:  
Adelita Méndez Cruz.

Amparo en revisión 19/97.-Victor Hernández García.-  
10 de julio de 1997.-Unanimidad de votos.-Ponente:  
Manuel Francisco Reynaud Carús.-Secretario:  
Rigoberto Ochoa Murillo.

Amparo en revisión 334/98.-Carlos Rojas Cervera.-16 de abril de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo.-Secretario: Rigoberto Ochoa Murillo.

Amparo directo 219/99.-Heber Suárez Alejandro.-14 de mayo de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo.-Secretario: Rigoberto Ochoa Murillo.

Amparo directo 220/99.-Cornelio Rueda López.-14 de mayo de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Sara Judith Montalvo Trejo.-Secretario: Rigoberto Ochoa Murillo.

Véase: Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1995, Tomo II, Materia Penal, páginas 22 y 243, tesis 39 y 422, de rubros: "ASOCIACIÓN DELICTUOSA." y "ASOCIACIÓN DELICTUOSA. CONFIGURACIÓN DEL DELITO DE.", respectivamente.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca, Tomo X, Julio de 1999. Tesis: X.1o. J/11 Página: 705. Tesis de Jurisprudencia.

Ahora bien, sin dejar de asumir los riesgos que implica la siguiente afirmación, para nuestra limitada forma de entender los actos preparatorios, la inclusión de la fracción I del artículo 13 del C.P.F. en origen no es otra cosa que un acto preparatorio punible y concretamente el que se refiere a la conspiración pues basta ver su redacción:

**ARTÍCULO 13.** Son autores o partícipes del delito:

I. Los que acuerden o preparen su realización;

Es claro que lo que el legislador está sancionando no es otra cosa que la preparación de delito, es decir que existan dos o más sujetos, exigencia que se deriva de la propia redacción, y que éstos acuerden o preparen la realización de un delito, es decir que se trata de un acto que está en preparación de un delito en concreto, el cual será sancionado por tal circunstancia. Sin embargo, no podemos dejar de anotar que en comentarios formulados por el doctor **MOISÉS MORENO** se nos dijo que esto no es así del todo, pues en tal caso el acuerdo o

preparación sólo es sancionable cuando alcanza la fase de ejecución, es decir, cuando ese acuerdo o preparación llega a la siguiente etapa del *iter criminis*<sup>200</sup>, pero es que si nosotros entendemos que tal proyecto avanza hasta la fase de la ejecución, entonces esos sujetos que acordaron o prepararon han escalado su intervención hacia una forma de participación (*facto sensu*) que bien podría ser la de autor o la de partícipe (*stricto sensu*), resolviendo el problema a través del principio de consunción o absorción, y si lo que se busca es como también decía el maestro, no dejar sin pena a ciertos sujetos que sólo participaron en la fase de preparación, entonces, no podemos entender que éstos alcancen una pena de igual magnitud que los autores, pues si bien es cierto cada uno responde por su propia culpabilidad, no lo es menos que la punibilidad en abstracto de los que acuerdan o preparan es igual que la del autor directo, el autor mediato, o la del coautor, en cambio la que corresponde a partícipe en abstracto es menor, por lo que entendemos esto como un resultado de poca congruencia, pues sería mejor para cualquier delincuente, el avanzar en el proyecto criminal hasta llegar a auxilio, es decir, al favorecimiento del hecho delictivo, que quedarse sólo en la preparación. Es de la misma idea de la inoperatividad de dicha fracción, aunque con otros fundamentos la doctora **OLGA ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL**, quien refiere lo siguiente:

*"El análisis de los verbos usados en el artículo 13 revela que la fracción I es vacía y por lo mismo inaplicable. Acordar la realización de un delito es algo que no tiene relevancia en tanto no se ejecute ese delito. El mero acuerdo no puede punirse. Si alguien acuerda cometer un delito y luego lo ejecuta, será sancionado por la ejecución, no por acordar."*<sup>201</sup>

Cabe hacer la anotación que los criterios de interpretación judicial no dicen nada al respecto, tal y como observaremos a continuación; sin embargo podríamos señalar como apoyo a nuestro razonamiento que en los actuales proyectos del Código Penal para el Distrito Federal, presentados por las fracciones del **Partido**

---

<sup>200</sup> Planteamiento formulado en el Master Internacional de la Universidad Autónoma de Barcelona, febrero del 2001, México.

<sup>201</sup> Islas de González Mariscal Olga, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, México, D.F. 1991. p.34.

**de la Revolución Democrática y del Partido Acción Nacional se elimina tal supuesto de autoría.**

Veamos pues el criterio de los Tribunales Colegiados:

Séptima Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 2 Sexta Parte

Página: 45

**COAUTORIA, NATURALEZA DE LA.** En términos de la fracción I del artículo 13 del Código Penal Federal, **la coautoría debe entenderse en función de un mismo y determinado delito llevado a efecto por dos o más personas, pero no en función de un ilícito que en relación con los sujetos activos que intervienen y que por su diversa posición en los hechos, puede motivar figuras delictivas diferentes y propias de cada sujeto, como acontece en el caso en que uno venda un producto del cual supo que no tiene la libre disposición, y otro compre con conocimiento de que no puede comprar.**

**TRIBUNAL COLEGIADO DEL OCTAVO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 239/68. Marcelo García Gaytán. 21 de febrero de 1969. Mayoría de votos. Disidente: Carlos Hidalgo Riestra. Ponente: Angel Suárez Torres.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 112

Página: 63

**COPARTICIPACION, EXISTENCIA DE LA.** Para fijar la coparticipación delictuosa es necesario encontrar no sólo el lazo de unión entre los diversos delincuentes en su actividad externa, sino en el propósito y en el consentimiento de cada uno de ellos para la comisión del delito.

Sexta Epoca:

Amparo directo 3659/59. Francisco Moreno Morales. 2 de febrero de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 846/60. Faustino García Eguía y coags. 1o. de julio de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 7083/59. José López Camaras. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 8156/59. Jesús Vicente Guillén. 26 de octubre de 1960. Unanimidad de cuatro votos.

Ahora realicemos la transcripción de una idea plasmada también por la misma vía de interpretación pero que en todo caso nos sirve de refuerzo.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 157-162 Segunda Parte

Página: 141

**TENTATIVA, HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE, INEXISTENTE.** La tentativa punible constituye un grado en la ejecución del delito, el cual no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor, y si los datos probatorios ponen de relieve exclusivamente que tanto el inculpaado como sus coacusados pretendían llevar a cabo los actos necesarios para privar de la vida al ofendido, estos no pueden considerarse constitutivos de una tentativa, si en ningún momento realizaron actos de ejecución del homicidio, sino preparatorios de los mismos. Debe tenerse presente que la sola circunstancia de que el inculpaado hubiese confesado su propósito delictivo, no es base suficiente para sancionar una tentativa inexistente, pues ello nos llevaría a un subjetivismo absurdo que daría origen a sancionar el puro propósito o la intención, sin que ésta se hubiese manifestado en actos ejecutivos del delito.

Amparo directo 2087/81. José Antonio Díaz Cervantes. 15 de enero 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 2248/81. Manuel Sánchez Bruno. 15 de enero de 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente.

Amparo directo 5225/81. Carlos Antonio Martínez Altamirano. 15 de enero de 1982. Mayoría de cuatro votos. Disidente: Manuel Rivera Silva. La publicación no menciona el nombre del ponente. Secretario: Fernando Hernández Reyes.

Nota:

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1982, Segunda Parte, Primera Sala, tesis 32, pág. 20, con el rubro: "HOMICIDIO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, INEXISTENCIA DEL".

### 2.2.2.3. Provocación.

En la provocación de un delito, se advierte que **no es necesario que el provocador tenga la resolución de cometer por sí el delito**, sino que, realmente lo que busca es que **otro u otros lo realicen**, es por tal que no se vuelve como necesario el establecer una relación personal, como sí sucede en la **proposición**, pues no se trata de llegar al grado de convencer y crear un vínculo subjetivo suficiente para llegar a la ejecución, una diferencia más es el o los destinatarios, y otro más el vínculo psicológico. Es todo caso es necesario pues advertir la finalidad de estimular a la perpetración de un delito.<sup>202</sup>

En todo caso debe advertirse que la provocación se lleva a cabo en **forma pública**, pues inclusive en otros países se llega a establecer en sus códigos que la provocación sea realizada **mediante la imprenta o los medios masivos de comunicación**, sin este requisito estaríamos en presencia de una inducción o instigación sin ejecución, además de que si bien es cierto que en la provocación debe existir necesariamente el dolo en el provocador negando su realización en la forma imprudente, no lo es menos la menor intensidad de tal influencia subjetiva por la falta de relación personal como lo hemos dicho.

Como rasgo característico la provocación se realiza sobre más de una persona debe ser dirigida a que se cometa uno o varios delitos **en particular**, es decir que **no basta la provocación a que se delinca en forma general**.

### 2.2.4. Apología.

Ahora nos referimos a la **apología del delito**, la que se entiende como la **defensa del delito o de sus autores**, como una **exaltación de lo ilícito**, es

---

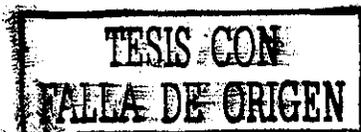
<sup>202</sup> Campo Moreno, O. Cit. p.56

decir, sin duda que se trata de una clara muestra de contravención de la norma de determinación, pero lo que no se debe perder de vista es que aún cuando nuestra legislación penal federal, y algunas locales, manejan a la provocación y a la apología en el mismo precepto, **se trata de dos supuestos bien diferentes**. En efecto, en la apología no se está provocando ningún delito, sino que en concreto se está ensalzando uno ya cometido o bien al o a los que lo cometieron. Sin duda la mayoría de las confusiones se debe al uso indiscriminado que le dan los medios de comunicación, pero esto no es aceptable en el lenguaje de los penalistas, y sin embargo llegan a caer en el mismo error. Un claro ejemplo fue la calificación que de **apología** hicieron algunos servidores públicos encargados de procurar justicia, respecto del sujeto que en México arengó públicamente a la comisión de homicidio en contra de los *Rangers de Texas* que osaran cruzar la frontera, esto derivado de un problema también de crímenes cometidos contra nuestros nacionales que intentan cruzar la frontera hacia los Estado Unidos.

Debemos advertir que se ha dado en la doctrina española un debate entre considerar a esta figura como delito autónomo (postura clásica) o bien como acto preparatorio (en forma moderna) esto es, el entender, en el primer caso que tiene un bien jurídico tutelado que se vulnera con su conducta, es decir se ubica como un delito contra el orden público o contra la paz pública, lo que como consecuencia natural **amplia desmesuradamente el ámbito preventivo del legislador**. La otra postura plantea el manejo de acto preparatorio entendiendo que se está ante un acto que facilita la futura comisión delictiva, creando el clima favorable para ello.<sup>203</sup> Lo cierto es que no corresponde a esta investigación el resolver la problemática aún cuando en lo particular no dejamos de considerar que se trata de un acto preparatorio que de otra forma sólo puede entenderse como un delito que rompe en extremo con los criterios de mínima intervención y subsidiaridad.

---

<sup>203</sup> Vid. *Ibid.* pp.63-93.



En lo relativo a la provocación y a la apología nos permitimos realizar la siguiente transcripción de criterios de interpretación federal.

Séptima Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: 47 Segunda Parte  
Página: 38

**PROVOCACION A LA COMISION DE UN DELITO (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).** El artículo 193 del Código de Defensa Social del Estado de Puebla señala literalmente lo siguiente: "El que públicamente provoque a cometer un delito o haga la apología de éste, o de algún vicio, o de quienes lo cometan, será sancionado con prisión de quince días a seis meses y multa de diez a cien pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se impondrá al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido". Ahora bien, debe indicarse que la provocación a cometer un delito debe ser directa y expresa, y solo puede ser dolosa, o sea, con la voluntad y conciencia del agente de provocar la ejecución de un cierto y determinado delito.

Amparo directo 2672/72. Miguel Monarca Zepeda. 16 de noviembre de 1972. Cinco votos. Ponente: Ernesto Aguilar Alvarez.

Quinta Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: XLVI  
Página: 184

**PROVOCACION Y APOLOGIA DE UN DELITO (LEGISLACION DEL ESTADO DE YUCATAN).** El artículo 467 del Código Penal del Estado de Yucatán, dispone que el que por alguno de los medios de que habla el artículo 580, provocare, públicamente, a cometer un delito, será castigado con pena de tres meses de prisión y multa de treinta a trescientos pesos, si el delito no se ejecuta y, en caso contrario, será castigado como autor, con arreglo a la fracción III, del artículo 43, del mismo ordenamiento; y el artículo 468 establece que el que públicamente defiende un vicio grave o un delito como lícitos, o haga la apología de ellos, o de quienes lo cometen será castigado con la pena establecida en la primera parte del artículo anterior. Ahora bien, si algunas

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

personas penetran a un templo y destrozan las imágenes que ahí se encuentran y vistiéndose con los ornamentos, ejecutan bailes inmorales y los habitantes del pueblo arrojan de modo violento a los citados individuos, y en un periódico se comentan dichos hechos y se felicita a los vecinos de referencia y se manifiesta satisfacción y complacencia porque supieron defenderse de una chusma salvaje e ignorante, y se expresa deseo de que el ejemplo de los pobladores del lugar, se grave en todos los pueblos del Estado, para que sepan defender su fe y sus tradiciones, tales comentarios no pueden estimarse como la provocación o la apología de un hecho delictuoso, puesto que no contienen incitación alguna para ejecutar un hecho o caer en una omisión contraria a la ley penal, ni tampoco elogios por haberse ejecutado un acto catalogado como delito, y si contra el autor del referido comentario, se motiva prisión y por los expresados delitos, se violan los artículos 14, 16 y 19 de la Constitución Federal, tanto más, si en la resolución respectiva no se señala el hecho o hechos criminosos cuya provocación y apología se imputan al acusado; cita indispensable en un auto motivado de prisión, puesto que la provocación y la apología, para que sean delictuosas, necesitan referirse a un hecho conminado con una sanción penal.

Amparo penal en revisión 1502/35. Rubio Mañé Jorge Ignacio. 2 de octubre de 1935. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Daniel Galindo. La publicación no menciona el nombre del ponente.

### 2.2.3. El Momento de Inicio de la Ejecución.

Es conveniente partir de la base de que **la manifestación de la voluntad criminal** cuando se lleva a cabo, no implica necesariamente el hecho de que se dirija hacia la ejecución del delito, en palabras de **WELZEL** *"Pero no cualquier hacer en que se transforma una decisión mala es ya por eso un delito"*<sup>204</sup>. Por el contrario, es dable hacer la afirmación de que en el caso de la **preparación del delito**, ésta sí se lleva implícita **la finalidad de la ejecución, pero es hasta la fase de ejecución que se da inicio al hecho típico.**

---

<sup>204</sup> Welzel Hans, Ob. Cit. p.222

Esta distinción entre la ejecución y los actos preparatorios, se afirma, que deviene más que nada de razones meramente de política criminal, pues no se encuentra el fundamento jurídico de la misma, así, realmente tal distinción sigue como línea la de **delimitar la actuación individual**, evitando con ello la actuación indiscriminada del Estado, es decir, trata de poner un freno objetivo a la consideración de **“acción intentada”** de acuerdo a la legislación penal. Tal distinción se encuentra ya plasmada en el Código Napoleónico en su artículo 2º, cuando se habla del principio de ejecución, para la figura jurídica de la tentativa.

Vale la pena anotar que la discusión para distinguir entre actos ejecutivos y meramente preparatorios no es nueva, por el contrario arriba por un camino largo en la historia del pensamiento penal, es por ello que se estima importante realizar sólo algunas notas particulares siguiendo la pluma de destacados penalistas.<sup>205</sup>

En la Escuela Clásica, el maestro **CARRARA** adoptó el criterio de la **univocidad** para diferenciar entre actos preparatorios y ejecutivos, para él la acción requería ser de tal naturaleza que **no dejara duda a cerca de la intención del sujeto**, en cambio, cuando dicha acción diera lugar a la interpretación de **diferentes finalidades**, ésta sería no punible. Por su parte en Alemania y en el marco de la corriente técnica jurídica **BELING**, apuntó que para considerar como ejecutivos a los actos era necesario comprenderlos como **la activación de la acción típica**, atendiendo al principio de legalidad. La referencia de ejecución es objetiva. Planteó en la misma línea la tesis de los complementos de la acción, incluyendo aquí aquellas acciones que parecen ineficaces de forma aislada para producir algún resultado lesivo, pero que sin embargo son aquellas en las que intervienen otros factores, como pueden ser los fenómenos físicos, **la acción regular de un tercero**, el **transcurso del tiempo**, etcétera, como ejemplo puede ser el de

---

<sup>205</sup> Para mayor detalle conviene consultar Malo Camacho Gustavo, “Tentativa del Delito”, Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Distrito Federal, 1971, pp. 53-59

dejar una taza de te envenenada con te frío, que seguramente nadie tomaría por estar fría, pero que va dirigida a una víctima en especial, con el conocimiento previo de que sólo toma el te frío. Sin duda **BELING** toma como parámetro el grado de peligro al que estuvo expuesto el bien jurídico y la intención del sujeto activo, así este autor refiere lo siguiente:

*“El deslinde entre preparación y ejecución surge objetivamente en cada caso del contenido de cada delito-tipo”<sup>206</sup>*

Otra vez en Italia, **VICENZO CAVALLO**, en una concepción más amplia considera como ejecutivo **todo acto que provenga de la voluntad siempre que el individuo que lo realice sea un imputable**, toma como punto de distinción los actos **mediatos** y los **inmediatos** dirigidos a la ejecución del plan delictivo, toma a la inmediatez y la dirección de la conducta como elementos indispensables. Afirma que después de la resolución criminosa, todo acto puede ser considerado ejecutivo, precisamente porque ya va dotado de una dirección y se trata de un acto inmediato en relación con la consumación, sin embargo **VASALLI**, le hace ver que no debe confundir, la ejecución del propósito, con la ejecución de la acción típica. **MANZINI**, señala que para considerar como constitutivos de conato a los actos, se requiere que éstos lleven en sí mismos **eficacia causal**, iniciando la ejecución cuando el sujeto lleva a cabo **actos que violen la norma penal**. Obviamente la crítica fue centrada precisamente en la dificultad de determinar en qué momento se puede considerar como violada una norma. De acuerdo con **GIULIANO VASALLI**, la distinción no tiene una gran relevancia, se remonta a la experiencia práctica y reitera que el valor científico es casi nulo, equiparando finalmente el momento de ejecución al de tipicidad de acción, y concluye diciendo que en la práctica la distinción es por demás sencilla pues basta pensar en el artesano, el campesino incluso el profesionalista, cada uno podría distinguir sin ninguna dificultad que parte de sus acciones son meramente preparativas y cuales ejecutivas. *“No se entiende porque la misma*

---

<sup>206</sup> Von Belin Ernst “Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo”, Traducción Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944, p.102.

*operación conceptual no puede ser realizada en relación con una determinada actividad calificada por la ley como delictiva”.*<sup>207</sup>

En el continente americano, **SOLER** se identifica con una **posición objetiva tomando como base el peligro corrido por el bien jurídico**, para determinar el inicio de los actos ejecutivos y respecto de los preparatorios éstos sólo serán punibles cuando así lo determine la ley, pero lo cierto es que no podemos precisar con tal aseveración el momento que en el que sería necesario realizar el juicio de peligro, ni por quien.

Para el finalismo, su máximo representante, **HANS WELZEL**, dice que la reacción penal encuentra su justificación cuando el autor comienza a ejecutar la acción ética socialmente intolerable es decir donde se puede hablar ya de una tentativa, por tanto para que haya tentativa **se requiere de actos que comiencen a ejecutar inmediatamente la acción típica en particular**, ya sea ésta la acción de robar, o matar, es importante tanto la nota del desvalor de acción como la del desvalor del resultado, afirmando que las acciones preparatorias en principio resultan impunes, así lo expresa:

*“Como lo injusto punible reside no solo en la producción de una lesión de un bien jurídico, sino justamente en la forma de perpetración (el desvalor de acción), que se circunscribe plásticamente en el tipo, el hacer acreedor a la pena empieza con la actividad con que el autor pone en relación inmediata con la acción”.*<sup>208</sup>

En general, para determinar el momento de inicio de la acción típica, es decir de la fase ejecutiva es factible atender a diversas teorías, mismas se pueden encerrar en dos grandes bloques, unas **subjetivas** y otras **objetivas**, y son de las que nos ocupamos a continuación:

---

<sup>207</sup> Citado por Malo Camacho “Tentativa de Delito” Ob. Cit. p. 64.

<sup>208</sup> Welzel Hans, Ob. Cit. p.222

### 2.2.3.1. Teorías Subjetivas.

El punto fundamental en ellas se encuentra precisamente en **ocuparse del plan de autor** para dar un soporte al momento de ejecución, es decir, el atender a lo que el activo piensa, a su concepción del momento en que se hecho ésta en una fase decisiva.<sup>209</sup>

Se advierte como la inclinación a este tipo de teorías tiene su soporte precisamente en el pensamiento que sostiene al injusto de la tentativa desde una perspectiva subjetiva también, en efecto, pues si en todo caso lo que integra el injusto es la contravención de la norma plasmada en la intención, pues precisamente la tentativa comenzará cuando de acuerdo a dicha voluntad contraria a la norma se esté ya ejecutando el delito. Se afirma que esta teoría fue originalmente sostenida por **GROLMANN**, consiguiendo después un buen número de seguidores, tomando su defensa **VON BURI**<sup>210</sup>.

Por supuesto que no desdeñamos la importancia que en la investigación del comienzo de la tentativa tiene el plan de autor, pero tampoco podemos dejar de dar cuenta de los excesos a los que puede conducir el tomarla como único parámetro, pues se podría llegar a casos como el que recuerdo haber escuchado de un buen amigo argentino que en una estancia en España me platicaba como habían condenado a un grupo de sujetos por tentativa de robo, el caso, si la memoria no me falla era el siguiente: *un grupo de asaltantes llegó por la media noche, a un laboratorio y para ello tocaron en la puerta, fueron vistos por el guardia del lugar a través del video, preguntaron por supuesto por un químico del lugar y al abrir la puerta fue sometido el policía y robado el lugar. Al paso del tiempo estos mismos sujetos trataron de cometer de nuevo el mismo robo, con la misma mecánica, sólo que esta vez al tocar fueron reconocidos por*

---

<sup>209</sup> Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. p.228.

<sup>210</sup> Véase Mir Puig Santiago, "Derecho Penal Parte General", 4ª. Edición, Editorial PPU, Barcelona, España, 1996. p.337.

el guardia que en lugar de abrir llamó a la policía, los sujetos fueron aprehendidos y procesados por tentativa de robo, por supuesto que el fundamento de tal tentativa lo fue el plan de autor. Pero si basta con reflexionar en ¿Cómo es posible que se conozca el plan de autor?, si eso, es algo tan, pero tan personal, pues bien, el método que creo resulta idóneo, es sin duda el de la confesión, y, entonces, no es muy difícil advertir como es que sería obtenida esa confesión. Por esto, señalamos como peligroso el atender únicamente al criterio de plan de autor, que además presenta el problema de poner en manos del activo la determinación de cuando es que sí delinque y cuando no lo hace, acaso pensamos como factible el que un sujeto fuera detenido al comprar arsénico en una farmacia y al declarar el dijera que efectivamente desde su punto de vista había ya comenzado con la ejecución de un homicidio.

De cualquier manera no pasamos por alto la referencia de que en la línea de teorías subjetivas, se advierte la existencia de otras como la que se ocupa de la **univocidad o equívocidad**, en las cuales exige que el hecho revele la intención del sujeto. En cuanto a la univocidad, como lo dijimos arriba, se ubica a **CARRARA** y también a **CARMIGNIANI** como los encargados de su desarrollo, así se dice que será tentativa si del contexto en el que se produce un acto se puede deducir que el mismo está encaminado necesariamente al delito, por lo que se requerirá necesariamente de la observación de un tercero, en ese sentido se dice que los actos preparatorios pueden dirigirse a un fin lícito o bien a uno criminal.<sup>211</sup>En palabras de **CARRARA** se leería:

*"Mientras el acto externo sea de tal índole que pueda conducir al delito como a una acción inofensiva, no tendremos sino un acto preparatorio, que no puede imputarse como tentativa".*<sup>212</sup>

A fin de cuentas creemos que lo más importante es el destacar que en el pensamiento del maestro de Pisa se observa cómo no es factible sólo sancionar

<sup>211</sup> Parma Carlos, "La Tentativa", Editorial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina 1996.

<sup>212</sup> Citado por Pessoa Nelson R. "La Tentativa Distinción entre Actos Preparatorios y Actos de Ejecución de Delitos" Editorial Hammurabi, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1998. p.39.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

la mera intención del sujeto, sino que en todo caso se requerirá de un elemento objetivo, así se advierte cuando dice:

*“Distinguir el conato en la sola intención por su dirección a causar un daño, sin la realidad del peligro de este daño inherente a la potencia del acto ejecutado, implica castigar la mera intención tomando sólo el principio moral como fundamento de la imputabilidad política.”<sup>213</sup>*

### 2.2.3.2. Teoría Objetivo-Formal.

Se atribuye su obra a **BELING**,<sup>214</sup> aún cuando también se ubican sus primeras formulaciones en Francia con **ORTALAN**.<sup>215</sup> El punto fundamental para la distinción entre acto preparatorio y ejecutivo en esta teoría lo viene a dar el hecho de que el sujeto comience a realizar el núcleo del tipo, el problema viene precisamente porque no da un punto en el cual se pueda advertir cuando es que se comienza a ejecutar el tipo.

Así se puede decir, siguiendo al maestro **MIR**, que se trata de una tautología sin utilidad, sin utilidad práctica, pues en todo caso se volvería una gran dificultad el advertir ese principio en todos los tipos instantáneos, como lo son la gran mayoría, es clara pues la problemática que ofrece la teoría en cuestión pues no obstante su bien intencionado planteamiento que busca dar una mayor seguridad jurídica para sancionar la tentativa, tal fin se plantea utópico, al ser el criterio el verbo del tipo, pues siguiendo al mismo maestro, es dable afirmar que no existe la posibilidad de realizar el núcleo verbal en forma parcial es decir se priva de la vida, precisamente con la acción de matar, no con la realización de actos encaminados en fase ejecutiva a dicha finalidad. Lo mismo se afirmaría en el caso de la violación en la que los actos de violencia en cualquiera de sus modalidades aún cuando fueran encaminados a la penetración sin consentimiento, no podrían configurar la tentativa, debiendo ser considerados

<sup>213</sup> Carrara Francesco, “Derecho Pena”, Editorial Pedagógica Iberoamericana, México 1995. p.128.

<sup>214</sup> Así en Pessoa Ob. Cit. p.41.

<sup>215</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, Ob. Cit. p. 645 *in fine*.

como actos preparatorios. Se afirma pues que existe una **confusión clara entre acción y acto**, pues la acción de matar puede estar comprendida de varios actos por lo que en todos ellos tendríamos una acción típica.<sup>216</sup>

### 2.2.3.3. Teoría Objetivo-Material.

Una vez que se ha comprobado que desde la óptica meramente formal no es dable establecer una correcta distinción entre tentativa y acto preparatorio y tentativa y consumación, la doctrina se ocupa entonces de buscar un criterio que en el plano material pudiera correctamente realizar tal diferenciación, es así que surge en primer término el planteamiento de **FRANK** quien utiliza **la fórmula de la concepción natural**, para lo cual establece que **son actos ejecutivos los que se hallan de tal forma unidos con la acción típica**, que según la concepción natural aparecen como parte suya. De acuerdo con esta posición la acción típica iniciará aún cuando no se hayan realizado los actos descritos inmediatamente en el tipo, siempre que existan actos que puedan considerarse ligados indisolublemente, dando la unidad de acción. Sin embargo se le critica a este autor el hecho de que no da el parámetro para establecer la unión de "enganche en reversa", es decir el jalar hacia el tipo a los actos previos a su consumación, pues en todo caso pudieran ser actos preparatorios que sin embargo se entiendan como unidos al tipo, en palabras de **PESSOA** no hay límite a esa marcha hacia atrás.<sup>217</sup>

Debido a las deficiencias anotadas se ha buscado acudir al concepto de peligro como solución, y claro, sin soslayar el papel que juega sin duda el plan de autor, esto es, por una parte se atiende la plan de autor, lo que no sólo nos viene a dar el dato indiciario de inicio de ejecución, sino inclusive si estamos en presencia de una tentativa acabada o inacabada como veremos más adelante, y por otro lado se utilizan para valorar dicho plan de autor dos criterios, por un lado el de la

---

<sup>216</sup> *Ibid.*, p.644.

<sup>217</sup> Pessoa Ob. Cit. p.46.

puesta en peligro inmediata y por otro el de la inmediatez temporal. El primero se refiere a que se de una puesta en peligro del bien jurídico y el segundo atiende a una referencia espacio-tiempo en relación con el momento mismo de la consumación. De estos dos criterios da cuenta el maestro **MIR PUIG**, cuando aclara que en Alemania se ha optado por el segundo de los criterios siguiendo el pensamiento de **WELZEL** del *comienzo inmediato*, y, utilizando la puesta en peligro solo para casos dudosos.

Después de lo planteado podemos dar cuenta del siguiente ejemplo: *“Un sujeto tiene la intención de matar a otro mediante el envenenamiento, por lo que lo invita a pasar un fin de semana en su finca con la idea de darle una bebida en la noche y posteriormente enterrarlo”*.<sup>218</sup>

De acuerdo con las diversas teorías que hemos planteado, los actos llevados a cabo por el sujeto que pretende envenenar y con ello privar de la vida al ser analizados en forma aislada, no nos llevarían a concluir de manera uniforme, cual de ellos forma parte de la ejecución del ilícito y cual en todo caso es un mero acto preparatorio. Para algunos, quizá esa ejecución comenzaría con la compra del veneno, otros quizá con la sigilosa maniobra para sacar el veneno y verterlo en la bebida, y otros en cambio atenderían al momento en que le lleva la bebida a su amigo, es decir, lo cierto es que en todo caso **el conocimiento del plan de autor nos da la pauta para establecer un criterio más o menos uniforme**, y posteriormente requeriremos que ese plan de autor sea valorado objetivamente

Esta valoración a la que aludimos puede ser en los términos expuestos, es decir se puede advertir la necesidad de criterios causales, para determinar el peligro, como en el pensamiento de **COBO DEL ROSAL Y VIVES**:

*“Ejecutar es poner por obra el tipo y el tipo solamente se pone por obra cuando se ha puesto en marcha la causalidad material hacia su producción”*

---

<sup>218</sup> Se maneja en Berdugo de la Torre Ignacio, y otros “Lecciones de Derecho Penal”, parte general, Ob. Cit. p.233.

*"No basta haber facilitado razones, motivos o medios , para estimar que el resultado típico ha sido puesto por obra, sino que se requiere el impulso efectivo, llevado a cabo sobre los mecanismos causales"*<sup>219</sup>

Lo que tratamos de decir, es que seguramente sería necesario al utilizar **una postura mixta**, como consideramos esta forma de estructurar y resolver el principio de ejecución, esperar hasta el momento en el que el sujeto vertiera el veneno en la bebida que está próxima a ingerir su amigo, para considerar iniciado el momento de ejecución, esta postura ha recibido como crítica **el hecho de que es demasiado tiempo para la intervención del Derecho Penal**, sin embargo sirva la justificación de cumplimiento del Principio de Mínima Intervención del Derecho Penal, lo que no se debe perder de vista es que aún cabe distinguir si en el principio de ejecución estamos hablando de realizar un juicio de peligro o bien de peligrosidad, de acuerdo con lo que previamente dijimos en el tema del injusto<sup>220</sup>.

Sin duda estas influencias son las que se deberían de analizar para llegar a una consideración moderna de los actos ejecutivos, sin embargo, tal situación no ha sido así, en efecto tal y como podemos advertir en la siguiente jurisprudencia emitida con motivo de una contradicción de tesis planteada ante nuestro máximo tribunal se vierten afirmaciones con las cuales no podemos estar de acuerdo como lo es el decir que *en todo caso, el menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal, no tiene el carácter de elemento típico y, por lo tanto, es innecesario para la configuración de la tentativa*, creemos que no hay duda que el mayor o menor grado en la consumación tiene un presupuesto, el que es, resolver ¿cuando hay principio de ejecución? pues, hasta después de éste, el menor o mayor grado en la consumación lo que puede generar es o bien una tentativa acabada o en su caso la inacabada, pero de eso ya nos ocuparemos más adelante, por lo pronto

---

<sup>219</sup> Ob. Cit. pp. 645-646.

<sup>220</sup> Sobre el particular ver Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. pp.235-238

advertimos que con la tesis de jurisprudencia que a continuación se transcribe no está resuelta la problemática que le dio razón de ser, pues su afirmación de que la tentativa exige un elemento objetivo o material es simple y sencillamente la confirmación explícita de un elemento más de la tentativa, pero de ninguna manera plantea cual es el criterio para resolver la existencia o no de los actos preparatorios, de cualquier forma aquí la transcripción:

Novena Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VIII, Septiembre de 1998

Tesis: 1a./J. 46/98

Página: 198

**SALUD, DELITO CONTRA LA MODALIDAD DE SUMINISTRO GENÉRICO, EN GRADO DE TENTATIVA. LOS ACTOS DE CONSUMACIÓN IDÓNEOS PARA LA CONFIGURACIÓN.** Si el sujeto activo obtiene el estupefaciente y lo oculta para tratar de ingresar con él a un centro de reclusión preventivo o penitenciario, en donde pretende entregar dicha sustancia a alguna persona, para su consumo, pero no logra su finalidad delictiva porque es sorprendido al momento en que se realiza la revisión previa a su ingreso a las instalaciones carcelarias; se reúnen los elementos indispensables para la integración típica del delito contra la salud, en su modalidad de suministro genérico, en grado de tentativa, previstos por el artículo 12 del Código Penal Federal, en relación con la fracción I del precepto 194, de ese mismo ordenamiento punitivo, consistentes en: a) Un elemento subjetivo (finalístico), que consiste en la resolución dirigida a cometer el delito en cuestión, en la modalidad ya precisada; b) Un elemento material (objetivo), consistente en la realización, por parte del sujeto activo, de los actos ejecutivos e idóneos, encaminados directa e inmediatamente a producir el resultado que pretende, a través de los cuales aquél exterioriza, unívocamente, su determinación delictiva; y, c) Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, como lo son la oportuna detección del enervante oculto y la consiguiente detención del agente. En tales condiciones, para la configuración de la tentativa, no es indispensable que los actos de ejecución tengan que llegar al grado de que el sujeto activo se encuentre con el destinatario del estupefaciente y que en ese momento se inicie la entrega; pues, en todo caso, el

menor o mayor grado de aproximación al momento consumativo del delito, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal, **no tiene el carácter de elemento típico y, por lo tanto, es innecesario para la configuración de la tentativa**, ya que sólo se trata de una circunstancia que el juzgador debe ponderar a fin de individualizar la punibilidad correspondiente al delito cometido en grado de tentativa.

Contradicción de tesis 101/97. Entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito, Primer Tribunal Colegiado del Décimo Primer Circuito y Cuarto Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito. 5 de agosto de 1998. Cinco votos. Ponente: Juventino V. Castro y Castro. Secretario: Francisco Chávez Hochstrasser.

Tesis de jurisprudencia 46/98. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de diecinueve de agosto de mil novecientos noventa y ocho, por unanimidad de cuatro votos de los Ministros presidente Humberto Román Palacios, José de Jesús Gudiño Pelayo, Juan N. Silva Meza y Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Ausente: Juventino V. Castro y Castro.

En la transcripción de los siguientes criterios de tribunales federales se advierte la exigencia de esa etapa ejecutiva para afirmar la consecuente actualización de la figura de tentativa, es decir **la presencia de acto ejecutivos**, una vez que son superados los meros preparatorios.

Octava Época

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XIII-Junio

Página: 694

**VIOLACION EN GRADO DE TENTATIVA.  
SUPUESTOS EN QUE SE INTEGRA.**

Es incuestionable que para tener por comprobados los elementos que configura la tentativa del delito de violación es menester que se esté en presencia de hechos, que por la materialidad y tangibilidad que revistan, sean **significativos sin lugar a dudas que el inculcado tuvo el propósito firme de copular con la pasiva, sin conseguirlo por la interrupción de un agente o causa externa.** Verbigracia, el que previamente a desplegar la conducta hubiere anunciado expresamente que esa era su finalidad; el que durante la secuela en que verifique su conducta

se hubiera preparado para introducir su órgano viril por vías idóneas, o no idóneas, ya sea descubriéndosele y propiciarse las condiciones adecuadas e inmediatas para la cópula y obligando a la víctima a hacerlo; y en fin cualquier otra forma que de una apreciación lógica y atendiendo a las circunstancias que rodeen el caso, conduzcan necesaria e inequívocamente a probar los aludidos requisitos.

**PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.**

Amparo directo 35/94. Armando Molina González. 14 de abril de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Dueñas Sarabia. Secretario: César Flores Rodríguez.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 217-228 Segunda Parte

Página: 72

**TENTATIVA PUNIBLE. REQUIERE UN PRINCIPIO DE EJECUCION.** Aun cuando la conducta realizada por los acusados se hizo consistir en que, comisionados por una tercera persona, estuvieron "ofreciendo en venta" la marihuana relacionada con la causa, la cual era propiedad de este último, sujeto. Sin embargo, tal actividad del "ofrecimiento en venta de la droga" no puede por sí sola encuadrarse dentro de la figura típica de la tentativa por constituir tan sólo un acto preparatorio y no ya un principio de ejecución del delito. A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que "la tentativa punible, para surtirse, no requiere de meras actitudes que permitan suponer con más o menos fundamento que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución de ese delito, el cual no llega a su consumación por el concurso de una fuerza extraña al autor que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente; estos actos, que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, que individualizan la tentativa, ordinariamente se identifican como tales en cuanto constituyen medios idóneos o aptos para causar la lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa

adoptada por el autor, y por no llegar a la meta propuesta entraña un mero peligro a dicho bien" (V. Apéndice de Jurisprudencia de 1985, Pág. 578). Y aunque lo anterior se sostuvo con referencia a la modalidad de compra en grado de tentativa del delito contra la salud, lo mismo debe sostenerse respecto a la modalidad de venta, pues así como la sola promesa de compra no es, de acuerdo con el anterior criterio, "un acto ni directa ni inmediatamente dirigido a la consumación, sino mero acto previo o preparatorio", en igual sentido debe entenderse el acto por el cual únicamente se ofrece en venta la droga. No pasa desapercibido el hecho de que el anterior criterio se sostuvo sobre la base de los elementos propios de la tentativa, sustraídos de una definición que actualmente no rige, ya que el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial del catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, ya no define a la tentativa como "la ejecución 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", sino que ahora se habla de que "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Sin embargo, esta nueva redacción del precepto citado, no excluye ninguno de los elementos de la anterior definición, a saber: a) La intención de cometer un delito; b) La ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del mismo; y c) El resultado que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Sólo que ahora, la nueva redacción admite específicamente la hipótesis del delito intentado por omisión o inejecución y reafirma la necesaria idoneidad de los medios de cometerlo, al referirse a la ejecución de la conducta que debería producirlo o a la omisión de la que debería evitarlo.

Amparo directo 5065/86. José Flores Ambriz y otro. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara.

**SEGUNDA PARTE**

**LATENTATIVA**

## CAPITULO I

### Breve Panorama Histórico.

#### 1. HISTORIA DE LA TENTATIVA

##### 1.1. La Tentativa en el Mundo.

La verdad es que no se cuenta con mucho material de consulta para los efectos de poder precisar todos y cada uno de los orígenes de la tentativa, y quizá, la razón de esto, lo sea el hecho de que esta figura en la antigüedad no fue conocida, y como consecuencia no se encontraba sistematizada, pero debemos dar cuenta que en términos generales se sitúan sus orígenes en el **Libro del Exodo XXI, 12** al citar ***“el que hiere a un hombre queriendo matar muere por ello”***. Más allá, los autores son coincidentes en precisar que dicha figura jurídica **no se conoció como tal en el Derecho Romano**, así lo advertimos de la siguiente transcripción:

*“En el derecho romano no existía el concepto de tentativa ni, claro es, una palabra técnica con que designarlo; las acciones punibles por la ley, prohibidas por la ley, se castigaban siempre como tales cuando se habían consumado”.*<sup>221</sup>

La razón es obvia y la precisa el maestro **PAVÓN VASCONCELOS** al referir que no había delito que no fuera el que se manifestara en la realización de un daño, es decir que se mostrará en forma material.<sup>222</sup>

<sup>221</sup> Mommsen Teodoro, “Derecho Penal Romano”, Editorial Temis, Reimpresión, Bogotá, Colombia, 1999. p.66.

Sin embargo existieron excepciones, en efecto, en las épocas siguientes, ya con la influencia de la filosofía griega, la tentativa si se incluyó, pero, no se manejó de una forma genérica, era más bien adhesiva en forma especial a ciertos delitos, tal y como lo precisa el maestro **ROMÁN PALACIOS**<sup>223</sup> y de igual manera el juzgador en tales casos podía validamente hacer uso de su arbitrio y establecer una pena igual a la del delito consumado, algunos de esos casos de delitos en lo particular que se ocuparon de la sanción de actos que no llegan propiamente a la ejecución se encuentran en los siguientes dispositivos legales:

- En la **Lex Cornelia de Sicariis et veneficis**
- En la **Julia Majestatis**
- En la **Pomponia de Parricidius y de Calumniatis**

En el derecho penal italiano de la Edad Media, advierte **MEZGER** que el arranque de la tentativa ésta soportado en el siglo XIV, reconociendo tanto la influencia de la jurisprudencia de los tribunales civiles como de los eclesiásticos llegando a dar un concepto más preciso y de igual manera reglas para su manejo, hasta entender la necesidad de aplicar una menor sanción a ésta, así se advierte de la siguiente transcripción:

*“La tentativa se describe como un cogitare, agere, sed non perficere, y se castiga más levemente (extra ordinem)”*<sup>224</sup>

Debemos mencionar que se suele citar a la **Constitutio Criminalis Carolina** de **1532**,<sup>225</sup> como la primer regulación de la figura de la tentativa en una forma más avanzada, código éste, que fue dictado por Carlos V, (conocido también como “Código de la Carolina”)<sup>226</sup> que en su artículo 178 se enuncia que el hecho de emprender un acto malo que no se consuma contra su voluntad, esa voluntad

---

<sup>222</sup> Pavón Vasconcelos, Ob. Cit. p.21.

<sup>223</sup> Palacios Vargas Ramón, “La Tentativa”, Editorial Cardenas, Segunda Edición, México, D.F., 1979, p.15.

<sup>224</sup> Mezger, Ob. Cit. p. 276.

<sup>225</sup> En ese sentido se puede consultar en Malo Camacho Ob.Cit. p.40, y Pavón Vasconcelos Ob.Cit.p.23.

<sup>226</sup> Pavón Vasconcelos Ob.Cit. p. 23.

criminal debe ser criminalmente sancionada, se reconoce pues a este ordenamiento normativo como el que dio una definición de la tentativa aún cuando no dejamos de apuntar que la esencia de su sanción en dicho momento se apuntaba en clave objetiva. Este cuerpo normativo sirvió de inspiración a otros muchos códigos penales de Alemania. Dicha concepción objetiva cambia ya en el *derecho territorial prusiano en 1794, en el cual la base de la sanción se encuentra ya en la mala intención.*<sup>227</sup>

En otras latitudes pero también con innegable influencia, se cita al **Código Penal Josefino** de 1787, mismo que con una serie de derivaciones llega al **Código de Napoleón** de 1810 y de éste la influencia, pasó a España para la creación del Código de 1822 continuándose con dicha figura en los códigos siguientes y prácticamente en todas las legislaciones del siglo XIX, aunque **con diferencia de criterios** particulares respecto de sus respectivas problemáticas.

En España se contó con las **Siete Partidas**, obra compilada, en donde predomina el Derecho Romano y que tiene como precursor a Alfonso X, con una primera versión en 1256-1263 y una segunda en 1256, y que bajo el reinado del bisnieto de su precursor, alcanzó el carácter de derecho supletorio de conformidad con el Ordenamiento de Alcalá. En las Siete Partidas se prevé la sanción para el caso de delito tentado (Ley 2, Título XXI Partida Siete), el punto es que no se advierte una distinción en el ámbito de la consecuencia jurídica, advirtiéndose de igual forma una carencia de criterio diferenciador entre actos preparatorios y ejecutivos. También se da la presencia de la figura de la tentativa en cuanto a la Nueva Recopilación de 1567 y la Novísima Recopilación de 1805, en las cuales se habla de igual manera de la sanción a lo que en realidad se trata de **actos preparatorios.**<sup>228</sup>

---

<sup>227</sup> Vid, Mezger Ob. Cit. p.277.

<sup>228</sup> Vid. Para transcripciones y datos históricos, García García Rodolfo, "Tratado sobre la Tentativa, La Tentativa de Delito Imposible" Editorial Porrúa, México, D.F., 2001pp. 6-8

Siguiendo a **MEZGER** se puede decir que la tentativa tuvo una evolución práctica de mayor relevancia en los años que ocuparon el siglo XIX,<sup>229</sup> ocupándose de una serie de cuestiones y dando pie a una ardua discusión sobre el tema de la tentativa inidónea que tal y como hemos apuntado antes encuentra su pilar en la concepción del injusto.<sup>230</sup>

## 1.2. La Tentativa en la Legislación Mexicana.

Siguiendo la estructura que plantea la investigación del maestro **GUILLERMO FLORIS MARGADANT**, podemos decir que en el derecho precortesiano (Olmecas, Mayas, Chichimecas, Aztecas y otras culturas), no se advierte antecedente que permita afirmar que en esas épocas se hubiere tenido algún concepto o dispositivo legal que permitiera diferenciar la tentativa de la consumación, sino que por el contrario, pareciera ser que se trataba de derechos por demás severos en sus sanciones, pero que siempre se ocupaban de hechos que se presentaban en la forma consumada.<sup>231</sup>

Es entonces en el siglo XVI cuando se da en México la influencia de dos corrientes jurídicas, que se amalgaman, por un lado una civilización neolítica de influencia Azteca y por el otro la Hispánica con influencias de romanos, germánicos, y canónicos incluso con rasgos arábigos. La influencia hispánica nos viene por dependencia propia de la Corona de Castilla (el Virrey de la Nueva España era representante del Rey de Castilla, por lo que es el Derecho Castellano el que se manifiesta en nuestras tierras.<sup>232</sup>

---

<sup>229</sup> *Idem.*

<sup>230</sup> *Vid. Para transcripciones, García García Rodolfo, Ob Cit., pp. 1-6.*

<sup>231</sup> *Margadant Guillermo, "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Editorial Esfinge, Nacalpan, Estado de México, 1994. pp.13-36.*

<sup>232</sup> *Vid. Ibid. p.37.*

Es claro entonces, que si el derecho hispánico después de la conquista seguía siendo un cuerpo jurídico de aplicación supletoria del derecho indiano y que esta influencia cesó hasta el año de 1821,<sup>233</sup> pues de igual forma, la figura de la tentativa en nuestro país la podemos ubicar en sus inicios en las mismas **Siete Partidas, La Nueva Recopilación y la Novísima Recopilación**, por supuesto como ordenamientos reflejantes de una misma imagen que correspondía a la concepción de España. La separación real de los ordenamientos jurídicos hispánicos y los propios de nuestro país se ubica hasta el año de 1821 en que Iturbide proclamó la independencia del imperio mexicano, claro, sin dejar de reconocer intentos como los realizados por Morelos en 1813 con los Sentimientos de la Nación, o la Constitución de Apatzingán de 1814, y reconociendo que fue la Constitución de Cádiz realizada por las Cortes en España y promulgada en 1812 la primera que formalmente rigió a nuestro país. Es entonces hasta el año de 1822 que se tuvo un primer Congreso Constituyente, el cual fue interrumpido, y hasta el segundo Congreso, en 1823 fue cuando se logró la primera Constitución Federal mexicana promulgada en 1824; hasta llegar a la de 1917 que continúa rigiendo en nuestros días.

De lo que a continuación nos ocuparemos será de la evolución de los ordenamientos sustantivos que han regulado al figura del delito tentado.

### **1.2.1. El Código Penal del Estado de Veracruz de 1835**

Se trata del primer Código Penal del país, mismo que fue presentado ante la legislatura en 1832, y que entró en vigencia el 28 de abril de 1835, y así hasta que fue modificado en 1849 por decreto del Gobernador interino Miguel Palacio.<sup>234</sup>

---

<sup>233</sup> *Ibid*, p.45

<sup>234</sup> Más en relación con el código, en Plascencia Villanueva Raúl "Los Delitos Contra el Orden Económico", Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1995. pp.78-88.

En este ordenamiento se contempla la tentativa a partir del artículo 93 y hasta el 99, y se establece, aunque no con mucha precisión su concepto, pues si bien es cierto plantea la necesidad de que exista una manifestación exterior, después advierte que bien puede dar principio a la ejecución o bien prepararlo, lo cual crea sin duda una confusión entre lo que sí es tentativa y lo que en todo caso se trata de un acto preparatorio, veamos la redacción:

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

De igual forma llama la atención el término **designio**, pues pareciera que se trata de referir a una predeterminación delictiva siguiendo los planteamientos de la *terza scuola* italiana.

Este ordenamiento sancionó con igual pena la tentativa acabada que el delito consumado, siguiendo una tendencia subjetivista, así se observaba en la lectura de su artículo 94.

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

También hay que destacar que en todo momento habla de tentativa aún cuando se menciona la tentativa como un acto frustrado, no podemos decir que se hable de un delito frustrado, por lo que bien podríamos afirmar la existencia de una tentativa acabada o bien inacabada.

Este Código plantea ciertos supuestos de atenuación obligatoria, para el caso de que se presente la tentativa en su forma inacabada, pero también es cierto que fuera de ellos el juzgador actuara en forma discrecional, así se plantea en el artículo 95.

Desde nuestro punto de vista, este ordenamiento no establece con claridad una distinción terminológica entre arrepentimiento y desistimiento, sin embargo sí los distingue en cuanto a sus efectos, pues por una parte el artículo 96, plantea que *“cuando el conato de algún delito se frustrare por el arrepentimiento del reo, no se impondrá a éste pena alguna por razón del conato”*, es decir que en caso de que se actualice lo que conocemos como **desistimiento**, no habrá pena, por su parte el artículo 99 advierte que *“cuando después de haber llevado el reo la tentativa hasta el último acto, impidiere con efecto el mismo que la tentativa produzca sus efectos, procediendo así de su libre y espontánea voluntad, la pena será al prudente albedrío del juez, con tal que nunca llegue al máximo que la ley señala al delito consumado*, es decir que para el caso del **arrepentimiento**, que debe ser eficaz pues se requiere el impedir los efectos de la tentativa, el legislador planteó la aplicación de pena, con reducción obligatoria, lo que entiende *erróneo* **GARCIA GARCIA**,<sup>235</sup> sin embargo, consideramos que no se trata de un error sino de una unidad de congruencia lógica en la línea de pensamiento, pues si se trata de un ordenamiento que equipara en la pena al delito consumado y a la tentativa acabada, sin duda es porque considera una igualdad en el baremo del injusto, y si esto es así pues cuando se toca el tema del arrepentimiento sucede lo mismo, por lo que **no sería lógico entonces que lo dejara sin pena**, debido a que la reducción de pena sólo la plasma por una mera cuestión de **política criminal**, sin perder su idea de constitución de injusto en una igualdad con el delito consumado.

Finalmente hay que comentar que este código deja planteadas algunas reglas específicas para el caso de concurso aparente de normas, lo que resuelve con la regla que ha llegado hasta nuestros días de considerar a la tentativa cualificada, que se presenta en el caso de desistimiento o arrepentimiento en delitos progresivos, subsistiendo la pena de la norma que permanece como subsidiaria, como sería una tentativa de fraude que en principio hubiere absorbido la

---

<sup>235</sup> García García, Ob. Cit. p.10.

falsificación que ante el desistimiento deja viva la aplicación de la norma subsidiaria, esto no es extraño, ni tampoco ajeno aún a la concepción moderna, pero lo que si es distinto es su planteamiento de ruptura de absorción por disposición expresa, es decir que en el mismo ejemplo, en caso de seguir con la ejecución de la tentativa, el activo respondería tanto de la falsificación como delito consumado como del fraude, con un marco punitivo de asperación tal y como se observa al establecer la obligación de que se aplique la pena del ilícito mayor, ya fuere el de la tentativa o bien el de la consumación, así se plasma en los artículos 97 y 98.

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

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

### **1.2.2. El Código Martínez de Castro de 1871.**

En este ordenamiento se presentan una serie de influencias italianas en la figura de la tentativa, las que se advierten, entre otras, en la misma distinción entre delito tentado y delito frustrado, llegando más allá al diferenciar entre el delito intentado y el conato.

Así, este ordenamiento señalaba en el artículo 18 fracción I al **conato**, en la fracción II al delito **intentado**, en la fracción III al delito **frustrado**, y en la fracción IV al delito **consumado**. En el artículo 19 estableció: *que 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*. En

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

posterior artículo exigió que los actos ejecutados debían de ser de tal naturaleza que por si solos o acompañados de indicios *dieran a conocer la voluntad del agente*, es decir que siguió el criterio de **la univocidad**.

Este código **denominó delito intentado al delito imposible** (tentativa inidónea) la cual se sancionaba por disposición expresa; consideró como **impunes los actos preparatorios**, a menos que se constituyeran en delitos por sí mismos; en cuanto a las penas estimó prudente para el caso de conato un quinto de la pena para el delito consumado, para el intentado (imposible) cuando fuera contra persona y bienes determinados y se cometiera contra otros bienes o personas distintas, la pena del consumado, cuando fuera imposible de momento, pero no en circunstancias o medios diversos, de un tercio a dos quintos de la pena del consumado, y ante la imposibilidad absoluta pena de 10 a 1000 pesos, y para el caso del delito frustrado, también maneja más de una hipótesis, pues para el caso de delito frustrado en los bienes o la persona a la que va dirigido, pero se consume en otros bienes o personas, la pena será la del consumado, y en cambio, ante la frustración lisa y llana la pena sería de dos quintos a dos tercios.

Planteó la presunción *iuris tantum* de que en todo conato, el activo había suspendido la ejecución espontáneamente, es decir, que el análisis del desistimiento no era en si riguroso. Para que fuera punible el conato se requería que el hecho de no llegar a la consumación fuere por causas ajenas a la voluntad del agente, distinguiendo del delito frustrado (artículo 26). El artículo 24, hizo una especial mención para **los actos preparatorios señalando que estos sólo serían punibles cuando por si mismos constituyeran un delito determinado por la ley**. Se advierte por el maestro **PAVÓN VASCONCELOS** que la razón para que este cuerpo legislativo sancionara al delito imposible se hizo descansar en la perversidad y por la alarma social producida,<sup>236</sup> es claro que se siguen las ideas de influencia subjetivista del injusto. Se incluyeron los supuestos de tentativa inidónea por el objeto y por los medios, es decir sin que

---

<sup>236</sup> Ob. Cit. Pavón Vasconcelos.p.176

hubiera desvalor de resultado, aún cuando bien podría hablarse de peligrosidad tal y como lo hemos visto previamente.

### **1.2.3. El Código Almaraz de 1929.**

Se ocupó únicamente del delito consumado y la tentativa, equiparando a ésta con el conato, es decir se dejó la concepción itálica consistente en distinguir tentativa, delito frustrado y consumación, dirigiéndose a la germana de dos elementos, tentativa y consumación. En su artículo 21 señalaba: *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 o espontáneo desistimiento.* En una serie de artículos, que incluyendo al anterior van del 20 al 27 se pueden observar sus características, entre las que se advierten la sanción expresa de todos los actos preparatorios, cuando manifiesten de manera unívoca el dolo del agente, exigencia que por si misma cae en lo imposible, pues si como hemos precisado en el capítulo correspondiente, los actos preparatorios son por su naturaleza multívocos, y cuando se aprecia la univocidad es precisamente porque se está en un principio de ejecución, entonces podemos decir que los actos preparatorios eran impunes en sí.<sup>237</sup> Es destacable el hecho de reconocer impunidad para el caso de arrepentimiento, al igual que para el desistimiento, dejando subsistente la sanción para el caso de tentativa cualificada.

Consideramos que el ordenamiento en cita deja sentada la existencia de idoneidad y en forma expresa señala los supuestos que generan tal situación a la que no refiere como tentativa inidónea sino como delito imposible, razón por la cual consideramos que su postura atiendo a una tendencia del positivismo e

---

<sup>237</sup> En el mismo sentido García García, Ob. Cit. p.13

incluso del neokantismo (causalismo en sus dos vertientes, natural y valorativo), es decir que se vuelve a una tendencia resultativista.

En la misma línea exigía la postura de que los actos para considerarse ejecutivos fueran de tal naturaleza que se dieran a conocer por si mismos, o bien acompañados por algún indicio igual que el anterior, (univocidad) y que la sanción que en su caso le hubiera correspondido por el delito tentado, hubiere sido cuando menos de quince días de arresto o multa de cinco días de utilidad (artículo 23).

Se previó el desistimiento, si nacía de un arrepentimiento en el sujeto, lo cual se advierte de la redacción del caso de tentativa punible. Nótese como maneja al desistimiento como algo posterior al arrepentimiento, pues para que haya desistimiento tiene que existir un arrepentimiento previo, inclusive da reglas para probar el arrepentimiento, las cuales son: por autodelación del agente antes del descubrimiento de la tentativa; por destruir el mismo los instrumentos del delito; y por prevenir, en los casos de complicidad, a la víctima y a la autoridad.

Finalmente presentó un artículo que debe ser apuntado por todas las figuras a las que alude, el artículo 27, mencionaba: Si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento incurriere posteriormente en un plazo de cinco años en nueva tentativa de igual delito o de otro, o sea desistida, fallida o consumada, se aplicarán las sanciones de ésta y la que hubieren correspondido a la primera.

#### **1.2.4. El Código Penal de 1931.**

El código penal que ahora nos ocupa fue publicado en la sección tercera del Diario Oficial de la Federación, el viernes 14 de agosto de 1931 cuando era Presidente Constitucional de los Estados Unidos Mexicanos **PASCUAL ORTIZ RUBIO**, y su aplicación correspondía tanto al ámbito local como al federal, con un inicio de vigencia a partir del 17 de septiembre del mismo año, el texto de dicho ordenamiento, en el artículo que nos ocupa era el siguiente:

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

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

Destacado por muchos estudiosos de la materia se advierte que este código tuvo un retroceso en cuanto a sus antecesores, y este retroceso, se plasmó precisamente en el concepto de tentativa, pues se refirió a ésta como **la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito**, si éste no se realiza por causa ajenas a la voluntad del agente, el punto crítico es que **no se refiere al comienzo de la ejecución**, es decir, se ocupa prácticamente, de la fase de iniciación externa del *iter criminis*, esto es de los actos preparatorios, se prescinde tal y como lo apunta el maestro **VASCONCELOS** de la acción principal, es decir de la referencia típica indispensable su razonamiento es en el siguiente sentido:

*“...los hechos encaminados a la realización de un delito son los que pueden facilitar su ejecución, es claro se trata de hechos preparatorios, pues sólo a través de los mismos es posible llegar a los ejecutivos integrantes de una tentativa punible”<sup>238</sup>*

En esta legislación se toma el parámetro cronológico, en cuanto a la **inmediatez** y los complementa con la **univocidad**.

En cuanto a la pena se observa que es tomada en cuenta la **temibilidad del sujeto**, y también el grado de ejecución, con lo que por lo que se refiere al primer elemento se nota su tendencia apuntada hacia un Derecho penal de autor, en el que se le castiga por lo que es y no por lo que hace.

---

<sup>238</sup> Pavón Vascanceles Ob. Cit.p. 181.

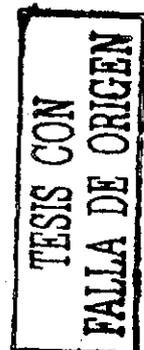
Pero regresemos por un momento a la problemática de **no establecer con claridad el principio de ejecución como fundamento de la tentativa**, lo que genera sin duda una ampliación no deseada del injusto hasta alcanzar a la preparación de la conducta disvaliosa, por ello, se hizo necesario el que se dieran una prolija serie de **interpretaciones judiciales**, las que establecieron que la tentativa debía de ser entendida como un principio de ejecución como se puede observar en las siguientes, las que transcribimos a manera de ejemplo:

Quinta Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: XXXV  
Página: 2349

**TENTATIVA PUNIBLE.** Hay tentativa punible, cuando el agente inicie exteriormente, la ejecución del hecho delictuoso, directamente, por actos idóneos, y no practique todos los esenciales de ejecución que debiera producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento; pero no debe perderse de vista que en una tentativa, domina casi por completo el elemento subjetivo del delincuente.  
TOMO XXXV, Pág. 2349.- Amparo en Revisión 1348/31, Sec. 1a.- González Velázquez Gregorio.- 26 de Agosto de 1932.- Unanimidad de 4 votos.

Quinta Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: L  
Página: 566

**DELITO EN GRADO DE TENTATIVA.** El Código Penal vigente en el Distrito Federal, difiere notablemente de los de 1871 y 1929, en materia de tentativa, dejándole al juez facultad para graduar, en cada caso, las diversas fases del delito, con la tendencia general a disminuir el casuismo, según expresan los mismo autores del Código, y asimismo **declara impune la fase interna de la infracción y los hechos preparatorios, pues estos, lo mismo pueden revelar la voluntad de cometer un delito, que la de ejecutar un hecho inocente.** Más a pesar de esa divergencia de criterio, la punibilidad de la tentativa quedó fijada en los hechos que se encaminan directa e inmediatamente a la realización de un delito, siguiendo, en este punto, la doctrina que resume Cuello Calón, en su obra "Derecho Penal", en la forma siguiente: "En la vida del delito hay que distinguir



momentos de diversa índole, internos como la deliberación, la resolución de cometer el delito; otros, de índole externa. Aquéllos están fuera de campo del Derecho Penal; éstos, por el contrario, están dentro. Los momentos externos son: 1o.- La preparación; 2o.- La tentativa; 3o.- La consumación del delito...". Dice igualmente dicho autor: que para la existencia de la tentativa, deben concurrir tres elementos: 1o., intención de cometer el delito determinado; segundo, que haya principio de ejecución del delito, es decir, que hayan comenzado a ejecutarse los actos propios y característicos del delito; y tercero que la ejecución se interrumpa por actos independientes de la voluntad del agente..." En cuanto a los actos de ejecución, el propio autor dice: "el principio de ejecución de los actos característicos del delito, es elemento típico de la tentativa. Si se han ejecutado actos que tienden a la realización del hecho criminoso, pero no constituyen las características propias del delito, nos encontramos con actos meramente preparatorios; pero no con un verdadero principio de ejecución..." Ahora bien, si se imputa al acusado el delito de tentativa de homicidio, los actos meramente preparatorios serían, por ejemplo, los viajes que el acusado hacía a determinado lugar, para buscar la oportunidad de dar muerte a su víctima; lugar en el cual se suponía podía encontrar a aquella; hechos que no pueden entrañar un principio de ejecución; y aun dando por comprobados aquellos hechos, no pueden servir aislados, para fundar un auto de formal prisión, por el mencionado delito. TOMO L, Pág. 566. Larraga Manuel C.- 23 de octubre de 1936.

Quinta Epoca  
Instancia: Primera Sala  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: LVIII  
Página: 1235

**TENTATIVA, DELITO EN GRADO DE.** El Código Penal vigente en el Distrito Federal, no define la tentativa, sino que señala, en su artículo 12, cuándo es punible, lo cual quiere decir que haya casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa 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". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente; cuando éste desiste espontáneamente de su propósito, se está en presencia de la tentativa no punible, impunidad que se funda en razones de política criminal, en cuanto conviene a los fines de ésta, estimular los desistimientos. El Código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución, elemento típico de la tentativa, a dos circunstancias una, de causalidad, otra, en razón de tiempo: por la primera se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la

realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vinculen íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquellos que por su ambigüedad no se pueden determinar en relación precisa con el delito que se va a cometer, o que por su naturaleza constituyen actos preparatorios. La segunda circunstancia demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y hechos mismo, en tal forma, que aquéllos sean precisamente inmediatos a éste; **requisito que descarta, notoriamente, una posible confusión entre actos preparatorios y actos ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requieren.** La instigación al delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto que no se traduzca en la ejecución material del delito, en cualquiera de sus grados. En este último caso, puede surgir la incriminación correspondiente, conforme a las prevenciones del artículo 13 del Código Penal; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno, la instigación, estéril en sus resultados, no es sancionable, y por esta consideración es imposible hablar de autoría intelectual en un delito que no se exterioriza materialmente. Ahora bien, si existen indicios suficientes que permiten suponer que el acusado fungió de intermediario entre una persona y las comisionadas para ejecutar materialmente un homicidio, estos actos de mediación e inducción al delito, no son jurídicamente hablando, los que, por su índole personal, no pueden delegarse en tercero; cuando, esto ocurre, el autor intelectual no ejecuta hechos materiales, induce a otros a cometerlos, asumiendo la responsabilidad inherente a los hechos resultantes de su instigación al delito.- TOMO LVIII, Pág. 1235.- Amparo en Revisión 915/38, Sec. 1a.- Rodríguez Azamar Manuel.- 27 de Octubre de 1938.- Mayoría de 3 votos.

Por otro lado, algunos autores advierten que el Código Penal que nos ocupa, descarta la posibilidad de la tentativa inidónea, atendiendo a la argumentación de que no puede suponerse que sea **preparable lo impreparable**.<sup>239</sup> A esta forma inidónea de la tentativa, se le denominó por algunos autores como **PAVÓN VASCONCELOS** como la tentativa al revés es decir la manejan como la negación de la preparación, de la ejecución y de la frustración.<sup>240</sup> Por nuestra parte no estamos tan seguros y mucho menos convencidos de que al hablar de ejecución necesariamente se tenga que entender la existencia de una idoneidad, puesto que en si como lo hemos ya dicho los criterios para advertir la ejecución

<sup>239</sup> En ese sentido Ramón Palacios Ob. Cit. y Pavón Vasconcelos Ob. Cit.

<sup>240</sup> Ob. Cit. p.183

pertenece al mayor o menor grado de la cercanía de la consumación y por eso se busca atender tanto al plan de autor como a los elementos objetivos de inmediatez y de univocidad, en cambio, la idoneidad tiene que ver ya con el tipo, y sus elementos, o bien con el juicio de peligro que en torno a el acto sea realizado. Por lo que contraria a la afirmación de los maestros **PAVON y PALACIOS**, pensamos que la exigencia de idoneidad pudiera estar en la labor interpretativa y dogmática de los tribunales pero no tanto en la descripción del legislador. Así lo comprobamos con el siguiente criterio de los tribunales federales de la sexta época:

**TENTATIVA (LEGISLACION DEL DISTRITO FEDERAL Y VERACRUZ).**

Toca a los Jueces y tribunales determinar con sentido justiciero, atendiendo a la peligrosidad revelada por el agente, cuando se está o no en presencia de un acto ejecutivo integrante de tentativa. Habrá tentativa punible entonces, cuando los actos reclamados están dirigidos en forma idónea y unívoca a la consumación del evento. Cuando se habla de ejecutar actos o hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, fórmula consagrada en el artículo 12 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, y en lo particular, en el artículo 10 del Código Penal del Estado de Veracruz, se están comprendiendo precisamente a los actos idóneos, pues la redacción usada parece referirse no sólo a la dirección de los hechos sino a su eficacia causal por cuanto al resultado perseguido; la palabra directa alude, evidentemente, a la univocidad de los actos realizados que, además deben entenderse en cercanía inmediata a la consumación.

Amparo directo 1094/57. Ramón Núñez de Luna. 27 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Sexta Época. Volumen XIX, Segunda Parte. Tesis: Página: 222. Tesis Aislada.

## **1.2.4.1. Las Reformas al Código Penal de 1931.**

### **1.2.4.1.1. La Reforma de 1984.**

Esta reforma fue llevada a cabo el de 29 de diciembre de 1984, publicada el 14 de enero de **1985**, el texto reforma decía lo siguiente:

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

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

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

Pero, dejemos que sean los propios artífices de la reforma los que expongan sus razones para establecer la reforma del artículo 12. El proceso legislativo es más o menos el siguiente:

#### **CAMARA DE ORIGEN: SENADORES EXPOSICION DE MOTIVOS**

México, D.F., a 23 de octubre de 1984

#### **INICIATIVA DEL EJECUTIVO**

##### **Tentativa**

Esta Iniciativa plantea importantes cambios en el artículo 12, para mejorar el concepto técnico de la tentativa punible, por una parte, y proteger a las potenciales víctimas de los delitos, por la otra.

En el primer párrafo propuesto para el artículo 12, se habla, como suele hacerlo la teoría penal, de la exteriorización de la resolución de cometer el delito ejecutando la conducta que debe producirlo u omitiendo

la que debe evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como se ve, la fórmula abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada y, además, comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

Por otra parte, se regula el desistimiento espontáneo. Esto se apoya principalmente en la necesidad de evitar la consumación de delitos y proteger, así, a las potenciales víctimas del ilícito. Las reglas propuestas acerca del desistimiento no implican, en su caso, la impunidad de actos ya realizados por el sujeto, cuando éstos constituyan delitos por sí mismos y sea posible, por ende, independizarlos del delito al que se contrae el desistimiento.

#### **CAMARA REVISORA: DIPUTADOS DICTAMEN**

México, D.F., a 27 de diciembre de 1984

c) Se mejora el concepto técnico de la tentativa punible, mediante importantes cambios introducidos al artículo 12. La fórmula propuesta en la iniciativa sobre esta cuestión abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada; del mismo modo comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, regulándose el desistimiento espontáneo del sujeto, con base en la necesidad de evitar la consumación de los delitos y de proteger a las potenciales víctimas.

La lectura de estas exposiciones de motivos si fueran a dejar sustancia tendrían que decir que lo único que en realidad se hizo fue incluir el supuesto de tentativa en los casos de omisión, lo que en su momento analizaremos, y esta precisión es sólo con el fin de matizar lo aseverado por los legisladores en el sentido de que se trata de un importante y técnico avance en el concepto de tentativa, y, por lo que corresponde a la Cámara revisora, solo podemos decir que se trata de una mera repetición de lo expuesto por la de origen, por lo que no exige comentario adicional.

### **1.2.4.1.2. La Reforma de 1993.**

Esta se llevó a cabo el 23 de diciembre de 1993 y fue publicada el 10 de enero de 1994 en este caso el texto del artículo 12 quedó de la siguiente manera:

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

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

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

Del mismo modo que en el caso anterior dejemos que sean los propios responsables de la reforma los que por medio de la exposición de motivos den cuenta de las razones y motivos que tuvieron para llevara a cabo esta reforma en la formula de la tentativa:

**CAMARA DE ORIGEN: DIPUTADOS  
EXPOSICION DE MOTIVOS  
México, D.F., a 23 de noviembre de 1993  
INICIATIVA DEL EJECUTIVO**

II.6.5. Atendiendo al criterio adoptado en el artículo 52 del Código Penal, en el sentido de que el juzgador tomará en cuenta, entre otros datos, el grado de culpabilidad del agente para la individualización de la pena, resulta igualmente necesario modificar el artículo 12 del mismo código, con el objeto de que haya congruencia en cuanto a los principios que deben regir al juzgador a la hora de cumplir su función de determinar el quantum de la pena aplicable. En efecto, el párrafo segundo del actual artículo 12 también mantiene la idea de la temibilidad o peligrosidad como criterio

para la individualización de la pena aplicable al caso concreto, lo que definitivamente vulnera el principio de culpabilidad y obliga a castigar al delincuente no tanto por lo que ha hecho y por su grado de culpabilidad en la comisión del mismo, sino más bien por lo que él es o por la forma de conducir su vida. Además de reorientar el criterio a seguir, se propone una mejor fórmula de la tentativa punible prevista en el párrafo primero del mencionado artículo 12, en que se precisan sus requisitos y se clarifica la distinción entre tentativa acabada e inacabada.

#### **CAMARA REVISORA: SENADORES**

##### **DICTAMEN**

México, D.F., a 21 de diciembre de 1993

Con base en las reformas propuestas, la iniciativa advierte la necesidad de modificar también el Artículo 12 del código Penal, a fin de eliminar la idea de temibilidad y peligrosidad como criterio aplicable para la individualización de la pena, tomándose en su lugar la modificación del principio de culpabilidad. Es así como la iniciativa entiende, -y los miembros de las Comisiones Unidas que dictaminan coincidimos en ellos- que la reforma propuesta implica cambiar la sanción de peligrosidad a una sanción de culpabilidad. De ahí, también, el nuevo tratamiento que se da a la reincidencia como un criterio más para la individualización de la pena. La aplicación del principio de culpabilidad, coincidimos, permite garantizar mejor los derechos del hombre en el caso de su sujeción a un proceso penal.

Es sin duda trascendente la reforma en cuanto a la búsqueda de dar cumplimiento al principio de culpabilidad, esto es, atender en lo que importa a un **Derecho penal de hecho**, en el que se sancione al sujeto por lo realizado, y permita entonces graduar, pero no su peligrosidad, sino en todo caso su culpabilidad, para ello se ordena al Juez tomar en cuenta lo dispuesto por el artículo 52, reiterando la exigencia de observar el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo, la redacción planteada tal y como lo establece al exposición de motivos da una mejor comprensión a la tentativa acabada así como a la inacabada. Respecto de lo que se plantea por la Cámara revisora, se observa que no captó la totalidad de la propuesta, y sólo se ocupó del punto de los parámetros para la individualización de la pena.

Esta es la normatividad que se ocupa de la tentativa vigente hasta nuestros días y sin duda nos parece la más adecuada a las posiciones modernas.

No obstante que nos hemos enfocado al estudio del Código Penal Federal, no podemos dejar de anotar que la actual propuesta de reforma que en el Distrito Federal se plantea una importante adición que deja al descubierto la tendencia de concepción del injusto apegada al dualismo en la que se exige expresamente el desvalor de resultado.

#### **1.2.4.1.3. Los Proyectos de Código Penal.**

A partir de este cuerpo legislativo (todavía vigente), se hicieron una serie de **anteproyectos** de Código Penal, como los siguientes: **Anteproyecto de 1949, (LUIS GARRIDO, CELESTINO PORTE PETIT Y RAÚL CARRANCA Y TRUJILLO)** estableció la siguiente definición en su artículo 12: *la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causa ajenas a la voluntad del agente*, como puede observarse, esta definición destaca la característica de eliminación de los factores de inmediatez y dirección, sólo para dejar como parámetro el comienzo de la ejecución manejado por la jurisprudencia; En esta definición se aprecia contenida tanto la tentativa o conato, así como la frustración, es decir la tentativa en su forma acabada, sin que se haga la distinción expresa, por lo que se toma como una sola figura de tentativa con dos diferentes características. De igual forma se desprende el hecho de impunidad para el desistimiento y arrepentimiento eficaz.

**Anteproyecto de 1958, (CELESTINO PORTE PETIT, PAVÓN VASCONCELOS RICARDO FRANCO GUZMÁN)** en el se ubicaba a la tentativa en el artículo 13, en su definición manejó lo siguiente: *la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o*

*por todos los actos que deberían producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente*, el anteproyecto propuesto sigue con la misma línea que el anterior, pero agrega también la posibilidad de la univocidad, incluyendo la posibilidad de punir los actos preparatorios, cuando en ellos se manifieste de forma unívoca el dolo del agente, en torno a esta propuesta que se retomó de lo establecido en el Código Almaraz, cabe destacar las mismas críticas por lo que a ellas nos remitimos. Se planteó la pena al delito imposible (tentativa inidónea), atendiendo a la peligrosidad manifestada por el agente, es decir se continúa con el derecho penal de autor, en una clara influencia positivista, ahora bien, aún cuando no hay manifestación especial en torno al desistimiento y el arrepentimiento, se desprende la aplicación del mismo de la propia redacción del acto o actos punibles, pues atiende al hecho de que el resultado no se da por causas ajenas a la voluntad del agente.

**Anteproyecto de 1963**, en su artículo 15 señaló que la tentativa punible se daba: *cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causa ajenas a la voluntad del agente*, como se puede advertir sigue la definición del **Código de Almaraz**, es decir no presenta mayor cambio respecto de los anteriores proyectos, pero a diferencia de aquellos preveía expresamente, **el desistimiento y el arrepentimiento**. En una línea subjetivista se planteo igual sanción a la tentativa idónea que a la inidónea, es decir que se atiende al **desvalor de acción**.

**Anteproyecto de Código Penal tipo para latinoamerica** elaborado en 1965, en el sólo se deja como principio rector el inicio de la ejecución y se establece como impune a la tentativa inidónea, es decir que exige idoneidad en los actos ejecutivos, se continúa con la orientación de política criminal de establecer la impunidad del desistimiento y el arrepentimiento.

## CAPITULO II

### Su Concepción y Problemática.

#### 1. LA FIGURA DE TENTATIVA.

##### 1.1. Naturaleza Jurídica y Concepto de la Tentativa.

###### 1.1.1. Naturaleza Jurídica.

En cuanto a la naturaleza jurídica de la tentativa encontramos dos posiciones fundamentales, una en la que **la consideran como un grado del delito** y por tanto, niegan que pueda ser considerada como un "*delito perfecto*" en razón de que su existencia depende del tipo respecto del cual no se llegó a la consumación; la otra postura en contraposición, **le da independencia** afirmándose como defensores de la tentativa como "*delito perfecto*".

###### 1.1.1.1. La Tentativa no es un Delito Perfecto.

En la primer posición, es decir, la que defienden los que afirman que la naturaleza jurídica de la tentativa no le da autonomía, podemos mencionar entre otros a los siguientes:

**LUIS JIMÉNEZ DE ASÚA**, para quien la tentativa es sólo un grado en la vida del delito, y por tanto es un **delito imperfecto** en atención a que le falta el daño inmediato o físico, y así alude al término de delito imperfecto, no obstante desde entonces reconoce que existen puntos en contra como lo son los sostenidos por **BUCELLATI, CIVOLI y MASSARI**.<sup>241</sup>

**MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, señaló que la tentativa es un **dispositivo amplificador del tipo** y afirma en la misma línea de pensamiento que **JIMÉNEZ DE ASUA** que es un **delito imperfecto**, por lo que no puede ser considerado como autónomo, pues, utiliza el criterio de que siempre, para tener validez tanto ontológica como jurídica la tentativa dependerá de la existencia de un tipo específico.<sup>242</sup> De la misma idea se han escuchado otras voces como bien lo apunta **FARRE TREPAT**, quien refiere en esta línea de consideración de la tentativa como extensión de tipicidad, a **H. MAYER, MAURACH, QUINTANO y RODRÍGUEZ MORULLO**.<sup>243</sup> Aunque también podemos agregar en la misma tendencia a **ANTÓN ONECA, QUINTANO RIPOLLES, MANZANARES SAMANIEGO, y FARRE TREPAT**.

**JESCHECK** por su parte, la refiere como una figura dependiente, afirmando que no hay tentativa en si, sino tentativa de algún delito específico, pero no resuelve el punto de si es delito perfecto o imperfecto,<sup>244</sup> aún cuando lo han llegado a agrupar como un autor que precisamente el hablar de la tentativa de un delito específico lo ubica en la misma línea de pensamiento de **CEREZO MIR**.<sup>245</sup>

---

<sup>241</sup> Jiménez de Asúa Luis, "Lecciones de Derecho Penal, Obra Compilada, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Compilador Enrique Figueroa Alfonso, México 1995. p. 319.

<sup>242</sup> Vid. Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Tomo I, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México 2000. pp. 344-345.

<sup>243</sup> Farré Trepát Elena, "La Tentativa de Delito Doctrina y Jurisprudencia". Editorial Bosch, Barcelona 1986.

p.48

<sup>244</sup> Jescheck, Ob. Cit. p.466.

<sup>245</sup> Vid. Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. p. 199.

**RODOLFO GARCIA GARCIA**, sostiene que la tentativa no es un delito autónomo, y para ello argumenta que debe estar siempre unida *al delito tipo (sic)* que se trató de realizar y que no se llegó a consumarse.<sup>246</sup>

### **1.1.1.2. La Tentativa es un Delito Perfecto.**

En el orden opuesto, es decir quienes advierten que la tentativa es una figura jurídica autónoma encontramos a los siguientes autores:

**BETTIOL** y **VANINI** sostienen que se trata de una **norma secundaria** que extiende la norma de incriminación a hechos que quedarían impunes por atípicos y que sin embargo presenta las características de tener **su propia objetividad**, en cuanto a la peligrosidad para el bien jurídico, **su propia estructura** en cuanto a la ejecución de actos idóneos, y **su propia sanción**.

**ANTOLISEI** y **RAMÓN PALACIOS**, con el mismo razonamiento que **BETTIOL**, acuden a la afirmación de que existen dos normas, una principal y otra accesoria, pero que en todo caso **da como resultado un delito autónomo, o perfecto**. Añadiendo el primero la característica para la tentativa de tener su propio elemento subjetivo planteado en la intención de cometer el delito, por tanto la consideración de que se trata de un delito imperfecto sólo puede ser afirmada si se compara con el tipo consumado, pero si se considera y analiza a la figura *per se*, entonces se encuentra que la tentativa es perfecta.

**PAVÓN VASCONCELOS**, en la misma línea, afirma que la tentativa es un delito autónomo por sí, por su propia estructura, objetividad propia, actividad típica, y *sanción específica*.

---

<sup>246</sup> Ob. Cit. p.51.

**REYES ECHANDÍA**, también es partidario de entender a la tentativa como un ente jurídico perfecto, partiendo de la base de que se trata de un supuesto de hecho, con una consecuencia jurídica, que en el caso concreto es la sanción penal, por lo que advierte que su imperfección solo surge cuando se compara en relación con un delito consumado, pues la conducta no ha alcanzado la finalidad buscada.

**MALO CAMACHO** opinó que la tentativa es un delito perfecto en atención a que cuenta con precepto y sanción, contiene un fin propio aun cuando el bien jurídico es el mismo que en delito perfecto.

### **1.1.1.3. Nuestra Opinión.**

En cuanto a estas posiciones que se centran en analizar a la tentativa ya como delito perfecto o imperfecto, es decir, tomando como punto de diferenciación sólo el advertir en el perfecto la efectiva lesión al bien jurídico al llegar a la consumación, y en el imperfecto sólo la puesta en peligro, quizá valdría la pena reflexionar de acuerdo con las posiciones analizadas de la integración del injusto, en que momento el mismo es perfecto, así, la conclusión será distinta si se atiende a una posición monista-objetiva, dualista, monista-subjetiva o bien dualista moderada, además en todo caso es cierto que también la tentativa presenta su propio injusto, su propios elementos subjetivos aún cuando se trate del mismo dolo y objetivos, dando lugar al tipo de tentativa, lo que no necesariamente implica que deje de requerirse su vinculación con un tipo de la parte especial para alcanzar su relevancia, pero en sí, en él encontramos ya el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica, advirtiéndose además que ese supuesto de hecho es distinto del que corresponde a la consumación. Debemos entender que desde siempre se ha hecho el razonamiento que bien advierte **MORENO-TORRES HERRERA**, en el sentido de concebir a la tentativa como un

delito imperfecto, es decir, como un estadio previo, esto debido a que se conceptualiza que lo que el legislador busca sancionar principalmente son delitos consumados, pero esto es, porque no entendemos que la figura típica previa es la mera tentativa, pues hay que recordar que ella sostiene la perfección del injusto ya con el desvalor de acción, por lo que la consumación nada agregaría a este,<sup>247</sup> sin dejar de apuntar que en nuestra concepción el estado de la consumación, agrega necesariamente una mayor intensidad al injusto ya constituido.

En efecto, en su momento no hemos decantado ya por entender que el injusto se constituye por el desvalor de acción entendido como una acción cargada de peligrosidad y que corresponde al desvalor de resultado **el agregar un plus al injusto ya integrado**, entonces podemos decir que en el caso de la tentativa el injusto está constituido y en tal caso **se trata de un delito en sí mismo** que no requiere para nada el tipo de consumación, sino es para entender cual es en todo caso la dirección de voluntad del sujeto y para utilizar su parámetro de pena en abstracto y posteriormente realizar la individualización, pues tal y como advierte el maestro **MIR PUIG**:

*"...el tipo de tentativa de asesinato no consiste tampoco en matar, sino en limitarse a iniciar actos dirigidos a conseguirlo."<sup>248</sup>*

Es entonces indiscutible que la tentativa requiere en todo momento de la integración del supuesto de hecho contenido en el artículo 12 del C.P.F. con un tipo de la parte especial, pero el resultado no es una extensión del tipo de la parte especial, **sino de un tipo complejo**, tal y como lo conciben **CEREZO MIR**, **MIR PUIG** y el mismo **ANTOLISEI** en Italia, por lo que no es que se encuentre en una relación de dependencia, sino en una relación de **integración**. Entendamos pues que el hecho de que una disposición se encuentre inmersa en la parte general no es para nada una condicionante para determinar su

---

<sup>247</sup> Moreno-Torres Herrera, Ob. Cit. p. 199.

<sup>248</sup> Mir Puig, Ob. Cit. P.330



naturaleza jurídica, pues la ubicación en la mayoría de los casos únicamente obedece a razones de política criminal.

Es pertinente reconocer la influencia de los autores de la época del neokantismo, la cual traspasó las fronteras, y por ello la encontramos presente en nuestro país, aún en años en los que las concepciones en aquellos países habían ya cambiado, así se plasma en el siguiente criterio de Tribunales Colegiados, en el que se advierte la tendencia de negar autonomía al delito tentado:

**Octava Epoca**

**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito**

**Fuente: Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: IX-Marzo**

**Página: 315**

**TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO. DIFERENCIAS.** Resulta incorrecto afirmar que se reclasificó el delito de violación equiparada, al haber considerado la Sala señalada como autoridad responsable que dicho ilícito se cometió en grado de tentativa, cuando en primera instancia el juez de la causa lo estimó consumado, toda vez que ello no cambia el tipo penal, sino el grado de responsabilidad del sujeto activo, **porque la tentativa no es una entidad delictiva autónoma, sólo es una de las fases externas de la ejecución del delito.**

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

Amparo directo 926/91. Eulogio Avelino García. 14 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretario: Víctor Manuel Estrada Jungo.

## **1.2. Concepto de Tentativa.**

En principio hemos dicho que dentro del *iter criminis*, y concretamente en la fase externa, existen actos que llevan consigo **un principio de ejecución**, encaminados éstos, hacia la comisión de un delito y, que en tal caso, bien puede

consumarse o bien puede quedarse en una fase previa a la consumación, dejando clara la voluntad de realización y la no consumación por causas ajenas a tal voluntad, debiendo advertir que se trata, como ya dijimos de acciones que llevan una potencial peligrosidad, este estadio previo es lo que constituye propiamente a la tentativa.

A la tentativa se le ha definido de diversas formas y desde distintos ángulos, esto es así, porque como hemos visto en apartados anteriores existen múltiples criterios para entender el injusto penal, también existen varios criterios para identificar los actos ejecutivos y diferenciarlos de los preparatorios, además de las distintas posturas para entender su naturaleza jurídica, por lo que tal situación prácticamente ya no deviene extraña.

Daremos ahora una serie de definiciones de distintos autores para la figura jurídica de la tentativa.

### **1.2.1. Conceptos de la Doctrina.**

Primero nos limitaremos a realizar una transcripción de una serie de conceptos que se han advertido en la evolución del pensamiento penal, y con tales definiciones podremos nosotros advertir la adición a las diferentes formas de entender el delito tentado.

#### **1.2.1.1. En Italia**

Con **FRANCESCO CARRARA**, la tentativa se encuentra en el estudio de **los grados de la fuerza física del delito** (entendiendo por fuerza física como el movimiento del cuerpo desde el punto de vista subjetivo y la violación material de la ley como elemento objetivo), para él existe una voluntad malvada, que se

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

determina a la violación de la ley y que ha llevado a cabo un "movimiento" del cuerpo con actuar externo que se dirige a producir la violación de la ley, sin embargo el curso queda interrumpido o no se consigue el efecto buscado, y en tal caso afirma no puede haber un delito perfecto porque no se quebrantó el derecho amenazado, entonces se habla de tentativa. Y para aclarar su concepción apunta:

*"El delito tentado se denomina conato porque tiene su esencia en un esfuerzo (conatus) de la voluntad unido a un esfuerzo del cuerpo."*<sup>249</sup>

**FRANCESCO ANTOLISEI**, para este autor la tentativa como delito perfecto se entiende al realizar actos que vayan inequívocamente dirigidos a cometer un delito, es decir, que recurre al requisito de la univocidad, y agrega que dichos actos deben ser apropiados para el fin, lo que da la idea de exigencia de idoneidad.<sup>250</sup>

**LUIGI SCARANO** por su parte refiere a la tentativa como una ejecución incompleta, entendiendo que para hablar de ejecución es necesario advertir la univocidad, así mismo exige la presencia de finalidad de realización.<sup>251</sup>

**MANZINI**, conceptualiza a la tentativa como una violación voluntaria de un precepto legal cualquiera que sea el criterio de política criminal aceptado.<sup>252</sup>

### 1.2.1.1. En España.

**JIMÉNEZ DE ASUA** entiende por tentativa a la voluntad criminal que entra en la fase de consumación del delito sin llegar a llenarla, no obstante que la dirección de dicha voluntad es dañar el bien jurídico, en tal caso dice:

<sup>249</sup> Carrara Francesco, Ob. Cit. p.125.

<sup>250</sup> Antolisei, Ob. Cit. p.339.

<sup>251</sup> Scarano Luigi, "La Tentativa", trad. Luis E. Romero Soto, Primera Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960. pp.74-76.

<sup>252</sup> Vid. Jiménez Huerta, Ob. Cit. p.346.



“...el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa.”<sup>253</sup>

**LUZÓN CUESTA** se limita a expresar que la tentativa se presenta en la fase externa del delito cuando se realizan actos de ejecución que se inician con intención de éxito, sin obtener el resultado, ya por una interrupción involuntaria, o bien por una ejecución completa sin éxito involuntario, se observa la inclusión de la tentativa acabada e inacabada.

**COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN**, en su obra conjunta de Derecho penal parte general, entienden por tentativa, la única forma imperfecta de realización del delito, atendiendo a la desaparición del delito frustrado, la ubican como es obvio dentro del *iter criminis* como un acto de ejecución que se va a encontrar caracterizado por la no producción del resultado típico, atendiendo a dos causas probables, por una ejecución incompleta, o por que aun siendo completa la ejecución, el resultado no se ha producido pues hay un intento que fracasa.

**ENRIQUE BACIGALUPO**, señala que la tentativa se da cuando el autor tiene la finalidad de cometer un delito determinado y por tanto da inicio a su ejecución, y no lo llega a consumar por causas ajenas a él.

**MUÑOZ CONDE**, también aporta su opinión en torno a la tentativa, postura que no es difícil identificar como funcionalista, pues sostiene que la tentativa es una causa de extensión de la pena que surge por una necesidad de política criminal de extender la amenaza penal prevista para los tipos penales consumados, a ciertas conductas que se identifican como cercanas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguir el resultado.<sup>254</sup>

---

<sup>253</sup> Jiménez de Asúa, Ob.Cit. p.319.

<sup>254</sup> Para profundizar en su pensamiento se puede consultar en Muñoz Conde Francisco en su “Derecho Penal” parte general, 2ª. Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, 1996 en el apartado de “fundamento y castigo de la tentativa y la frustración. pp.431-432

**SANTIAGO MIR PUIG** por su parte precisa que la tentativa puede encontrarse una vez que el autor traspasa al frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, entonces, se tienen que advertir una ejecución parcial o total no seguida de consumación y una voluntad de consumación, así como la ausencia de desistimiento voluntario.<sup>255</sup>

### 1.2.1.2. En América Latina.

**FERNANDO CASTELLANOS TENA** es de la opinión de que hay tentativa cuando se identifique un principio de ejecución y por tanto se hay penetrado al núcleo del tipo<sup>256</sup> identificando su sentir con **SOLER**, así el maestro define a la tentativa:

*“Entendemos pues 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.”<sup>257</sup>*

**PAVON VASCONCELOS** apuntó en su ensayo sobre la tentativa, que en todo caso se debe atender a la ejecución, la cual puede ser subjetivamente completa, no sucediendo lo mismo con la parte objetiva, aun cuando se hayan llevado a cabo todos los actos que deberían producirla, en tales casos se habla de tentativa y de delito frustrado.

**MALO CAMACHO**, señala que por tentativa se entiende a los actos realizados con la finalidad de cometer un delito y dichos actos no llegan a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. En tomo a la misma afirma:

*“Si por iter criminis se entiende el camino del delito, es evidente que la tentativa implica un determinado momento dentro de ese proceso general”<sup>258</sup>*

---

<sup>255</sup> Santiago Mir, Ob. Cit. p.336.

<sup>256</sup> En cuanto a esta concepción del principio de ejecución vale la pena recordar lo apuntado en la concepción Restrictiva u Objetivo-Formal, cuando se abordó el Momento de Inicio de Ejecución.

<sup>257</sup> Castellanos Tena Fernando, Ob.Cit. p.284.

<sup>258</sup> Malo Camacho Gustavo, “Derecho Penal Mexicano”, Editorial Porrúa, México, D.F., 1997. p.468.

**MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, como anticipamos entiende a la tentativa como un dispositivo amplificador del tipo que permite volver punible la conducta humana que de otra manera quedaría impune. La tentativa dice el maestro que se fundamenta en su creación y se justifica en su existencia, advirtiendo una antijuridicidad objetiva.<sup>259</sup>

**RAFAEL MARQUEZ PIÑERO**, el maestro se ocupa del tema cuando refiere la forma en que la doctora **OLGA ISLAS** y **ELPIDIO RAMÍREZ** consideran la presencia de la tentativa, para ello afirma que los tipos de tentativa se obtienen sustituyendo en el respectivo tipo típico la lesión del bien jurídico por la puesta en peligro del mismo, por lo que se requiere una conexión normativa de sentido entre el tipo consumatorio y el artículo 12.<sup>260</sup>

**RAUL ZAFFARONI**, se trata de la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos por quedarse en una etapa anterior a la realización, se trata de un dispositivo amplificador del tipo, de un delito incompleto.<sup>261</sup>

**MARCELO SANCINETTI**, se trata como hemos visto previamente de un autor subjetivista por lo que entiende que la tentativa es punible por la voluntad exteriorizada del autor, contrapuesta a la norma de comportamiento. Esto es así precisamente por que dicho autor en su obra menciona como es que esta definición no tendría sustento para los que siguen una línea de pensamiento objetivo.<sup>262</sup>

**CARLOS PARMA**, el jurista argentino señala que en su legislación no se define a la tentativa, sin embargo sí plantea una finalidad exteriorizada con un comienzo de ejecución, y en torno a la polémica de delito perfecto o imperfecto se decanta por seguir a **ZAFFARONI**, es decir lo entiende como un delito

---

<sup>259</sup> Jiménez Huerta, Ob. Cit. pp.344-347.

<sup>260</sup> Márquez Piñero Rafael, "El Tipo Penal", Editorial UNAM, México, D.F. p.221.

<sup>261</sup> Zaffaroni Eugenio, "Manual Derecho Penal" Editorial Cardenas, Segunda Edición México 1988 Ob. Cit. pp. 639-640.

<sup>262</sup> Sancinetti, Ob. Cit. p. 354.

imperfecto al advertir la consumación fallida y su dependencia de un tipo que debido al resultado que exige, si es perfecto en todos sus elementos.<sup>263</sup>

### 1.2.1.3. En Alemania.

**WELZEL**, el padre del finalismo, deja plasmada su idea sobre la tentativa, a la cual en principio entiende como un hacer punible que empieza cuando el autor inicia aquella acción que es insoportable desde el punto de vista ético-social, y la define de la siguiente manera:

*"La tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito."<sup>264</sup>*

**MAURACH y GÖSSEL**, entienden a la tentativa como una etapa de intento del hecho punible que se ubica entre la preparación y la consumación, su inicio representa un ingreso a lo que denominan imagen-guía del delito<sup>265</sup>, y no llega a completar la parte objetiva del tipo (por falta de resultado, pero requiere que la subjetiva si lo esté, así, el tipo en su parte objetiva es incompleto).

**GÜNTHER JAKOBS**, el funcionalista sistémico plantea la visión del delito tentado entendiendo que se trata de una complementación anticipadora en relación con los tipos de consumación, esto lo refiere en relación con el artículo 22 del Código Penal Alemán el que se habla de tentativa cuando un sujeto de acuerdo con su representación del hecho, da principio inmediatamente a la realización del tipo, por lo que para **JAKOBS**, si el autor ha alcanzado esa representación pero aún debe realizar acciones posteriores para llegar al

---

<sup>263</sup> Parma, Ob. Ci. pp.14-15

<sup>264</sup> Welzel, Ob. Cit. p. 224.

<sup>265</sup> Maurach y otros, Ob. Cit. Tomo 2. p.17.

resultado, la tentativa sería inacabada y si el autor lo ha hecho ya todo sería acabada.<sup>266</sup>

**GÜNTHER STRATENWERTH**, siguiendo el planteamiento del Código Penal Alemán, analiza como es que la definición que se plantea señala a la tentativa vinculada con varios requisitos en los cuales se vuelve necesario delimitar lo que es tentativa de lo que propiamente serían una fase preparatoria que de ser sancionada se estaría en presencia de una tentativa de tentativa, por lo que, la tentativa requiere que se de una consumación formal, que si bien es cierto no tiene resultado como en el caso de los delitos que plantea la parte especial, por tanto afirma el autor que se requiere complementar a través de la política criminal cuando es que ese estadio previo a la lesión del bien jurídico tendrá que sancionarse, sin embargo lo que si deja de manifiesto que se requiere de un principio de ejecución y la totalidad de los elementos subjetivos del supuesto hecho.<sup>267</sup>

#### **1.2.1.4. Nuestra Concepción.**

Tal y como hemos podido constatar, todas nuestras notas previas encuentran soporte en la lectura de las diversas concepciones de la tentativa, y como sucede en muchos otros temas, podríamos anotar conceptos de tentativa como autores fueran consultados, claro, nadie pierde la oportunidad de dar un concepto particular, por lo que no se trata entonces de dar un concepto más, sino que quizá resulta más conveniente señalar cuales son los elementos que no podemos dejar de advertir en la construcción de la tentativa.

En efecto, podemos decir que para hablar de tentativa en primer lugar el legislador debe exigir que se trata de una exteriorización de voluntad comisiva de un delito que alcanza un principio de ejecución, ya sea realizando todos o sólo parte de los actos necesarios para la consumación, precisamente cuando

---

<sup>266</sup> Jakobs, Ob. Cit. p 856

<sup>267</sup> Stratenwerth Günther, Derecho Penal Parte General I, El Hecho Punible, Editorial Edersa, Trad. Gladys Romero, Madrid, España. 1982. pp199-203.

ésta no se realiza por causas ajenas a su voluntad. Es entonces necesario recordar que buscamos hacer congruente nuestra concepción del injusto al plantear la sanción derivada de la contravención normativa, siempre que la acción generadora tenga en sí misma una peligrosidad que pueda ser constatada en forma objetiva, y dando el lugar de aumento de dicho injusto al desvalor de resultado.

En fin, si se tratara de dar un concepto de tentativa habrá dos opciones o bien acudir a la concepción que pudiéramos denominar como formal, se trata de la que está plasmada por el legislador en el Código Penal, o bien realizar su construcción con los elementos que ya hemos mencionado, siguiendo cada quien sus propias ideas entorno al injusto y plasmándola en la interpretación de los tribunales dada la influencia dogmática.

## **2. Problemas Particulares de la Tentativa.**

### **2.1. El Problema de la Integración del Tipo de Tentativa.**

Con todos estos puntos de vista podemos llegar a señalar que el tipo de tentativa, se integra en su parte objetiva con la ejecución parcial o total de actos tendientes a la consumación del delito de la parte especial de que se trate, pues como se ha advertido previamente se trata de **un delito complejo**, sin que esta llegue, y en su parte subjetiva con la voluntad de consumación, lo que es una identificación con el dolo del autor, y la ausencia de desistimiento voluntario. Así es como lo han interpretado nuestros tribunales federales:

**Novena Epoca**  
**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito**  
**Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su**  
**Gaceta**  
**Tomo: VI, Noviembre de 1997**  
**Tesis: IV.4o.1 P**  
**Página: 515**  
**SALUD, DELITO CONTRA LA TENTATIVA DE**  
**SUMINISTRO. LOS ACTOS PREPARATORIOS**

**NO LA INTEGRAN.** Los elementos de la tentativa punible, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal Federal, son: a) el moral o subjetivo, que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; b) el material u objetivo, es decir, los actos realizados en forma directa e inmediata para la consumación de ese ilícito; y c) un resultado que no llega a su consumación por causas ajenas a la voluntad del activo. Sentado lo anterior, resulta obvio que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meros actos preparatorios, sino de una acción que de manera inequívoca sea un principio de ejecución, de iniciación del injusto que no llega a su fin lesivo por causas ajenas a la voluntad del agente. Tales actos, en sí constituyen la entrada al núcleo del tipo y caracterizan a la tentativa, en cuanto son los medios idóneos o aptos para causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el activo y por circunstancias ajenas a éste no llegan a la meta propuesta. Ahora bien, cuando se trata de un delito contra la salud en la modalidad de suministro en grado de tentativa, debe considerarse que ésta no se integra si se le encontró al activo, en la revisión previa al ingreso al reclusorio, la droga recibida de un tercero, oculta en sus zapatos, la cual dijo pretendía llevar a un interno, pues dichos actos son por su naturaleza previos o preparatorios, cuenta habida de que ni siquiera pudo llegar al sitio donde iba a proporcionar al interno el estupefaciente.

**CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DEL CUARTO CIRCUITO.**

Amparo en revisión 85/97. Eloy Marcos Vázquez Arriaga. 19 de agosto de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: María Luisa Martínez Delgadillo. Secretario: Héctor Manuel Banda Flores.

Nota: Sobre el tema tratado existe denuncia de contradicción de tesis número 102/97, pendiente de resolver en la Primera Sala.

**Octava Epoca**

**Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito**

**Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación**

**Tomo: 77, Mayo de 1994**

**Tesis: VI.2o. J/275**

**Página: 74**

**TENTATIVA. ELEMENTOS DEL DELITO DE.** La tentativa se integra con dos elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y

el objetivo consistente en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

#### SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 323/91. Pedro Tlalmis Robles. 13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.  
Amparo en revisión 495/92. Pascual Diego Ascensión. 20 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.  
Amparo directo 574/92. José Zacarías Quiroz. 19 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.  
Amparo directo 29/93. José Alberto García Mora. 12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.  
Amparo directo 333/93. Eduardo Tela Pérez. 20 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

## **2.2. El Problema de Distinguir la Tentativa Acabada y la Inacabada.**

Para resolver esta problemática se debe atender precisamente a dos de los aspectos antes planteados, es decir por un lado a los apuntes en torno del momento de inicio de la ejecución en relación con el *iter criminis*, pues resultará fundamental establecer si se encuentran ya cumplidos todos los actos necesarios para la producción del resultado, o bien si se requieren de otros actos para tener por concluida la fase de ejecución en espera del resultado, y el otro aspecto relevante es el relativo a las posiciones del desvalor de acción y el desvalor de resultado.

El pensamiento en torno a esta forma de presentarse de la tentativa ha sido verdaderamente variado, así encontramos a **CARRARA** quien concibe a la

tentativa como el conato y siguiendo su pensamiento objetivo en torno al injusto y advierte **el hecho de que precisamente en el conato es diversa la cantidad de fuerza** (cantidad de conato identificado como la fuerza física), **esta cantidad se compone del número de actos e influjo de los mismos.**<sup>268</sup> Así es, la cantidad a la que se refiere **CARRARA**, se obtiene analizando el número de actos realizados y la influencia de éstos, en relación con los que debían de realizarse para producir el resultado que se buscaba, entre menos actos le faltaran para completar la fase de consumación, mayor será la cantidad de conato.

Con este criterio el maestro italiano distingue el **conato remoto**, del **conato próximo**, entendiendo por el primero la serie de actos que manifiestan una dirección cierta hacia el crimen, pero que se ubican aún **lejos** de su consumación, en cambio en el segundo los actos se encuentran con una mayor cantidad de conato y por tanto se ubican cercanos a la consumación. Así es como distingue de la **tentativa**, ya **remota** o **próxima** y del **delito frustrado**, entendiendo por este último el hecho de que se hayan ejecutado todos y cada uno de los actos necesarios para lograr el evento criminoso, y por otro lado que el resultado haya sido evitado por una eventualidad totalmente independiente de la voluntad del activo, al cual llama culpable, la anterior afirmación porque niega la posibilidad de que se presente el delito frustrado cuando no obstante se realice el actuar necesario para la consumación, pues lo que sucede en realidad es que en muchos de esos casos se ha omitido la realización de uno de los actos necesarios para la efectiva consumación, sin duda aquí **CARRARA** sentaba algunas bases de la tentativa inidónea, como sucede en el ejemplo (tomado de **NICOLINI**) del veneno que se da a beber, pero que **se omitió triturar** siendo indispensable para producir su efecto mortal.

No pasa desapercibido para nosotros el hecho de que se habla de una diferenciación entre lo que es propiamente una tentativa y lo es un delito

---

<sup>268</sup> Carrara, Ob.Cit. p.153.

frustrado, aún cuando el maestro de Pisa distingue en la propia tentativa a la remota y a la próxima.

Ya en España, el maestro **JIMENEZ DE ASUA** consideró que sólo existía diferencia entre tentativa y delito frustrado marcando como diferencia el hecho de que en la primera, **el resultado no llega a realizarse porque la ejecución es incompleta**, en cambio, en el delito frustrado la ejecución la advierte como completa y el hecho de que el resultado no se produzca es un mero accidente.

**JIMENEZ DE ASUA** concibe a la tentativa como un **delito incompleto tanto subjetiva como objetivamente**, afirmación ésta que tiene varias objeciones en la actualidad. Para el caso del delito frustrado lo afirma como completo subjetivamente e incompleto objetivamente. Destaca el maestro la dificultad que existe en la práctica (en esa época) para diferenciar las figuras jurídicas citadas, como en el caso de que alguien disparara un arma de fuego en contra de cualquier persona, si la bala no pega en el blanco, ¿Qué se afirma, tentativa o delito frustrado? Por ello dice es más práctico **sólo hablar de tentativa** y en ese orden de ideas, **señalar un amplio margen para que el juez pueda establecer una pena más baja en tanto se trata de un acto más cercano al comienzo de la ejecución, y una mayor pena para el caso de que sea un acto que prosiguió hasta prácticamente la consumación**. Esta es la razón dice, de que los alemanes hubieren preferido hablar sólo de tentativa acabada y de tentativa inacabada.<sup>269</sup>

Una vez que podemos estar de acuerdo con el hecho de que sólo existe una tentativa y que ésta según el grado de aproximación y el complemento o no de todos los actos necesarios puede ser tildada ya como **acabada** o **inacabada** ahora, podemos compartir el pensamiento de **MUÑOZ CONDE**, en el sentido de marcar la diferencia entre una y otra de forma de tentativa es meramente objetiva, con ello afirma la existencia de la tentativa acabada cuando estando en

---

<sup>269</sup> Jiménez de Asúa, Ob. Cit. p.325

la fase ejecutiva el resultado de consumación no se produce aún cuando el actor **creyó haber realizado todo lo necesario**, sometiendo todos los actos ejecutivos a la percepción de un observador imparcial. En su concepción pretende señalar que sólo se trata de un criterio objetivo, pero no podemos desconocer que existe la presencia de un elemento subjetivo a considerar es decir **el plan del autor**, que de la exposición se infiere que juega el papel de señalar si el autor había concluido con la fase ejecutiva. Para explicar la concepción del maestro español valga la pena manejar el ejemplo que expone en su obra.<sup>270</sup>

*“Un sujeto coloca una bomba en una relojería con la idea de que ésta explote.”*

Hasta aquí, afirma, es necesario conocer el plan del autor para saber si existe tentativa acabada o inacabada, pues puede ser que el autor haya planteado la necesidad de que un tercero que incluso nada sabe encienda el interruptor de la luz al que está conectada la bomba, ya que en la medida en que no se de la actuación de dicho tercero la tentativa será inacabada de acuerdo con el plan del autor, pues en cuanto la producción de la explosión sólo dependiera del azar, la tentativa será acabada, debido a que la acciones ejecutivas respecto del autor ya habían concluido. Por lo que toca al observador medio siguiendo el mismo ejemplo, si el autor olvida conectar el mecanismo de la bomba, la tentativa será inacabada.

Resulta relevante el apuntamiento que realiza en el sentido de que hay delitos en los cuales **no es factible suponer la existencia de la tentativa acabada como se da en los delitos de “agresiones sexuales”**, es decir en los llamados de mera actividad esto, en atención de que cuando se han realizado todos los actos ejecutivos necesarios para su consumación, **el resultado consistente en el daño al bien jurídico ya se ha producido por la coincidencia temporal**

---

<sup>270</sup> Muñoz Conde, Parte General, Ob.Cit. pp.437-438.

**entre la consumación y el último acto de la conducta típica**, pues debemos recordar que no existe ninguna separación espacio temporal.

Afirma el maestro que entre la tentativa acabada y la inacabada hay una relación de concurso de normas que se resuelve mediante el principio de absorción o consunción, y que fuera del elemento objetivo planteado, no existe diferencia en el dolo y demás elementos subjetivos y la falta de consumación son idénticos en ambas figuras, con lo que se atacaría el planteamiento antes apuntado de **JIMÉNEZ DE ASUA**.

Si bien hemos dicho ya que la distinción se deberá hacer en clave objetiva, sin perder de vista el plan de autor, pero veamos cómo se han planteado los problemas para distinguir de una tentativa acabada y otra inacabada, siguiendo lo expuesto por **JESCHECK**, quien advierte que la distinción entre una tentativa acabada e inacabada, juega un papel importante en la **relación con el desistimiento**, y se muestra partidario de seguir un criterio **subjetivo** para delimitar estas dos clases de tentativa, siguiendo la posición de **MEZGER**, por lo tanto afirma la relevancia del plan del hecho y de su representación,<sup>271</sup> así, habrá tentativa inacabada cuando **el autor aún cree no haber realizado todo lo necesario para su consumación y por el contrario se estará ante la tentativa acabada cuando en la representación del autor, éste haya dado todos los pasos necesarios que parecen precisos para la consumación**.

Sin embargo existe un problema adicional que advierte, el maestro, esto es, cuando **el autor piensa de antemano como necesarias varias acciones, pero antes de seguir con la consumación se abstiene de proseguir la ejecución, o bien en el supuesto de que habiendo pensado en que sería suficiente con una sola acción y con ella no llegue a la consumación, y ya no siga con su actuar, aún cuando dispone de otros medios**. Ante estos problemas nos ilustra con las diferentes soluciones que se han planteado:

---

<sup>271</sup> Jescheck, Ob.Cit p.490

a) Una solución originaria planteada por la jurisprudencia alemana, estableció que lo correcto era continuar con una posición subjetiva, para lo cual se atendía a lo creído por el autor; así si él creía que con una sola acción era dable la consumación del delito, existiría tentativa acabada aún cuando después de conocer el fracaso hubiere podido seguir actuando con los mismos u otros medios. En cambio si se previeron varios actos, el mismo ejemplo se volvería tentativa inacabada, siempre que el autor dispusiera todavía de otro medio eficaz, sin haber podido llevarse a cabo. Estos planteamientos resultaron insuficientes al advertir que sólo se beneficiaba al delincuente calculador, respecto del impulsivo.

b) Una parte de la doctrina se inclinó por atender a la teoría del acto individualizado, por lo que en esta línea cada acto realizado en forma individual fracasado, será entendido como una tentativa acabada, sin embargo esto tampoco daba resultados adecuados.

c) Otra corriente de la jurisprudencia rechaza tanto la teoría del plan del hecho, como la teoría del acto individualizado, por lo que se atenderá al momento en el que el autor lleva a cabo la última acción ejecutiva, si con ella el autor estima posible la producción del resultado se estará ante una tentativa acabada, y en caso contrario ante una inacabada. No importa lo que el sujeto activo se hubiere representado al iniciar el hecho sino en todo caso el horizonte de desistimiento del autor. En torno a esta última postura **JESCHECK**, maneja una serie de ejemplos cuando menciona:

*"El autor dispara a su enemigo en la cabeza y le deja malherido en el suelo, aunque hubiera podido hacer otros disparos contra su víctima que entonces habría muerto con toda seguridad. El autor inflige a la víctima, en el pecho, una puñalada que pone en peligro su vida"*<sup>272</sup>

---

<sup>272</sup> *Ibid.*, Ob.Cit. p.491.

Finalmente **JESCHECK** atiende a la existencia de **la tentativa frustrada**, a la que entiende como aquella en la que **el sujeto llega a la convicción de que ya no podrá lograr que se produzca el resultado que persigue con los medios que tiene a su alcance**, y como ejemplo pensemos en aquellos sujetos que dedicados a la actividad delictiva conocida como "boqueteros", deciden realizar una perforación en el muro de una tienda comercial como ha sucedido en muchos casos, y una vez que realizan el boquete, y se introducen se percatan de que no lo hicieron en el lugar correcto sino en un cuarto en el que se guardan los utensilios de limpieza y del cual la salida hacia la tienda es más compleja, por lo que con el tiempo que cuentan no pueden realizar su plan delictivo, o bien el caso que plantea el propio autor que consiste en aquel sujeto que al asaltar a otro resulta que el pasivo carece de dinero, por lo que sería inútil continuar con cualquier medio para lograr su cometido, como podría ser la utilización de amenazas o en su caso una mayor violencia.

En la misma línea de pensamiento **GÖSSEL**, en la obra realizada en coautoría entre **MAURACH, ZIPF y GÖSSEL**, destaca la importancia de distinguir la tentativa acabada y la inacabada en el desistimiento, y después afirma la existencia de las **tentativas concluidas, no concluidas y las frustradas**.<sup>273</sup>

En una primera afirmación señala que es indispensable primeramente tomar postura ya subjetiva que atienda al dolo, o bien objetiva que atienda a la puesta en peligro del bien jurídico, es decir según la corriente que se siga para entender cuando comienza la fase de tentativa y cual es su fundamento para punirla.

Apunta como antecedente las posturas que se derivan de las teorías de la planificación del hecho la cual resultó insuficiente según el propio reconocimiento del Tribunal Federal Alemán, por los problemas que representa al no poder comprobar el plan del autor o bien cuando el autor simplemente no llevó a cabo

---

<sup>273</sup> Maurach, Zipf y Gössel Ob. Cit. tomo II, pp.73-85.

ninguna planificación; así como la de teoría del acto único (**SCHÖNKE, SCHRÖDER-ESER**), en la que la tentativa concluida se da cuando el autor ha ejecutado el acto único que él consideraba como idóneo para producir el resultado dañino, acto único que en todo caso puede estar compuesto de diversas acciones que denomina elementales, se trata de una teoría que atiende de igual forma a cuestiones de representación del autor ubicadas en el momento de comenzar su acción y atiende ya no al plan global del autor, sino en todo caso a una acción única, la que precisamente el autor ha tomado como idónea para la producción del resultado, esta teoría también recibe las críticas que le resultan de su conformación meramente subjetiva; ahora bien por lo que toca a la teoría de la unidad natural de acción, ésta se caracteriza por que la tentativa no concluida se dará precisamente cuando exista una conducta desplegada hasta un momento orientada a dañar un bien jurídico y ésta constituya una unidad de acción conjuntamente con los actos de ejecución que aún pudiera realizar el sujeto activo y para el caso de la tentativa concluida, ésta se observará cuando la actuación posterior puede ser considerada como algo nuevo, respecto de la conducta anterior, esta teoría tiene semejanzas y diferencias con las anteriores, así, toma de igual forma parámetros subjetivos, es decir requiere que las acciones llevadas a cabo sean planificadas para entender que se trata de una unidad acción sin mayores problemas, pues cualquier acción posterior difícilmente puede ser considerada como parte del plan, pero, para el caso de que no exista dicho plan, esta teoría permite considerar la existencia de una sola acción entre la ineficaz conducta previa y la posible acción subsecuente, uniéndolas por lo que sólo con la realización de esta acción posible se estará ante una tentativa concluida.

Un autor más que sigue la línea subjetiva para la distinción de las formas de tentativa que nos ocupan es **ENRIQUE BACIGALUPO**, el magistrado del Supremo Tribunal Español opina en torno a la tentativa acabada e inacabada, que el criterio general para su aceptación se da precisamente desde un punto de vista subjetivo, no es difícil advertir entonces que también se guía por el criterio

propuesto por **MEZGER**, en el sentido de que hay que atender al plan del autor, así, dice que la tentativa será acabada cuando el autor según su plan hubiere llevado a cabo todos los actos necesarios para la consumación del delito, faltando solamente la realización del resultado, por esto la tentativa será acabada cuando el autor crea que el resultado ya debía de producirse, por otro lado la tentativa será inacabada cuando en el plan del autor aun faltan actos necesarios para producir el resultado, sin embargo **reconoce el hecho de que en algunos casos la concepción meramente subjetiva plantea problemas por lo que admite la necesidad de incluir, para su solución, a la teoría de la unidad natural de acción en la que se acepta que los nuevos actos parciales que el autor no realiza comportan una unidad de acción con los realizados previamente sin éxito.** Esta aplicación encuentra su fundamento al analizar el ejemplo que propone **BACIGALUPO**, basado en dos casos, y que en el supuesto de atender sólo al criterio subjetivo nos llevaría a soluciones bastante inequitativas, los ejemplos son los siguientes:

*“El autor piensa realizar el delito mediante varias acciones pero, antes de llevarlas todas a cabo y sin haber consumado aquél, no continúa; por ejemplo: el autor piensa disparar sobre la víctima hasta matarla y luego de cuatro disparos no continúa a pesar de contar todavía con otras dos balas en el revólver.*

*El autor cree que logrará la consumación mediante una única acción, y al fracasar ésta, no prosigue la ejecución, por ejemplo: la víctima no muere como consecuencia de un golpe dado en la cabeza, el autor ya no la golpea a pesar que lo puede seguir haciendo”<sup>274</sup>*

En el caso de que estos dos ejemplos quisieran resolverse únicamente aplicando el criterio subjetivo del plan de autor, la solución sería para el primer caso una tentativa inacabada, y para el segundo el de una tentativa acabada, para evitar esto se acude a la citada teoría de la unidad natural de acción, la que permite considerar que los actos que no realiza el autor como en el caso planteado en segundo lugar implican una unidad natural con los primeros

---

<sup>274</sup> Bacigalupo Enrique, “Principios de Derecho Penal” Ob.Cit. p.204

fracasados, por lo que se permite en todo caso que el segundo supuesto se considere también como tentativa inacabada.

Una nota más de la importancia que se atribuye a la distinción que nos ocupa es la que plantea el maestro penalista español **SANTIAGO MIR PUIG** es decir la que se inscribe **en orden a la pena, debido a la importancia que reviste el saber cual es el grado de ejecución alcanzado como criterio rector de la actividad judicial en la individualización de la sanción.** Reconoce el maestro que en este punto **es factible adoptar ya un criterio subjetivo o bien uno objetivo**, tal y como hemos visto, es decir, en el hecho de que se tome en cuenta el plan del autor, o bien los actos realizados sean los objetivamente necesarios para la producción del resultado, independientemente del pensamiento del sujeto, para resolver el problema el jurista se limita a señalar al igual que **GÖSSEL**, el hecho de que el criterio que se adopte **deberá ser congruente con el tomado para los efectos de la punición al distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos y seguramente si el sistema es del desvalor de acción, o bien si importa el desvalor del resultado.**

En su postura personal se afirma partidario por **un sistema subjetivo pero objetivizado desde el punto de vista del espectador imparcial**, por lo que es claro que se requiere tomar en cuenta el plan del autor, para mayor claridad de su concepción plantea el siguiente ejemplo, el que desarrolla en su trabajo, tanto para el principio de ejecución como para la tentativa acabada e inacabada:

*"Quien tiende en el bosque una trampa con la intención de matar a su enemigo cuando caiga en ella. Bien puede ser que pretenda matarlo por inanición, o bien una vez atrapado disparar sobre el sujeto"*<sup>275</sup>

No será difícil advertir la necesidad de conocer en que forma pensaba matar al pasivo el autor, pues si el sujeto pensaba dejarlo morir por inanición, sin duda la

---

<sup>275</sup> Vid. para mayor comprensión el seguimiento dado al ejemplo por el autor en varias páginas, Mir Puig, Ob.Cit. pp.339,340,343

tentativa será acabada desde el momento en que el sujeto cae en la trampa, y para el caso de que se trate de privar de la vida con un disparo de arma de fuego el hecho de que caiga en la trampa todavía no da inicio a la tentativa de homicidio que sólo iniciará con la acción de disparar, pues como afirma el autor en cita, esta conducta constituye la fase de conducta (dotada de unidad de significado inmediatamente anterior a la producción de la muerte).<sup>276</sup>

Una problemática de la que también se ocupa **SANTIAGO MIR**, es la que consiste en la vinculación de tentativa y autoría mediata, y para dar respuesta con su particular estilo estructura el siguiente ejemplo:

*“Alguien trata de envenenar a otro echando veneno en el café que ha de servir un criado y debe tomar la víctima. Si el criado no sirve al café, o si la víctima no se lo bebe, el delito quedará solo intentado”.*<sup>277</sup>

En este caso el problema se plantea en qué momento se considera como completa la ejecución, y la respuesta será dada dependiendo si se toman en cuenta los actos del criado al servir el café y los de la víctima al tomarlo, la respuesta la afirma señalando que en ese caso la ejecución se entiende iniciada precisamente con la actuación del autor, es decir en el momento en que se vierte el veneno en el café, pues sigue el criterio de que la tentativa comienza en la autoría mediata, cuando el autor mediato pone en marcha el proceso, esto en contra del criterio sostenido por **ROXIN** que maneja la fórmula de que la tentativa comienza en la autoría mediata cuando escapa al autor mediato el control del intermediario, control que supone la posibilidad de intervenir e interrumpir la consumación.

Ahora bien, para los efectos de la gravedad de la tentativa se tomará en cuenta también el actuar de los instrumentos, tomando como base que la actuación del autor influye en el desvalor de acción, pero la de los instrumentos tiene

---

<sup>276</sup> **Ibid.** p.340

<sup>277</sup> **Ibid.** p.341

repercusiones en el desvalor del resultado, y en atención a ello concluye el maestro español:

*"A los efectos de decidir el mayor o menor grado de ejecución alcanzado cabe, pues, tener en cuenta los actos realizados por el sujeto de la tentativa como los que correspondan a otras personas utilizadas como instrumentos (concepto objetivo no personal, de ejecución)."*<sup>278</sup>

Un planteamiento que da lugar a reflexionar es el expuesto por **MARCELO A. SANCINETTI**, cuando se ocupa de la problemática de la tentativa acabada e inacabada, dando por sentado su manejo y aterrizando sus ideas en la posibilidad de atenuación de pena en caso de la tentativa inacabada, partiendo de la base de que para **ARMIN KAUFMAN** la tentativa inacabada requiere una reducción en la respuesta penal, precisamente por la reducción del contenido de lo ilícito, pues en el caso del delito consumado y la tentativa acabada el contenido es igual y por tanto carece de sentido distinguirlos, posición que encuentra eco en lo expuesto por **ZIELINSKI**, **STRUENSEE** y por **ECKHARD HORN**.

Este por demás distinguido autor sudamericano nos deja ver que no obstante que **JAKOBS**, en su obra afirma **que tanto la tentativa acabada e inacabada representan ya un quebrantamiento perfecto de la misma norma principal**, aclara que en sus soluciones a problemas tales como la consumación anticipada, y el desistimiento se advierte la diferencia que hace para el *quantum* de pena, al resolver los casos concretos, pues advierte, por ejemplo que **el ilícito que todavía no permita imputar la eventual producción del resultado como consumación dolosa (tentativa inacabada), tiene que ser menos grave que aquel otro que si permitiría esa imputación (tentativa inacabada)** y esto lo resume en lo siguiente:

*"... el dolo que no se ha desarrollado completamente realiza un ilícito menos grave que aquel que se ha desplegado hasta el final"*<sup>279</sup>

---

<sup>278</sup> Ibid. p.342

<sup>279</sup> Sancinetti Marcelo, Ob.Cit. p.142

El pensamiento de **JAKBOS**, se ve reforzado en tomo a la atenuación en la tentativa inacabada cuando refiere en la nota de **SANCINETTI** lo siguiente:

*"Que una tentativa no esté acabada conduce en todo caso a la atenuación si todavía falta una larga fase de ejecución".*<sup>280</sup>

En cuanto a esto hay una serie de notas del autor sudamericano que nos dejan ver que **la referencia temporal** que utiliza **JAKOBS**, no resulta consistente, pues no es negable que en todo caso aún cuando estuviera cerca de la consumación, si un autor no ha realizado todos los actos por el estimado como necesarios, entonces, no sería factible imputar una conducta con el dolo completo, mucho menos en el caso de un resultado eventualmente anticipado, tampoco se puede coartar la posibilidad del desistimiento sólo por entender que se encuentra la ejecución ya en corta fase de ejecución.

En esta línea de reflexión no podemos dejar de plasmar las ideas planteadas por **SANCINETTI** en relación con los planteamientos hechos por uno de los discípulos de **JAKOBS**, de nombre **GERHARD TIMPE**, el cual aparentemente en el mismo sentido de su maestro **niega la distinción cualitativa entre tentativa acabada e inacabada y sólo les atribuye una diferencia de tipo cuantitativo, en la cantidad de desvalor de acción**, la que en todo caso resulta mínima, por lo que considera desafortunado el tratar con un marco de pena muy diferente a una y otras clases de tentativa, pues al final la variación se justifica por el principio de que toda modificación en el marco penal conduce a una modificación de la gravedad relativa de la culpabilidad por el hecho, por ello, afirmó lo siguiente:

*"Y desde el punto de vista de los fines de la pena tampoco es plausible tratar de modo obligatoriamente atenuado a la tentativa inacabada que fracasa por circunstancias causales, no disponibles al autor, poco antes de la ejecución de la última acción necesaria según el plan, con independencia de si está*

---

<sup>280</sup> Idem, p.143

*indicado por razones preventivas o no, cuando una atenuación de la pena no es necesaria, en todo caso, según el contenido de culpabilidad”.*<sup>281</sup>

A esta afirmación, **SANCINETTI** se opone tajantemente, y su razonamiento nos parecen de lo más interesante, pues dice que en esta postura se razona infiriendo que si el autor no hubiera fracasado por la casualidad, el autor hubiera llegado a tomar el último paso de su acción que aún no tomaba, la objeción es que **no se trata de que la casualidad del fundamento de la disminución de pena**, sino por el contrario, lo que **no se ha fundamentado es precisamente la pena por un actuar contrario a la norma**, es decir que **la pena no sería justificable por un hecho no realizado**, independientemente del por que no se realizó, y nos lleva a reflexionar con sus afirmaciones que tampoco podría ser punible un hecho que por mera casualidad no ingresó a la etapa de comienzo de ejecución.

Una concepción de la tentativa acabada e inacabada con la que no estamos muy de acuerdo es la que plantea el penalista **RAUL ZAFFARONI**, quien en realidad no se ocupa muy a fondo del tema debido a que en su país advierte que no tiene relevancia legislativa dicha distinción, por lo que se limita a señalar que en la tentativa acabada el sujeto realiza la totalidad de la conducta típica, pero no se da el resultado típico, y la tentativa inacabada **el sujeto interrumpe la realización de la conducta típica**.<sup>282</sup> Y es que nuestra discrepancia ésta precisamente que, si bien es cierto sabemos que la tentativa inacabada se puede dar cuando se interrumpe la realización de la conducta, esto no es siempre así pues puede haber tentativa inacabada sin que el sujeto la hubiere interrumpido, sino que se trate de una interrupción realizada por un tercero.

También **REYES ECHANDIA** se ocupa de la tentativa y la reconoce como acabada e inacabada<sup>283</sup>, siguiendo la **influencia alemana**, y según su pensar, la

---

<sup>281</sup> Timpe Gerhard, Citado por Sancinetti Ibid. p.145

<sup>282</sup> Zaffaroni Ob. Cit. p. 647.

<sup>283</sup> Reyes Echandía Alfonso, "Derecho Penal", Editorial Temis Quinta Reimpresión de la Undécima Edición, Bogotá, Colombia, 1996, p.120.

primera se presenta siempre que se hubieren ejecutado todos los actos necesarios para la consumación del delito, y éste no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, sin embargo advierte que existen legislaciones que no justifican la separación entre la tentativa acabada y la inacabada en atención a que no existe un criterio válido de diferenciación entre ambos, pues por un lado está **CARRARA**, quien afirma la necesidad que se den todos los actos necesarios para la producción, (criterio objetivo), y por el otro lado **MEZGER**,<sup>284</sup> quien afirma la necesidad de que se de por el autor todo lo que era necesario de su parte para la producción del resultado, y cuando no ha hecho todo lo que estaba de su parte se hablará de tentativa inacabada, (criterio subjetivo).

Quizá lo interesante en **ECHANDIA** consiste en insistir en que para que se de la tentativa inacabada deberán concurrir como requisitos, **un principio de ejecución del hecho típico, idoneidad y univocidad de la conducta, y falta de consumación**, la verdad es que en todo caso se trata de eso de reafirmar una serie de requisitos, pues hablar de principio de ejecución y de univocidad pareciera estar parafraseando lo mismo, debido a que la univocidad es una de las formas de acreditar el principio de ejecución, lo que sin duda alguna no es suficiente para realizar la distinción que se busca.

En nuestro país el tema ha sido abordado por varios penalistas, aún cuando la profundidad alcanzada no ha sido mucha, así, por ejemplo, el maestro **PAVON VASCONCELOS**, se limita a dar una panorámica sobre estas diversas concepciones relevantes para conocer el grado de ejecución<sup>285</sup> que en este sentido ha experimentado variadas posiciones, partiendo de la base de que la ejecución en el delito puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta o imperfecta. Pero lo que sí es una nota a destacar es la aclaración que realiza en el sentido de que **fue en Italia en donde se adoptó la posición**

---

<sup>284</sup> Mezger Edmund, Ob.Cit. pp.291-292.

<sup>285</sup> Pavón Vasconcelos Ob.Cit. pp.17-20.

**tripartita para distinguir entre tentativa, frustración y consumación**, atribuyendo tal aportación en concreto a **ROMAGNOSI** quien consideró en la tentativa una ejecución incompleta tanto subjetiva como objetivamente, y en la frustración, una ejecución completa en el campo subjetivo pero incompleta en el objetivo. Sin embargo reconoce que modernamente la concepción dominante se vuelve hacia la bipartita, es decir solo tentativa y delito consumado, con una distinción intermedia que como hemos apuntado proviene de los alemanes, obteniendo tentativa acabada e inacabada atendiendo básicamente al grado de actividad desplegada.

Por su parte **MALO CAMACHO**, en su obra denominada Derecho Penal Mexicano<sup>286</sup> se ocupa de una forma muy breve de la subclasificación de la tentativa, incluso pudiéramos decir que de un modo muy somero, pues se limita a decir que habrá tentativa inacabada cuando el sujeto activo no lleva a cabo todos los actos necesarios para la consumación del delito por causas ajenas a su voluntad, y en cambio será acabada a la cual maneja también como delito frustrado, pues antepone la disyuntiva "o" en su trabajo, se dará cuando el sujeto ha realizado todas las acciones orientadas a la consumación del delito, mismo que no se produce por causas ajenas a su voluntad

En una crítica interesante como lo son todas sus aportaciones, el maestro **MARIANO JIMÉNEZ HUERTA**, señaló en su Derecho Penal, que la reforma que sufrió el artículo 12 del C.P.F. en el año de 1984, dio lugar a excluir la figura de la tentativa inacabada o como la denomina "incompleta",<sup>287</sup> veamos si esto es así, dicho artículo como ya hemos anotado en 1931 tenía el texto siguiente:

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

---

<sup>286</sup> Malo Camacho Ob.Cit. p.479

<sup>287</sup> Jiménez Huerta, Ob. Cit. p.353.

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.

Y con la reforma a que se refiere el maestro el texto fue el siguiente:

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

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

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

La idea central de su crítica es que cuando el legislador planteó la estructura que reza: *ejecutando una conducta que debería producirlo...sin duda se trata entonces de una tentativa completa*. Por nuestra parte creemos que esto no es del todo exacto, pues si bien es cierto que la frase aludida da la idea de que la conducta debe ser la que debería de producir el resultado, no lo es menos que esa conducta admite una graduación pues si no, pensemos en el sujeto que decide envenenar a otro a través de suministrar varias dosis de una mortal sustancia, para ello comienza la ejecución de actos que deberían de producir el resultado, esto es, si el sujeto, no puede dar todas las dosis que se requerían pues se llegará a la conclusión de que no es una tentativa acabada a la que nos enfrentamos, pero no podemos decir que no será la conducta punible, pues en todo caso creemos que la fase que plantea el maestro, tiene más estrecha relación con el tema de la tentativa idónea que con la acabada y la inacabada. El mismo advierte en su texto que el asidero para esta figura del delito tentado se encuentra en los párrafos 2º y 3º del propio artículo que crítica, pues claro que si

se obliga al juzgador al análisis del grado de ejecución y se distingue de desistimiento y arrepentimiento, es porque existe la distinción impugnada.

Veamos ahora algunos criterios de interpretación judicial en torno a estas formas de presentarse del delito tentado:

**EXTORSION, MOMENTO DE CONSUMACION DEL DELITO DE.**

No puede tenerse por consumado el delito de extorsión que se hizo consistir, en haber obligado al pasivo a expedir cheques que no fueron cobrados, porque siendo el ilícito en cuestión un delito de resultado material, para su consumación se requiere que el activo obtenga efectivamente el beneficio económico indebido, con el perjuicio correlativo para el ofendido. No obsta a lo anterior que se trate de un delito instantáneo, pues esta clasificación atiende al momento de consumación del ilícito, que respecto de delitos patrimoniales, como el que se analiza, es cuando se genera en el mundo fáctico el resultado patrimonial previsto por el tipo, con el consiguiente nexo de causalidad entre la conducta delictiva y el resultado en cuestión. De razonar de otra manera se llegaría al absurdo de considerar que los delitos instantáneos con resultado patrimonial no admitirían la figura de la tentativa acabada.

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

Amparo en revisión 136/86. Rubén Hangis Verduzco y Alberto de la Garma Torres. 15 de agosto de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 205-216 Sexta Parte. Tesis: Página: 223. Tesis Aislada.

**TENTATIVA ACABADA, INOPERANCIA DEL DESISTIMIENTO TRATANDOSE DE.**

Si el agente ya había realizado todos los actos necesarios para la consumación del homicidio, infringiendo al pasivo lesiones idóneas para privarlo de la vida, no opera el desistimiento libre y espontáneo, porque siendo éste la interrupción del proceso ejecutivo sólo puede tener existencia jurídica cuando no se ha agotado dicho proceso, pues de lo contrario sólo puede darse el "arrepentimiento activo" o eficaz, que supone no

una simple cesación de los actos de ejecución, sino una actividad, desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción, evitando así la consumación del delito. Consecuentemente carece de trascendencia que el acusado dejara de agredir a la víctima cuando ésta se encontraba aún con vida, porque la conducta desplegada de accionar varias veces su arma de fuego en dirección al cuerpo del ofendido, a corta distancia y apuntando hacia partes vitales del organismo humano, como son las regiones abdominales y cefálica, produciéndole lesiones que pusieron en peligro la vida, era apta y suficiente para producir el resultado querido y si éste no se consumó fue debido a causas ajenas a su voluntad y no como en la especie se pretende, a su arrepentimiento.

Amparo directo 124/87. Manuel Rodríguez Barajas. 3 de septiembre de 1987. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 71, página 48.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 217-228 Segunda Parte. Tesis: Página: 71. Tesis Aislada.

#### **VIOLACION Y LESIONES. ACUMULACION. TENTATIVA.**

Es inexacto que el atentado contra la libertad y seguridad sexual sólo admita como medio adecuado, en la violencia física, la consumación de lesiones y, por consiguiente, que desaparezca esta figura como entidad delictiva independiente, supuesto que el empleo de la fuerza muscular no necesariamente debe causar daños sino que en ocasiones se circunscribe a maniobras de amordazamiento sujeción o ligaduras o en general inmovilización del paciente; pero cuando, además ocasionan alteración a la salud o la muerte, concurren con el delito de violación los delitos de lesiones u homicidio y en otros, disparo de arma de fuego u otros ataques peligrosos, de suerte que son aplicables a estos casos las reglas del concurso de infracciones (artículo 58 del Código Penal), por lo que si al oponerse al designio criminal, la sujeto pasivo fue golpeada por el reo, este

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

consumo, además de la tentativa acabada de citar o delito frustrado de violación, el diverso de lesiones.

Amparo directo 5450/58. Arturo Quillo Lugo. 10 de diciembre de 1958. 5 votos. Ponente: Agustín Mercado Alarcón.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XVIII, Segunda Parte. Tesis: Página: 121. Tesis Aislada.

## 2.3. El problema de la idoneidad en la Tentativa.

### 2.3.1. Aproximación.

Tal y como lo habíamos apuntado al desarrollar el tema relativo al panorama histórico de la tentativa, dicha figura jurídica fue conocida, aún cuando no profundizada, desde el Derecho Romano, por lo que su regulación se limitó a plantearla en forma de **casos concretos**, y concretamente en el tema que nos ocupa, apunta el maestro **JIMÉNEZ DE ASÚA**, que jurisconsultos romanos como **NERATIO, POMPONIO, ULPIANO** y **PAULO** atendieron a aquellos casos en los que **se realizaban actos delictivos que trataban de cometerse con medios inapropiados.**<sup>288</sup>

Sin embargo, también es un hecho que existe coincidencia en la doctrina al señalar que fue precisamente **FEUERBACH**, quien en **1808**, trató el tema a detalle, siguiendo sus pasos **JENUL** en Alemania un año más tarde y su coterráneo **MITTERMAIER**, en 1816.

Entrando en materia, es necesario reconocer que en la doctrina se advierten por un lado causas de **tentativa inidónea**, denominación que por cierto proviene de Alemania o bien de **tentativa aparente** como la denomina el maestro

<sup>288</sup> Jiménez de Asúa Ob. Cit. p.327

**ZAFFARONI**<sup>289</sup> y por otros, como supuestos de **delito imposible**. La primera tiene que ver con **los medios**, como cuando se pretende herir con un cuchillo de material blando, o dar como veneno una sustancia medicinal, o cuando **el sujeto pasivo no es idóneo**, como cuando se quiere privar de la vida a un muerto, o bien corromper con el vicio a un mayor de edad, y la última, cuando **no existe el sujeto pasivo**, esto es que, que en todos y cada uno de los casos mencionados nos encontramos ante la presencia de una falta de algún elemento del tipo sistemático.<sup>290</sup>

En cambio en los supuestos de delito imposible la distinción se presenta con necesidad de un juicio de peligro, el cual no tiene la obviedad de los casos expuestos, pues viene a ser necesario el advertir si *ex ante* la conducta revelaba peligrosidad en los términos en los que lo expresamos antes. Y dependiendo de la concepción que se tenga pudiera ser necesario el juicio *ex post*, en otros casos, nos referimos a la concepción de injusto por supuesto, es decir monista o dualista, objetiva o subjetiva.

Pero regresando un poco en el pensamiento podemos decir que por ejemplo para **CARRARA**, la distinción que hemos planteado, no existe, pues recurre preferentemente a señalar como casos de **delito imposible**, lo que pudiera ser una **tentativa inidónea**, lo esencial para él, es, que *se aprecia la fuerza moral (intención) y por lo que hace a la física que consistente en el daño, ésta no se presenta es decir falta la parte material del conato*. A la idoneidad la maneja este autor afirmando lo mismo que **CARMIGNANI**, es decir que se presentaba como **subjetiva, absoluta o abstracta, y objetiva, relativa o concreta**. Es claro que todo este pensamiento de la escuela italiana, se agrupa en la denominada corriente **objetiva**, puesto que entiende como elemento esencial del delito al daño.<sup>291</sup>

---

<sup>289</sup> Zaffaroni Raúl Eugenio, Slokar Alagia "Derecho Penal Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 2000. p.797.

<sup>290</sup> Mencionamos la distinción para no involucrar el tipo de injusto.

<sup>291</sup> Al respecto se puede consultar Carrara, Ob.Cit. pp 139-148.

Sin duda la problemática en este tema alcanza su punto álgido en cuanto a la punición o no de la figura delictiva tentada cuando ésta resulta ser inidónea, dejando de lado las posturas como son las subjetivas que plantean en todo caso que basta la intención manifestada en fase de ejecución para que se integre el injusto y por tanto para que se de la necesidad de pena en forma plena, y por ello hemos venido reiterando la afirmación que para resolver esta problemática la influencia fundamental será la que derive de la toma de postura en cuanto a la integración del injusto, es decir si éste requiere de desvalor de acción únicamente o si es necesaria la integración con el desvalor del resultado.

### **2.3.2. La Idoneidad como Exigencia del Legislador.**

Primero no resulta ajeno a lo antes dicho que tanto la tentativa idónea como la que no lo es, **requieren que el sujeto activo se encuentre en el inicio de la fase ejecutiva del *iter criminis*, sin la producción del resultado por causas ajenas a su voluntad.**

Tampoco somos discordantes con las afirmaciones de que toda tentativa, por la misma razón de no llegar a la consumación es porque fue idónea, pues de haberlo sido el delito sin duda se hubiera consumado, es decir que no existe una tentativa que se pueda afirmar como absolutamente idónea pues sin duda entonces se trataría de un delito consumado, así es que podemos aceptar desde el punto de vista fáctico la *graduación de la idoneidad*<sup>292</sup>. Sin embargo, el análisis de la idoneidad de la tentativa si puede llegar a afirmar el merecimiento y necesidad de pena, o bien a negarlo, razón suficiente para que nos ocupemos aún cuando sea en forma breve de cual ha sido el tratamiento que le han dado nuestros códigos federales.

---

<sup>292</sup> De esa idea Zaffaroni Raúl Eugenio, en "Derecho Penal Parte General", Ob. Citl y Bacigalupo aun cuando con otro matiz en "Principios de Derecho Penal".

### **2.3.2.1. En el Código Martínez de Castro de 1871.**

En este cuerpo legislativo fue el artículo 25 el que se ocupó de la tentativa inidónea, en forma expresa, denominándolo como delito intentado de la siguiente manera:

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

Quizá además de la forma expresa de su distinción, lo que más llama la atención es que este código si establecía una sanción para el llamado "delito intentado", así en el artículo 203, marcando tres reglas que daban penalidades distintas, plasmadas en sendas fracciones, así, para el caso de que el delito se hubiere intentado en contra de personas o bienes determinados pero existiera un error en la persona o en el bien, es decir que se hubiera dirigido a otros distintos, entonces se aplicaba la pena del delito consumado; en un segundo caso se advertía una imposibilidad de consumación por las circunstancias "presentes" pero que en otro caso si que se hubiere llegado a la consumación, entonces la pena era de un tercio a dos quintos del delito consumado; y finalmente la tercera fracción señalaba el caso de imposibilidad absoluta una pena de 10 a 1000 pesos.

### **2.3.2.2. En el Código Almaraz de 1929.**

En este código la propia redacción del artículo 21 del ordenamiento en cita excluyó en forma expresa la posibilidad de considerar como una tentativa punible a la que se presenta en forma inidónea, recordemos el texto del código penal en cita:

Artículo 21. 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 o espontáneo desistimiento.<sup>293</sup>

### **2.3.2.3. En el Código Penal de 1931.**

El ordenamiento en cita no hizo una mención expresa sobre la idoneidad y tal y como lo sostuvimos en el estudio previo de este cuerpo legal, tampoco es dable derivar de su redacción la exigencia de tal idoneidad contrario a las opiniones de diversos autores, pero recordemos dicha redacción para reafirmar nuestra aseveración:

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

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

### **2.3.2.4. La Reforma al Código Penal de 1931.**

Damos cuenta de esta reforma porque es en ella en la que se plantean algunos lineamientos que se han de seguir en la siguiente y que tienen que ver directamente con la forma de concebir la tentativa inidónea. La citada reforma fue llevada a cabo el de 29 de diciembre de 1984, publicada el 14 de enero de 1985, el texto reforma decía lo siguiente:

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

<sup>293</sup> Existe una redacción distinta del artículo invocado en el trabajo de García García Rodolfo, Ob. Cit.p.12.

debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

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

Esta definición en la parte que nos importa, es decir, en su primer párrafo, no ha cambiado mucho hasta nuestros días por lo que justificamos su estudio conjunto, en efecto la actual definición señala:

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

Después de revisar los textos mencionados podemos asegurar que el legislador no se ocupó de plantear una **diferencia expresa**. Esto es, en la definición legal, **no se establece diferencia expresa entre la tentativa idónea e inidónea**, sin embargo tal y como lo señala el penalista **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE** y coautores en su libro de "Lecciones de Derecho Penal", esta diferencia es **necesario inferirla** precisamente de la frase "actos ejecutivos que **deberían producir el resultado**", debido a que el legislador está reclamando una determinada actitud de la acción<sup>294</sup>, por esto, es que el problema se centra en determinar que acciones son idóneas y cuales no lo son y en todo caso **cual es el momento en el que se debe realizar este tipo de análisis**. Efectivamente porque pensemos en el siguiente ejemplo: *el sujeto A con intención de privar de la vida al sujeto B penetra en su domicilio por la noche armado con una*

<sup>294</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ob.Cit. p.198

*subametralladora debidamente abastecida y en perfectas condiciones de funcionamiento, además con el dato exacto de cual es el dormitorio que ocupa su víctima, la cual debido a una llamada anónima alcanzó a abandonar su casa unos minutos antes, y en su representación el sujeto A llega al dormitorio y con un visor nocturno advierte el bulto del que cree es el cuerpo de B dormido, y en ese momento dispara una ráfaga de su arma, y no conforme, una segunda, huyendo a toda prisa del lugar.* Ahora bien, atendiendo a la redacción del artículo 12 diríamos que la conducta de A es la que **debería producir el resultado**, o bien la negaríamos atendiendo al dato de que no se encontraba una persona que pudiera resultar muerta. Bueno, es que eso es cuestión del momento de realización del juicio, y si es que ese debería atiende a un análisis *ex ante* o bien *ex post*, considero que el debería es sin duda un dato a analizar *ex ante*, lo que no quiere decir que concluya que se trata de una tentativa punible que tiene el mismo merecimiento de pena como si hubiera estado el sujeto B en su habitación, lo cierto es que nuestra opinión en tomo a la pena la daremos como ya dijimos en el siguiente capítulo por lo que dejamos hasta aquí la reflexión. Algo que sí podemos afirmar, es que nuestra legislación no puede considerarse como nugatoria **en forma expresa** de cualquier tipo de tentativa aparente, como sucede en otras legislaciones, por ejemplo el Código Penal Italiano, en su artículo 49.2.

Pero como ya dijimos, en todo caso se tendrá que advertir más adelante que es lo que realmente sucede con esta figura de la tentativa y si es que resulta importante su diferenciación o no, pero de ello nos ocuparemos en el capítulo final, en cuando abordemos los temas propios de las sanciones para las diversas figuras de tentativa y de la graduación del injusto en ellas, por lo que ahora, simplemente daremos cuenta de los tratamientos que en la doctrina se dan a este tema, e inclusive las distinciones que algunos autores han realizado en tomo a dicha figura de la tentativa inidónea.

Así, **ENRIQUE BACIGALUPO**, tomando posición, se pronuncia como partidario de que la pena en la tentativa tiene vinculación con del desvalor de resultado y para ello gradúa este desvalor estableciendo un **desvalor de resultado máximo**, otro **medio** y finalmente uno **menor**, grados que se representan en la **consumación**, la **tentativa idónea** y la **tentativa inidónea**, clasificación en la que la tentativa inidónea representa un principio de ejecución, pero sin peligro real.<sup>295</sup> No nos adherimos a la forma de entender el papel del desvalor de resultado que expone el magistrado, y ya tendremos oportunidad de dar nuestras razones, pero en principio no podemos aceptar que en la llamada tentativa inidónea se presente un desvalor de resultado menor, cuando lo que se afirma es su ausencia.

Pero siguiendo con nuestro recorrido, ahora veamos cuales son algunas formas de inidoneidad.

### **2.3.3. Inidoneidad en el Autor.**

Existe una problemática derivada de la **inidoneidad del autor en los delitos especiales**, la cual se presenta precisamente cuando se exige por el tipo una **calidad específica en el autor**, dándose dos diferentes posturas una que lo considera como delito putativo y otra que lo precisa como tentativa inidónea, lo que vuelve necesario que veamos cada una de ellas.

#### **2.3.3.1. Se trata de un Delito Putativo.**

Esta corriente sostiene que cuando falta la calidad en el sujeto no existe la tentativa inidónea, toda vez que se trata de **una suposición de una calidad jurídica**, y por tanto de que su actuar es contrario a la ley, es decir que supone

<sup>295</sup> Bacigalupo Enrique, "Principios de Derecho Penal", Ob.Cit. p.198.

una antijuridicidad que no existe y por ello es la suposición de un delito que no existe, actualizando la hipótesis del delito putativo.

No olvidemos que al delito putativo lo han manejado muchos autores como el **error de prohibición al revés**, en él, se da el caso de que el **sujeto activo cree que está realizando un acto que se encuentra penado por la ley**, cuando en realidad su actuar no es típico por falta de norma expresa, el ejemplo de un delito putativo sería el caso del sujeto que piensa que al tener dos mujeres, no obstante no estar casado con ninguna de las dos comete bigamia o el que teniendo una autorización derivada de una ley o un reglamento para disponer de un bien, lo toma suponiendo que lo ha robado, como podría suponerse en los clubes de playa en los cual al ingresar y pagar se puede disponer de todo lo existente y consumir todo lo que se encuentre, lo mismo pasaría en el caso de que un sujeto, en el Distrito Federal estuviere convencido de su deseo de cometer adulterio y por tanto, lleva a cabo en forma pública el trato de su pareja extramatrimonial, desconociendo que el tipo penal se encuentra derogado.

Este criterio deriva, sin ser el mismo, de la **Teoría de la Carencia del Tipo** desarrollada por **JIMENEZ DE ASÚA**, en la cual la única posibilidad de que exista tentativa se presenta cuando lo único que falta del tipo objetivo es el resultado típico, pues **cuando falten otros elementos del tipo desde el inicio lo que habrá será carencia de tipo, y no inidoneidad de la tentativa**.

### **2.3.3.2. Se Trata de una Tentativa Inidónea**

Esta postura la calidad del autor que exigen ciertos tipos es sin duda un elemento del tipo y por ello el criterio es que se da el comienzo de ejecución de una acción, **suponiendo que existe un elemento del tipo que en realidad no existe**, lo que debe considerarse como si se tratara de cualquier otro elemento

del tipo, es decir que se tratará de una tentativa inidónea como si faltara el medio o el sujeto pasivo.

### **2.3.3.3. Puede ser Tentativa Inidónea o Delito Putativo**

Se trata aquí de una posición prácticamente de resumen, es decir, que señala que si el error recae sobre las circunstancias fácticas que dan origen a la calidad, entonces se trata de una tentativa inidónea, y cuando estemos en presencia de un error que recaiga sobre el deber que surge de una supuesta calidad, entonces estaremos en presencia de un delito putativo.

En este punto **ENRIQUE BACIGALUPO**, señala que el deber de autor que precisamente se funda en la calidad de éste, no es elemento del tipo sino consecuencia de la antijuridicidad, puesto que el deber que surge de la norma no pertenece al tipo, pues lo que pertenece al tipo son las características que determinan el surgimiento del deber.

### **2.3.4. Inidoneidad en los Medios y en el Objeto.**

Para **BACIGALUPO**, la inidoneidad se puede dar derivada de dos circunstancias, una que tiene que ver con los medios y otra que se enfoca en el objeto.

Por lo que toca a los medios, se trata de tentativas que se llevan a cabo con la utilización de un medio que por sus propias características no puede causar ningún tipo de peligro para el bien jurídico contra el que se dirige, y en ese sentido encontramos por ejemplo al sujeto que trata de privar de la vida con una sustancia química que realmente tiene efectos medicinales en la creencia de que es veneno, o bien sin utilizar la dosis adecuada de una sustancia que si es

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

veneno, la emplea resultando inocua; o cuando se utiliza una arma de fuego sin saber que la misma está descargada o en su defecto que los cartuchos que tiene son meramente salvas.

Ahora, bien cuando los medios utilizados son absolutamente disparatados, es decir, que provocarían incluso hilaridad, estamos en presencia de la **tentativa irreal**, o también llamada **tentativa supersticiosa**, misma que por obvias razones resulta impune, como cuando un sujeto supone que privará de la vida a su esposa tirando su fotografía al mar, o bien realizando una serie de conjuros y rezos específicos, esto es, dentro de la ciencia jurídica el derecho no puede reaccionar validamente contra las meras creencias, lo que no sucede cuando alguien siguiendo el consejo de un brujo da un bebedizo a otro con la esperanzas de que pierda la razón, y agrega una serie de conjuros como refuerzo, en este caso se puede tratar de alguna planta que en efecto lleve al sujeto a la locura, por lo que sin importar el dato del brujo y de los conjuros, es claro que el medio utilizado resulta peligroso para el bien jurídico que se pretende afectar (la salud).

En los casos de inidoneidad en el objeto, se trata de un objeto sobre el que recae, la acción, que por sus condiciones no permite la consumación, o bien puede ser que el objeto falte totalmente, como puede ser el ejemplo clásico de que se practiquen maniobras abortiva a una mujer que realmente no está embarazada, en el primer caso o bien el que dispara sobre un bulto pensando que es su enemigo y resulta ser un maniquí o cuando se realizan actos lascivos cuando la persona ya había perdido la vida.

### **2.3.5. Tentativa Inidónea y Delito Putativo.**

Hemos ya esbozado una advertencia entre la distinción que debe haber de la tentativa inidónea y del delito putativo, así, podemos hablar de la figura del error,



uno de tipo y otro de prohibición, solo que aquí dicha figura se presenta con la característica de aparecer al revés, tal y como procedemos a distinguir.

### 2.3.5.1. Error de Tipo al Revés.

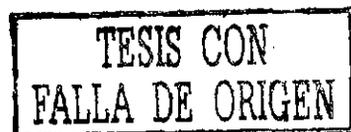
Abordamos el tema que en otros tiempos se denominaría como error de hecho al revés. No perdemos de vista la afirmación de **ZAFFARONI** en el sentido de que todas las tentativas son errores de tipo al revés,<sup>296</sup> debido a que siempre *ex post* se comprueba algún error en el transcurso del hecho, sin embargo es claro que cuando aludimos a este tema nos ubicamos en el manejo que le dio **KRIEGSMANN** (1904) del supuesto en que el autor a pesar de que conoce la valoración jurídica de su acción, pero se equivoca en las circunstancias concretas de la misma.<sup>297</sup>

Así en la tentativa inidónea **el error siempre será sobre los hechos** (*error facti*) que hay en la figura del delito. En el mismo sentido se ha pronunciado la doctrina española y la interpretación jurisprudencial alemana, cuando para esta última el error de tipo era considerado como el error que recae sobre aquellas circunstancias de hecho del tipo legal, incluidas las circunstancias del tipo justificantes, es decir aquellas que son de naturaleza fáctica, en obvia aceptación de la teoría de los elementos negativos del tipo.

El hecho de que se invoquen como errores al revés tiene su origen en que se considera que en estas figuras **existe una relación inversa**, así el autor admite erróneamente la existencia de una ausente característica del tipo, sin duda tiene un error al revés de tipo; el error de tipo y el error de prohibición se encuentran en una relación absolutamente opuesta. En este orden de ideas, cuando en un asunto el error sobre las circunstancias fáctico-objetivas de hecho y es en favor

<sup>296</sup> Zaffaroni en "Derecho Penal Parte General", Ob. Cit. p.799

<sup>297</sup> Ferré Trepal Ob. Cit. p. 415



de autor, estaremos en presencia de un error de tipo, y **cuando es en su contra**, será un error de tipo al revés o tentativa inidónea o bien delito imposible, a esta inversión del error, según cita **FERRE TREPAP** que **SAX**, un autor alemán, la maneja, tratándose de error de tipo al revés, como **una afirmación de la actitud delictiva del autor**.<sup>298</sup> Claro que en este supuesto el error no recae sobre la norma que conoce el sujeto activo, sino sobre su conducta.

En la siguiente interpretación de Tribunales Colegiados que corresponde a la octava época, encontramos una aproximación a lo que podemos entender como delito imposible, de acuerdo con la diferencia planteada entre éste y la tentativa inidónea, es decir el dato *ex post* que se revela precisamente después de realizada la acción:

#### **HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, NO CONFIGURADO.**

Si en el caso a quien se imputa el delito de homicidio en grado de tentativa, reconoce que tuvo la intención de privar de la vida a determinada persona cuando ésta pasó por el frente de su casa a bordo de un vehículo y admite además haberse introducido a su domicilio a tomar una arma de fuego y dirigirse al lugar en que estaba estacionado el automotor, pero al llegar se percata de que en su interior no se encontraba nadie y hasta entonces realiza un disparo, es indiscutible que su conducta no se traduce en un acto ejecutivo de la figura típica del homicidio, habida cuenta de que para el momento en que exteriorizó su conducta no tenía a su alcance el objeto del delito, por no hallarse ya en el lugar requerido para ello, estando por tanto en presencia del delito imposible o tentativa inidónea.

#### **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.**

XI. 2o. 112 P

Amparo en revisión 16/94. Jesús Díaz Barriga Salinas. 24 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Época: Octava

---

<sup>298</sup> *Ibid*, p. 414

Epoca. Tomo XIV-Octubre. Tesis: XI. 2o. 112 P Página:  
309. Tesis Aislada.

También en torno al tema del error de tipo al revés nosotros hemos planteado en diversos foros el siguiente ejemplo que bien pudiera ser trasportado a otro delito y otros supuestos, pero como siempre ha sido causa de polémica permítasenos exponerlo ahora aquí: *Se trata del caso de un sujeto A, que era el encargado de cuidar los cadáveres que se ubican en un hospital de la Ciudad de México, y en uno de esos días, es bajado el cadáver de la sujeto B, una mujer de bellas facciones y formas, atributos que despiertan la conducta desviada de A, quien se propone realizar en B un acto de necrofilia, y efectivamente lleva a cabo todos los actos preparatorios necesarios que resultan obvios de explicación, y en el momento preciso de la mayor aproximación para penetrar el cadáver, B despierta de un estado cataléptico, y al observar las circunstancias en que se encontraba A, provoca en B una gran alarma y sin más se llega a la intervención policíaca, al inicio de las investigaciones, dando lugar a la consignación y dictado de auto de formal prisión por el delito de tentativa de violación.*<sup>299</sup> Nuestra pregunta siempre ha sido, ¿Acaso ese sujeto quería cometer un delito de violación?, sin duda que si analizamos el caso con calma tendremos que contestar que no, pues si eso hubiera sido entonces se hubiera ocupado de alguna mujer viva, a la que seguramente sometería por la fuerza. Pero ahora el problema es ¿Se trata de un error de tipo?, y la respuesta otra vez es que no, pues lo que no hay duda es que el sujeto si tiene una actuación dolosa, por lo que no podemos decir que esa tentativa de "violación", la comete por error, entonces que estará pasando, bueno, pues consideramos fundamental el advertir que el sujeto lo que quiere es cometer un delito de necrofilia, conducta tipificada en la ley, y no una violación, pero se puede decir que entonces ese sujeto debió de ser consignado y procesado por tentativa de necrofilia, pues no, porque el sujeto tiene un error en cuanto a dicho tipo penal, pues el supone que

---

<sup>299</sup> El ejemplo fue expuesto por un compañero del posgrado de la UNAM, en la especialidad de Derecho Penal, en la Clase del doctor Carlos Daza en el año de 1998.

existe el objeto jurídico, es decir el cadáver, pero lo cierto es que no, por lo que ese error de tipo al revés, da lugar a una tentativa aparente.

### 2.3.5.2. Error de Prohibición al Revés.

Siguiendo con la teoría de la inversión del error, se presenta ahora la que consiste en que el autor tenga en su mente un desconocimiento de los límites del ordenamiento jurídico punitivo (*error iuris*), este puede ser de dos formas una, que se refiere la **suposición de existencia de una norma penal inexistente**, y otra que consiste en la **ampliación del ámbito de aplicación de una norma penal realmente existente**. En esta clase de error señalaba **KRIEGSMANN**, que existe un **dolo putativo** que acompaña la conducta del autor, a diferencia del caso anterior que se trata de un dolo típico, con un error sobre la parte objetiva, aunque por la época de su desarrollo lo refiere como un dolo antijurídico, en atención a que la conciencia de antijuridicidad formaba parte del mismo. En este caso para **SAX**, la inversión en el error de prohibición, es más bien una inversión de pensamiento jurídico que pone de relieve la actitud del autor frente al derecho, el error recae directamente sobre la norma, recordemos en el error de tipo hablaba de una actitud delictiva, es pues el caso **del delito putativo** cuyos ejemplos ya dejamos planteados en su oportunidad, ahora veamos un par de Tesis Aisladas de la Primera Sala de nuestro máximo tribunal:

#### **ERROR DE SUBSUNCION INVERTIDO.**

Aun cuando el inculpado manifieste "que sabía el delito que tenía por encubrir a sus dos amigos a quienes no denunció ante las autoridades por la amistad que lleva con sus amigos", tal apreciación subjetiva no amerita un pronunciamiento de responsabilidad en su contra, puesto que configura un delito putativo, por error de subsunción invertido --entendido este último en sentido amplio y no sólo como un error sobre el significado jurídico penal de un elemento del tipo--, pues estimó erróneamente que su conducta (omisión de denunciar el hecho delictuoso) encuadraba en el tipo contenido en las fracciones IV y V

del artículo 345 del Código Penal del Estado de Michoacán, cuando en realidad tal adecuación no opera.

Amparo directo 6354/83. Victor Manuel Estrada Limón. 5 de noviembre de 1984. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Tomás Hernández Franco.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1984, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 26, página 23.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 187-192 Segunda Parte. Tesis: Página: 31. Tesis Aislada.

#### **DELITO TENTADO, PUTATIVO E IMPOSIBLE.**

El delito se constituye por un conjunto de elementos materiales, normativos y subjetivos y tratándose del delito tentado, la conducta desplegada por el agente debe consistir en la ejecución de actos encaminados directa y necesariamente a la consumación del delito, que no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente. No es dable confundir en la doctrina lo que es un delito putativo con un delito imposible. El primero significa la ausencia de tipo en la ley punitiva y el error en que se encuentra la persona que tiene la creencia de que está delinquiendo; en el segundo si existe tipo en la ley punitiva, pero su realización es imposible.

Amparo directo 5545/57. José Valdez Olaguez y coag. 29 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XVI, Segunda Parte. Tesis: Página: 102. Tesis Aislada.

De la mano de **STRUENSEE** podemos afirmar que el delito putativo no tiene una autonomía en si mismo, razón por la que no hay una conceptualización segura del mismo y se ha preferido darle una caracterización al mismo en las fronteras con el dolo.<sup>300</sup> Como datos relevantes se puede decir que en el caso de el delito putativo no obstante que un sujeto tiene la firme convicción de cometer una

<sup>300</sup> Struensee Eberhard. "Dolo, Tentativa y Delito Putativo", Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, 1992 p. 93.

conducta que el cree antijurídica, en realidad no existe dolo, pues no existe la referencia típica para tal efecto, es decir resulta definitivo que no puede pensarse que un delito putativo es un caso de asimilación con la tentativa debido al deseo antinormativo del sujeto, no pues su representación no es relevante dada la carencia de un referente típico, en palabras de **STRUENSEE**:

*"El principio de la delimitación entre tentativa y delito putativo es claro: se trata sólo de medir la situación de hecho representada según los conceptos típicos y no, al contrario de ampliar a éstos conforme a la suposición del actuante"*<sup>301</sup>

### **2.3.5.3. Delito Putativo y Tentativa Inidónea con referencia a los Elementos Normativos del Tipo.**

Aquí nos encontramos en los supuestos en los que la norma que el autor cree infringir efectivamente existe, sin embargo, su error se precisa en la extensión de la misma norma. Es decir el tipo penal efectivamente existe, solo que no en la extensión en el que se lo proyecta. El caso más claro se da cuando el sujeto cree que se encuentra presente un elemento normativo del tipo que realmente no concurre, como cuando cree que está causando un quebranto que realmente no se da, o bien que está declarando falsamente cuando declara ante un Notario Público. Se dice que en todo caso este tipo de error de prohibición al revés resulta impune atendiendo a que la calificación de lo que está prohibido sólo le corresponde al legislador. Pero el problema no es de tan simple solución, pues lo realmente complicado es en todo caso distinguir cuando estamos en un delito putativo por error en la extensión de la norma, y cuando ese error se puede considerar que ha recaído sobre una circunstancia del hecho, con resultado de tentativa inidónea.

---

<sup>301</sup> *Ibid.*, p.94.

Una nota que debemos dejar apuntada en torno a esta problemática, es la relativa a que para que exista dolo en relación con los elementos normativos del tipo, es sin duda necesario que el autor los conozca, y éstos no pueden ser conocidos cuando el autor sólo conoce la realidad que le es aprehensible por los sentidos, así para acreditar el dolo de un delito bancario no sería suficiente con conocer si se trata de un pasivo en contra de la institución, pues el sujeto realmente no conoce lo que es un "quebranto", aunque no se debe llegar al extremo de que se requiera una exacta subsunción, pues como lo advierte **STRATENWERTH** sólo podrían delinquir los juristas, lo que realmente se requiere es que el autor hubiere comprendido el significado normativo social sin requerir un dominio jurídico, en este sentido se requeriría con el ejemplo anotado que el autor sepa que se trata de un pasivo irrecuperable para el banco con todas las consecuencias que ello implica de la misma forma el conocimiento de ajeneidad sólo requiere la conciencia de que la cosa pertenece a otro, como advierte **FERRE TREPAT**, "se precisa que el autor haya comprendido en base a una valoración paralela al profano,"<sup>302</sup> con este conocimiento ya podemos hablar de que se da el dolo, y no se puede alegarse entonces un error de tipo, sino en todo caso podría llegarse a un error de prohibición.

En general se reconoce la dificultad práctica para distinguir entre delito putativo y tentativa inidónea, cuando se trata del error de prohibición al revés por extensión de la norma, por lo que a manera de corolario sirva la siguiente nota conclusiva de la doctora **FERRE TREPAT**:

*"Cuando el autor supone que concurren los presupuestos de la norma penal, en la forma en que verdaderamente éstos han sido establecidos por el ordenamiento jurídico, no puede hablarse de extensión de la norma penal. En estos casos sí puede afirmarse que conoce la conducta prohibida y que su equivocación radica en creer que él ha cometido dicha conducta...tentativa inidónea punible sin que tenga relevancia que el error lo sea sobre los hechos o sobre el Derecho...en el delito putativo el autor conoce correctamente la conducta que realiza, pero la subsume equivocadamente en una característica del tipo a la que atribuye una amplitud superior a la prevista por el*

---

<sup>302</sup> Ibid, Ferre Trepát p. 423

*legislador...cometería una tentativa inidónea punible de acusación o denuncias falsas quien cree denunciar falsamente un hecho que, de haberse producido en la forma que el autor se lo ha representado, constituiría delito.*

*En cambio sólo puede considerarse un delito putativo la conducta de quien denuncia una infracción administrativa creyendo que se trata de un delito. También como delito putativo debería juzgarse la conducta de aquel que conociendo correctamente el órgano ante el que se encuentra realiza una denuncia falsa porque erróneamente cree que se trata de un órgano competente para la persecución de los delito...en cambio tentativa inidónea si el autor supiese que su falsa declaración se lleva a cabo ante un órgano que de ser el que él supone sería competente".<sup>303</sup>*

En relación con el punto del delito putativo resulta importante destacar la acotación que refieren **COBO DEL ROSAL**, y **VIVES ANTON**, pues para ellos, este se presenta tanto en los supuestos en los que el autor cree que se dan el hecho caracteres típicos, como cuando supone que su acto es delictivo cuando en realidad no lo es, advirtiendo que la distinción que considera sólo delito putativo a la segunda categoría deviene precisamente de la doctrina alemana, por el predominio de la concepción subjetivista que fue defendida ya desde 1872 por **VON BURI**, al contrario de la doctrina italiana, en la cual se da igual tratamiento en las dos figuras, pues la diferencia entre dañar una cosa propia, creyendo que es ajena, o hacerlo creyendo que es delito, resulta irrelevante.<sup>304</sup> En ambos supuestos advierten la presencia de un dolo traducido en una mala voluntad y la falta de un peligro para el bien jurídico, por lo que finalmente se niega la incriminación.

## **2.4. El problema del Desistimiento en la Tentativa.**

Ya cuando hablamos de la historia legislativa de la figura del delito tentado en nuestro país tuvimos la oportunidad de mencionar cuales han sido los ordenamientos que recogieron esta figura y también, a partir del Código Penal de 1931, cual fue la reforma que nos permitió reconocer el supuesto del

---

<sup>303</sup> *Ibid*, p. 432

<sup>304</sup> *Cobo del Rosal, Ob. Cit. p.656*

desistimiento del delito y los efectos legales del mismo, ahora, procederemos al análisis con más detalle de dicha figura.

El punto de partida entonces lo situamos en el mismo artículo 12 del código penal vigente, tanto el federal como el del fuero común, cuando señala en su párrafo tercero, que **el desistimiento** en la tentativa tiene ciertos efectos en cuanto a la pena, al respecto, la parte que nos ocupa señala textualmente:

“Artículo 12. ....

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

Es decir que nos encontramos ahora en una etapa en la cual el delito además de que se encuentra en la fase externa del *iter criminis* ya ha penetrado precisamente en la fase de ejecución, y que permitiría inclusive un juicio de idoneidad desde el punto de vista *ex ante*, pero, el problema que se presenta es el que tiene que ver precisamente con **el cambio de dirección en la actuación del activo**, cambio que se presenta de un modo absolutamente **voluntario**.

En relación con el desistimiento, **CARRARA**, al referir al conato como un delito imperfecto, señala que hay que atender al porque ese delito quedo sólo en un conato, es decir para conocer la **cualidad** del conato, es necesario saber las causas de su imperfección y dichas causas las advierte sólo de dos tipos, bien voluntarias o casuales, y por supuesto para las primeras es necesario apreciar un cambio totalmente **espontáneo** en la voluntad del agente.

**CARRARA** no hace una efectiva distinción entre **arrepentimiento y desistimiento**, pues generalmente invoca el primero, aunque en ocasiones también señala al segundo **sin establecer distingo**, por lo que en principio se puede decir que los maneja en forma sinónima.

En el tema del desistimiento es necesario detenerse en varias cosas, entre ellas se vuelve preciso el conocer el motivo del desistimiento para después proceder a la distinción entre desistimiento y arrepentimiento.

### 2.4.1. El Motivo del Desistimiento.

Un primera discusión, la centran los teóricos en el motivo del desistimiento, es decir si este requiere ser un desistimiento motivado por una voluntad buena, o simplemente existe un interés en el sujeto activo motivador del desistimiento como puede ser el evitar el castigo. En palabras de **MARTINEZ ESCAMILLA** nos encontramos con uno de los puntos más conflictivos, la voluntariedad del desistimiento.<sup>305</sup>

Se advierte que el fundamento de la ausencia de pena en el desistimiento de la tentativa es variado, pero que sin embargo, la concepción más antigua es la denominada **teoría de la política criminal**, conocida de igual forma como **teoría del premio**<sup>306</sup> citada por **FEUERBACH**, (a enemigo que huye puente de **plata**)<sup>307</sup> en el entendido de que la ley busca establecer una motivación a través de la exención de pena, para que el autor desista de su hecho, esto en virtud de que de no hacerlo así, se obligaría entonces al delincuente a llegar a la consumación, pues habría ya una pena que aplicar de igual modo, aún cuando no de la misma intensidad, bien se tratará de tentativa o bien de consumación, por lo que su arrepentimiento no le haría ganar nada importante.<sup>308</sup>

---

<sup>305</sup> Martínez Escamilla Margarita, "El Desistimiento en el Derecho Penal, Estudio de Algunos de sus Problemas Fundamentales", Editorial, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, España. 1994. p.3.

<sup>306</sup> Bacigalupo, Ob. Cit. p.202

<sup>307</sup> Citado por Mir Puig, Ob. Cit. p.350.

<sup>308</sup> Martínez Escamilla, Ob. Cit. p.39.

Esta idea fue retomada posteriormente en la época del positivismo alemán por **VON LISZT**, en su idea de que la ley otorgaba un **punto de oro**<sup>309</sup> al delincuente que se retiraba de la comisión del delito, principio tomado de **BERDUGO DE LA TORRE** y coautores citan de la siguiente forma:

*"El legislador opta por conceder la generosa recompensa de la impunidad, siguiendo el viejo principio político - criminal que reza a enemigo que huye: puente de plata".*<sup>310</sup>

No dejamos de anotar que en la actualidad la teoría de la política criminal no logra dar un soporte efectivo a la razón por la cual la ley otorga impunidad al desistimiento, lo cierto es que las críticas son variadas, y ello dio lugar a que se estructuraran otras tantas explicaciones como son las que fijan el motivo de la reducción de pena en el hecho de que **el delincuente deja constancia de que su voluntad criminal no resultó ser de la intensidad necesaria para que se de origen a la reacción punitiva**, así aparece como innecesaria la pena desde la óptica de prevención especial y general, ésta es la que se conoce como **Teoría de la Disminución de la Voluntad Criminal**. En relación con esta forma de justificar el motivo de la atenuación de pena en el desistimiento, **ENRIQUE BACIGALUPO**<sup>311</sup> explica que precisamente la **Teoría de la Culpabilidad Insignificante de WELZEL**, entiende que en el desistimiento la culpabilidad del sujeto llega hasta el grado de ser insignificante, también son defensores de esta misma idea **GUTMANN** y **HEINITZ**.

Una idea más es la que se refiere **al fin de la pena**, esta postura que de algún modo ya han dejado sus planteamientos cuando se mencionó la disminución de la voluntad criminal, tiene un soporte al nivel de la culpabilidad, puesto que se entiende que en el desistimiento se advierte el planteamiento de la **necesidad de pena**, y por la propia naturaleza del hecho mismo del desistimiento, pues si éste se pudo realizar quiere decir que no hay resultado y el sujeto lejos de dar un

<sup>309</sup> Ibid Bacigalupo p.202

<sup>310</sup> Berdugo Gómez de la Torre, Ob.Cit. p.241.

<sup>311</sup> Bacigalupo Enrique, Ob. Cit. p.202

mal ejemplo a los demás, muestra su atención al derecho, porque finalmente se decidió por el mandato de la norma, resultando entonces no justificada una pena por no encontrar un parámetro de justificación ni desde el punto de vista de prevención general, ni de la especial. Como defensor de esta idea encontramos a **ROXIN**.<sup>312</sup>

Existen más posturas como son a las que se refieren las teorías **premales o las jurídicas**, lo cierto es que en el momento de justificar el desistimiento, una sola de ellas no completa la tarea, por lo que se vuelve necesario el utilizar más de una a la vez, para en su caso advertir la disminución de culpabilidad, y la política criminal enfocadas en el marco mismo del fin de la pena, así es por ejemplo el pensamiento de **STRATENWERTH**, quien realiza un razonamiento de tipo ecléctico y para dejar constancia de ello permitásenos realizar la siguiente transcripción:

*“El desistimiento voluntario atenúa, sin duda, el merecimiento de pena del comportamiento: la culpabilidad que se da en la tentativa de todos modos desaparece en parte por el retroceso del autor, y también es menor la necesidad de fortificar la vigencia de la norma mediante una sanción. El hecho de que se renuncie por completo a la pena se fundamenta en que es necesario brindar al autor un estímulo adicional en interés de la no producción del resultado. De otra manera, no se entendería porqué (al contrario de lo que ocurre en el derecho vigente) la tentativa de evitar el resultado del delito ha fracasado aparentemente pro casualidad, resulta ya suficiente para el perdón de la pena.”<sup>313</sup>*

#### **2.4.2. Desistimiento o Arrepentimiento.**

Sin duda este tema tiene que ver y por tanto lo abordaremos de nueva cuenta, cuando sean señalados los requisitos del desistimiento en la tentativa acabada e inacabada, pues, el punto es que existen autores que sólo hablan del desistimiento y lo vinculan con la tentativa acabada e inacabada (delito frustrado) precisando que **es un error denominar como arrepentimiento al**

<sup>312</sup> Martínez Escamilla. El Desistimiento..Ob. Cit. p.54.

<sup>313</sup> Stratenwerth Günther, Derecho Penal, Ob. Cit. pp.219-220.

**desistimiento**, así el maestro **MIR PUIG**, prefiere llamar al arrepentimiento como desistimiento activo<sup>314</sup> pero también existen otros que se adhieren a la distinción entre el dejar de actuar y el actuar positivo una vez que el sujeto a concluido con su fase ejecutiva sin alcanzar el resultado, en esta línea el maestro **JIMENEZ DE ASUA**, advierte que "no es factible desistir de lo que ya hemos terminado"<sup>315</sup> por lo que opta por llamar a esta actividad como el **arrepentimiento eficaz**, el problema lo centra el maestro español en el hecho de que la ley (en España, en su época) sólo considera como causa de exclusión de pena al desistimiento, pero concluye que de igual forma puede decirse que en este tipo de frustración (tentativa acabada), **falta el requisito final de hacer todo lo necesario para esperar la producción del resultado**, por lo que ésta desaparece, si atendemos al punto de tipicidad objetiva.

#### **2.4.2.1. Teorías del Desistimiento Voluntario.**

Estas se agrupan en dos, por un lado las teorías **psicológicas**, y por el otro las **valorativas**, entonces es necesario que nos ocupemos aún cuando sea en forma breve de cada una de ellas. Con la importante acotación que realiza el maestro **MUÑOZ CONDE**, cuando refiere que en este tema penal, se trata de desentrañar a la **voluntariedad**, tal y como se deriva de la palabra **Freiwilligkeit** en Alemania y de **Volontarietà** en Italia, es decir de la parte subjetiva, de la actitud psíquica del autor.<sup>316</sup>

##### **2.4.2.1.1. Teorías Psicológicas.**

Para éstas, el desistimiento voluntario tiene como razón de ser el hecho de que el sujeto no alcanza la consumación aunque puede hacerlo y deja de ser

---

<sup>314</sup> Mir Puig, Ob.Cit. 353.

<sup>315</sup> Jiménez de Asúa, Ob. Cit. p.327.

<sup>316</sup> Muñoz Conde Francisco, "El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito", Editorial Bosch, Barcelona, España, 1972. p.68.

voluntario, cuando no quiere alcanzar la consumación porque no puede, al respecto se objeta el hecho de que en la práctica con esta concepción dogmática que atiende al pensamiento de **FRANK**<sup>317</sup> (no quiere aunque puede) dejaría impunes conductas que realmente no son propiamente desistimientos voluntarios, como por ejemplo advierte **MIR PUIG**, en el caso en que un sujeto deja de tomar el dinero de la caja, aunque podría hacerlo porque oye llegar a la policía. No obstante las objeciones no podemos menos que reconocer que la fórmula ideada por **FRANK** para resolver esta problemática tuvo un gran impacto en su época, al grado que se adhirieron a su pensamiento autores como **M. E. MAYER, MEZGER, WELZEL y MAURACH** entre otros, posteriormente la jurisprudencia alemana agregó el requisito de que el sujeto **podiera racionalmente según la experiencia** llegar a la consumación, se trataba entonces de analizar la **Impresión psíquica de los motivos de desistimiento**, pues si éstos resultaban tan fuertes que impedían al sujeto comportarse de otro modo, entonces necesariamente había que excluir lo voluntario de su actuar en esta línea se sumó **JESCHECK**, tal idea de la jurisprudencia alemana se advierte en la transcripción de maestro **MUÑOZ CONDE**:

*"Para medir el grado de la impresión psíquica de los motivos debe tenerse en cuenta si el autor, según la concepción ordinaria de la vida podía actuar razonablemente de otro modo."<sup>318</sup>*

Es importante no pasar por alto lo mencionado entorno a la **tentativa fracasada, o frustrada**, cuando analizamos la tentativa acabada e inacabada de acuerdo al pensamiento de **JESCHECK** y de **GÖSSEL**, afirmando en esas líneas que es una forma de tentativa en la que no se admite el desistimiento. A mayor abundamiento **MUÑOZ CONDE** distingue entre **tentativa fracasada propia e impropia**, para lo cual según nuestra forma de interpretar, sigue algunos de los lineamientos de la tentativa acabada e inacabada, es decir se tratará de una tentativa fracasada propia cuando el sujeto a realizado un primer intento y tras

---

<sup>317</sup> Fórmula Frank, Yo no quiero a pesar que puedo, esto es voluntario, yo no puedo a pesar que quiero, esto es involuntario.

<sup>318</sup> Muñoz Conde, "El desistimiento... Ob. Cit. p.84.

su realización ya no tiene forma de llegar a la meta que se había propuesto, en cambio, será una tentativa fracasada impropia aquella en la cual el sujeto después de un primer intento aún tiene la posibilidad real de seguir actuando y de llegar a su meta inicial.<sup>319</sup> También el maestro de Sevilla advierte que en estos supuestos resulta fundamental el plan de autor, y su concepción psíquica del suceso, por lo que no cambiaría la opinión de ser una tentativa fracasada la opinión de un observador medio, es decir se decanta la solución por el plano subjetiva en contra del objetivo.

Al tomar como punto de referencia a las teorías psicológicas la interpretación judicial de nuestro país estableció el siguiente criterio:

Octava Epoca  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: III Segunda Parte-2  
Página: 730

**ROBO, TENTATIVA PUNIBLE EN EL DELITO DE.** Si los quejosos planearon cometer un asalto en determinado lugar, para lo cual previamente se proveyeron de armas y en el momento de realizarse los hechos delictuosos las víctimas opusieron resistencia y por tal motivo los asaltantes se vieron obligados a huir, no es dable estimar que se hayan desistido voluntariamente de la comisión del delito de robo, sino que se está en presencia de una tentativa punible, esto es, no se trata de un puedo, "pero no quiero", sino de un "quiero, pero no puedo", que da la punibilidad en la tentativa.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo en revisión 308/88. José Enrique Espinoza Razzo y Luis David Covarrubias Sáenz. 13 de marzo de 1989. Mayoría de votos de los magistrados Raúl Solís Solís y Enrique Pérez González. Ponente: Raúl Solís Solís.

---

<sup>319</sup> *Ibid.* p.103.

### 2.4.2.1.2. Teorías Valorativas.

En cuanto a las teorías valorativas, la voluntariedad del desistimiento debe obedecer a motivos que sean susceptibles de una valoración positiva, esta valoración aunque se llega admitir que se realiza con bases éticas, la realidad es que las posturas más aceptadas como lo es la de **ROXIN**, sólo atienden a la valoración jurídica, así es que este autor habla de la racionalidad del delincuente, esto será, si por ejemplo el delincuente desiste porque llega la policía; Entonces el derecho penal no puede admitir la impunidad, en cambio, si se justifica cuando el desistimiento es contrario a esa racionalidad es decir, cuando un delincuente en las mismas circunstancias hubiera consumado, así se distingue entre el buen delincuente y el mal delincuente.

En general, podemos decir que se atiende a criterios de política criminal, es decir de prevención especial o general, ya eliminando el mal ejemplo para la colectividad o bien demostrando que el sujeto vuelve a la legalidad, y para ello se verá de un modo objetivo si el sujeto atiende a un desistimiento que proviene de su propia voluntad, y no que se da debido a las circunstancias exteriores.

En la misma línea de pensamiento, es decir en la tomar en cuenta otros factores que deben ser analizados *ex post*, encontramos a **PAVON VASCONCELOS**, quien siguiendo al maestro **SOLER** y apoyándose en **JIMENEZ HUERTA**, se apunta en el sentido de que es necesario analizar los medios que estaban a disposición del sujeto, de modo que **no se presentó ningún impedimento para seguir usándolos**. Así, se destaca la importancia del criterio de **los medios** en cuanto a descubrir si el sujeto renuncia aún cuando estaba empleando los medios ordinariamente necesarios para conseguir el resultado que buscaba, o bien si su desistimiento se presenta porque **requería de emplear medios superiores a los que estaba empleando**, es decir que se requería de medios superiores a los normales.<sup>320</sup>

---

<sup>320</sup> Pavón Vasconcelos Ob. Cit. pp127-128.

## **2.4.2.2. Desistimiento en la Tentativa Acabada e Inacabada.**

Como apuntamos al estudiar las diferencias entre la tentativa acabada y la inacabada, dicha distinción tiene su importancia práctica en relación directa con el desistimiento, por lo que corresponde ahora realizar su estudio, a fin de determinar la factibilidad del desistimiento una vez que el sujeto activo ha llevado a cabo según su plan y de acuerdo con la objetividad requerida, todo lo que era necesario para llegar a la consumación.

### **2.4.2.2.1. Desistimiento y Tentativa Acabada.**

En el caso de la tentativa en la que el autor ya ha realizado todos los actos necesarios para la consumación según su plan por lo que objetivamente ya podría darse el resultado en estos casos, para que opere el desistimiento, se exige un requisito adicional, que consiste en que el autor impida por los medios a su alcance la producción del resultado. Este es el desistimiento que como apuntamos previamente fue denominado por **MIR PUIG**, como desistimiento activo, y que fácticamente distingue del pasivo ejemplificando de la siguiente manera:

*“Quien ha sacado el arma dispuesto a disparar basta que en el último momento deje de hacerlo para que concurra desistimiento; en cambio, quien ha dejado una bomba lista para explotar a determinada hora, no puede desistir con un mero no hacer, sino que debe desarticularla activamente para evitar la consumación”.*<sup>321</sup>

---

<sup>321</sup> Mir Puig Ob.Cit. 353.

Para el pensamiento de **COBO DEL ROSAL** y **VIVES ANTON**, el desistimiento, cuando se trata de una tentativa acabada, no puede darse más que en la forma de **arrepentimiento espontáneo y eficaz**.

En el pensamiento de **JAKOBS**, el desistimiento sólo es factible cuando estamos en presencia de una tentativa inacabada, pues, cuando ésta ha alcanzado la característica de acabada, el actuar del sujeto sólo se entiende como un acto posterior al hecho, se trata pues de una nueva conducta, que de ninguna forma puede destruir la contravención a la norma que ya ha sido dada. **SANCINETTI**, siguiendo el pensamiento de **JAKOBS**, apunta que el desistimiento en esta fase de la tentativa acabada ya no es factible por las siguientes razones: el autor ya no puede desistir una vez que queda desligado de su conducta; su actuar ya no puede influir en el mundo, es decir cuando en relación con el resultado se presenta la tentativa fracasada, o bien por que supone imposible su intervención para la no producción del resultado y finalmente porque su actuar a partir de este momento se entiende como una conducta posterior al hecho, y su comportamiento posterior no puede modificar el hecho, y mucho menos integrarlo, (es decir no puede modificar la tentativa, ni tampoco formar parte de ella), y sólo es eso un actuar posterior al hecho.<sup>322</sup>

Aunque finalmente **JAKOBS**, no deja de reconocer que el desistimiento, de lo que él denomina como una conducta posterior al hecho, puede dar lugar a ser tomado en cuenta en el ámbito de la medición de pena, puesto que sin duda alguna tiene repercusión con el injusto del sujeto.

En torno al arrepentimiento y la participación, así como a la eficacia y la inoperancia del desistimiento cuando se trata de tentativa acabada, los tribunales federales han establecido algunos criterios de interpretación como los siguientes:

---

<sup>322</sup> Sancinetti, *Fundamentación Subjetiva...* Ob. Cit. p.83

**PARTICIPACION. ARREPENTIMIENTO,  
INEFICAZ PARA EXIMIR DE  
RESPONSABILIDAD.**

Si bien el quejoso indica haberse arrepentido al momento en que se iba a realizar el robo, retirándose del lugar, también lo es, que tal arrepentimiento no lo exime de su responsabilidad, pues éste no fue de tal manera eficaz para lograr así que no se consumara el robo por su coacusado; máxime que hubo preordenamiento eficaz para el resultado y no hubo absoluta pasividad de su parte, pues incluso le proporcionó un arma al autor material del delito, y en orden a esto, no se puede hablar de un desistimiento de lo que ya se ha terminado, como es haber aportado el arma, y dicho acto ya realizado constituye de por sí su participación en el delito y por lo cual tiene que responder penalmente como copartícipe del mismo.

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

Amparo directo 498/87. Amed Segura Fernández. 29 de octubre de 1987. Unanimidad de votos. Ponente: Alberto Martín Carrasco.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 217-228 Sexta Parte. Tesis: Página: 427. Tesis Aislada.

**TENTATIVA ACABADA, INOPERANCIA DEL  
DESISTIMIENTO TRATANDOSE DE.**

Si el agente ya había realizado todos los actos necesarios para la consumación del homicidio, infringiendo al pasivo lesiones idóneas para privarlo de la vida, no opera el desistimiento libre y espontáneo, porque siendo éste la interrupción del proceso ejecutivo sólo puede tener existencia jurídica cuando no se ha agotado dicho proceso, pues de lo contrario sólo puede darse el "arrepentimiento activo" o eficaz, que supone no una simple cesación de los actos de ejecución, sino una actividad, desarrollada por el mismo autor, que impide la consumación del delito, interrumpiendo el curso causal de la acción, evitando así la consumación del delito. Consecuentemente carece de trascendencia que el acusado dejara de agredir a la víctima cuando ésta se encontraba aún con vida, porque la conducta desplegada de accionar varias veces su arma de fuego en dirección al cuerpo del ofendido, a corta distancia y apuntando hacia

partes vitales del organismo humano, como son las regiones abdominales y cefálica, produciéndole lesiones que pusieron en peligro la vida, era apta y suficiente para producir el resultado querido y si éste no se consumó fue debido a causas ajenas a su voluntad y no como en la especie se pretende, a su arrepentimiento.

Amparo directo 124/87. Manuel Rodríguez Barajas. 3 de septiembre de 1987. 5 votos. Ponente: Francisco H. Pavón Vasconcelos. Secretario: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.

NOTA (2):

Esta tesis también aparece en:

Informe de 1987, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 71, página 48.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Séptima Epoca. Volumen 217-228. Segunda Parte. Tesis: Página: 71. Tesis Aislada.

#### 2.4.2.2.2. Desistimiento y Tentativa

##### **Inacabada.**

Se afirma que para el caso de la tentativa inacabada, es decir cuando el autor no ha realizado todos los actos necesarios para la consumación según su plan y objetivamente todavía no es factible que se de el resultado, para que opere el desistimiento, será necesario que el autor omita el seguir realizando actos tendientes a la consumación, que el desistimiento sea voluntario, y finalmente que el desistimiento sea definitivo, es decir que la renuncia a continuar con la ejecución sea sin ninguna reserva, tal y como sostiene **JESCHECK**.

Esta figura de la tentativa inacabada es a la que **JAKOBS**, denomina como tentativa no fracasada, que se compone de hechos modificables, así, sólo es desistible si la conformación de la conducta que comenzó en el pasado, todavía puede ser corregida en el presente, y siempre y cuando no se trate de una tentativa fracasada o de una tentativa acabada, pues, si no puede ser modificada se tratará entonces de una expresión de sentido del pasado que se entiende

como definitiva, como concluida y cualquier retractación, será una nueva conducta, y por tanto una conducta posterior al hecho.<sup>323</sup>

### 2.4.2.3. Tentativa Cualificada.

Es unánime la doctrina, y así lo admite nuestra legislación también, que en caso de desistimiento o arrepentimiento eficaz, si en la ejecución del hecho ha quedado consumado un delito independiente del que se pretendía realizar, éste será punible, es decir cuando con lo actuado se advierta constituido un delito independiente, como puede ser el caso de una tentativa de fraude desistida que puede dar lugar al uso de documento falso o al delito de falsificación de documento, también en este supuesto encaja el típico caso de la tentativa de homicidio que da lugar al delito de lesiones, o bien aquel caso de robo tentado en el cual ya se han causado daño a ciertos bienes en el curso causal, en todos estos casos se dice que existe una tentativa cualificada, así lo respaldan **COBO DEL ROSAL** y **VIVES ANTÓN**, cuando manifiestan:

*"En inmediata relación con el desistimiento se produce la llamada tentativa cualificada, cuando lo ya actuado constituye por sí mismo, un delito independiente, aunque el autor desista o se arrepienta"*<sup>324</sup>

Creemos que en todo caso existe un concurso aparente de normas que se resuelve por el principio de subsidiaridad, en el momento en que la tentativa se elimina por el efecto del desistimiento.

En nuestra legislación la parte correspondiente a esta figura jurídica se encuentra en la parte final del artículo 12 cuando señala:

ARTICULO 12.-...

...  
Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o

<sup>323</sup> Sancinetti, Fundamentación Subjetiva... Ob. Cit.p.72.

<sup>324</sup> Cobo del Rosal y Vives Antón, Ob. Cit. p.658

medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, **sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.**

En cuanto a los criterios judiciales podemos mencionar el siguiente:

Novena Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: III, Abril de 1996

Tesis: II.2o.P.A.27 P

Página: 499

**VIOLACION. TENTATIVA DE, INEXISTENTE.**

Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos, se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 587/95. Rogelio Ricardo Murillo Mendoza. 11 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Angélica Marina Díaz Pérez.

#### **2.2.4.2. Desistimiento y Concurso Eventual de Agentes.**

Interesante es el planteamiento que se refiere a la forma de resolver el concurso eventual de agentes en caso de que se presente el desistimiento, pues bien

podría atenderse a señalar la impunidad para los partícipes (*stricto sensu*), derivada de una accesoriedad relativa o bien, afirmar su sanción por entender al desistimiento como algo estrictamente personal.

El punto de partida lo dará como adelantamos, el entender al desistimiento ya como una causa de atipicidad, o bien como una excusa absolutoria, por lo que es necesario que nos detengamos aún cuando sea brevemente para dar alguna idea al respecto.

#### **2.4.2.1. Desistimiento como Causa de Atipicidad.**

Se atribuye este tratamiento preferentemente a **LATAGLIATA** en 1964, se advierte como este autor pretende sostener que el desistimiento impide que se conforme en si misma la acción de tentativa, ello derivado de la exigencia misma de que el sujeto lleve a cabo una acción que no llega a la consumación **por causas ajenas a su voluntad**, y si esto es así, entonces al presentarse el desistimiento lo que ocurre es que **la misma acción de tentativa se ha eliminado** y por tanto pasado a ser considerada como atípica.<sup>325</sup> Por su parte el maestro **PAVON VASCONCELOS**, sigue esta línea de pensamiento advirtiendo que efectivamente el tipo de la tentativa exige que se trate de una conducta en la cual la consumación no se produce por una causa ajena a la voluntad del sujeto, por lo que cuando **el resultado no se produce por su propio actuar voluntario**, entonces sin duda **faltará el elemento del tipo de la parte subjetiva que exige la presencia del dolo en todo el curso causal y que éste debe ser tendiente a la consumación**, por lo que señala que en el caso de un concurso de agentes se tendría que resolver de acuerdo con el principio de **accesoriedad relativa** para el caso de los partícipes, puesto que cuando uno de ellos desiste de su parte con la que ayuda a la realización del hecho, deja de ser relevante su conducta y para el caso de que sea el autor el que desista, pues el partícipe quedaría impune por faltar un injusto, rompiendo con cualquier forma

<sup>325</sup> Más sobre el tema Vid, Muñoz Conde "El Desistimiento..." Ob. Cit. p.47.

de participación, sin embargo en sus afirmaciones pudiéramos advertir alguna inconsistencia tal y como advertimos en la siguiente transcripción:

*"Resulta indudable que el desistimiento del autor principal **no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes hayan verificado actos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor.** Respecto a éstos, la interrupción del proceso ejecutivo y la inconsumación del resultado se han debido a causas ajenas a su voluntad...satisfaciéndose así todos los extremos del artículo 12 con relación a la especial situación de que regulada por el artículo 13 del ordenamiento punitivo."*<sup>326</sup>

Entonces, si decimos que este autor es partidario de una accesoriadad limitada, es porque para las formas de participación rige la exigencia de que exista cuando menos un hecho típico y antijurídico y si en el caso concreto se parte de la idea de que el desistimiento rompe la tipicidad entonces el problema es que no puede sólo beneficiar al sujeto que desiste, como afirma el maestro, sino que por el contrario **se debe afirmar la impunidad de aquellos que cooperen en el carácter de partícipes**, y la impunidad en los términos propuestos, es decir sólo para el sujeto que desiste, sólo podría establecerse para el caso de la coautoría, pues resulta claro que el copartícipe continua con su actuar, por lo que en este supuesto dicha impunidad **no alcanzaría a los partícipes (lato sensu)** por persistir el **hecho típico y antijurídico** de uno o unos de los autores.

Consideramos relevante la precisión de **GALLAS** en cuanto a considerar que el desistimiento puede ser considerado como eliminante de un elemento del tipo de tentativa, es decir en la idea de manejarlo como un elemento negativo del mismo, así se expresa dicho autor:

*"El tipo sólo puede dar información sobre lo que convierte un hecho concreto en un homicidio, en unas detenciones ilegales, etc., pero no de aquellas circunstancias que están fuera del tipo y que en el caso concreto hacen aparecer el hecho como no antijurídico o como no culpable, y por tanto como no delictivo."*<sup>327</sup>

<sup>326</sup> Pavón Vasconcelos Ob. Cit. p. 144

<sup>327</sup> Transcripción de Muñoz Conde, "El Desistimiento..." Ob. Cit. p.52.

Sin duda este autor alemán atiende precisamente a la redacción de su Código para hacer tal afirmación pues recordemos que en Alemania la redacción de la tentativa se advierte de la siguiente manera:

22. Comete un delito en grado de tentativa el que de acuerdo con su representación del hecho, da principio inmediatamente a la realización del tipo.

Es decir en este país la redacción del artículo en comento no incluye como elemento mismo a la falta de desistimiento voluntario por lo que es del todo válida la afirmación que nos ocupa, esto es que en tal redacción el desistimiento no afecta a la tipicidad, pero sin duda no se puede decir lo mismo respecto de legislaciones en las que la tentativa sí marca como elemento al tipo.

#### 2.4.2.2. Desistimiento como Excusa Absolutoria.

En el derecho alemán las figuras del desistimiento y el arrepentimiento, como hemos adelantado, **no se consideran causas de atipicidad**, sino que se les trata finalmente como causas que eliminan la punibilidad del hecho delictivo por atender a cuestiones estrictamente personales del activo, es decir, que se trata de auténticas **excusas absolutorias**, término de origen francés, introducido en España por **LUIS SILVELA** en 1879, cuando advirtió la existencia de supuestos legales en los cuales el sujeto era eximido de pena no obstante de actualizar todos y cada uno de los elementos del delito (conducta, típica, antijurídica y culpable).<sup>328</sup> Por ello para que el copartícipe se vea beneficiado por esta figura debe de actualizar de igual forma, es decir de manera personal, el desistimiento voluntario o evitación del resultado.

Como advierte **MUÑOZ CONDE**, en Alemania no existía una denominación concreta para aquellos casos en los que no obstante quedaban intocados los

<sup>328</sup> Vid. Higuera Guimera Juan Felipe, "Las Excusas Absolutorias", Editorial Marcial Pons, Madrid España, 1993. p.30.



demás elementos del delito, daban lugar a excluir la responsabilidad del autor, llegando a encontrar denominaciones diversas como fueron las de *presupuestos de la penalidad además del injusto y de la culpabilidad*, o las llamadas *características adicionales del hecho punible*, y en el caso concreto del desistimiento *causa personal de anulación de la pena*.<sup>329</sup> La idea central es pues que el que desiste lo hace de un hecho que ya había alcanzado la relevancia penal suficiente para ser merecedor de un castigo, sin embargo esta forma de entender al desistimiento no dejó de tener una serie de críticas de importantes autores como **RADBRUCH**, **HIPPEL** y el propio **ROXIN**.

En esta línea de considerar al desistimiento como excusa absolutoria se mantiene **MUÑOZ CONDE** inclusive en su trabajo de Derecho Penal Parte General en el cual ya atendió a la redacción que de tentativa planteó el Código Penal de 1995 en España,<sup>330</sup> y esto lo apuntamos pues hubo autores que apostaron a que el planteamiento de el maestro era porque la redacción legislativa lo permitía,<sup>331</sup> pero no, lo cierto es que su pensamiento se encuentra definido en esa línea y es que sus afirmaciones cuentan con una gran desarrollo lógico jurídico por lo que preferimos realizar la siguiente transcripción con la finalidad de que el lector pueda constatar la nada simple afirmación a criticar:

*"La punibilidad supone únicamente la culpabilidad y el injusto y estos elementos se dan ya con la acción de ejecución. Pero como ya se ha dicho la punibilidad excede del injusto y la culpabilidad no se refiere sólo a una acción temporalmente delimitada (el comienzo de ejecución), sino también al acontecer total (incluyendo el desistimiento que se inordina en la penalidad).*

*En resumen: Las formas imperfectas de ejecución, tentativa y frustración, en el caso de desistimiento voluntario que evite la consumación típica no son merecedoras de pena y deben ser, por tanto, impunes. Esta impunidad se deriva de otros principios dogmáticos y políticsocriminales que el injusto y la culpabilidad, por lo que debe incluirse en otro elemento del delito, la penalidad, y ciertamente como causa de exclusión de la penalidad.*<sup>332</sup>

<sup>329</sup> Muñoz Conde, "El Desistimiento..." Ob. Cit. p.60

<sup>330</sup> Muñoz Conde "Derecho Penal..." Ob. Cit. p.443.

<sup>331</sup> Higuera Guimera, Ob. Cit. p.175.

<sup>332</sup> Muñoz Conde, "El Desistimiento..." Ob. Cit. p.65.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

De la misma idea están entre otros los siguientes autores **STRATENWERTH, BETTIOL, ANTOLISEI y RANIERI.**

### **2.4.2.3. Nuestra Opinión.**

Con la cantidad y sobrada calidad de los pensadores que se han decantado por una o por otra forma de entender a la figura jurídica del desistimiento toma una gran tarea el pretender criticar alguna de ellas y apoyar a otra, es decir manifestarse como partidario ya de entender que efectivamente se trata de una causa de atipicidad o bien de una excusa absolutoria.

Para tomar una u otra línea partiremos en principio de señalar que en nuestro Derecho penal la figura de la tentativa **incluye en forma expresa la necesidad de que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente**, por lo que sin duda la voluntad está conformando la parte subjetiva del tipo por ende y la ausencia de ésta funciona como un elemento negativo de la propia tipicidad, es decir que puede ser que en un momento de la progresión típica, la voluntad sea suprimida y por tanto faltar en la ejecución que se venía dando, es decir, que podemos pensar que si bien es cierto el dolo de la consumación y de la tentativa gozan de una misma esencia y naturaleza conformadora, no pueden tener en la realidad una identidad plena cuando estamos ante un caso de desistimiento, porque diríamos que la no consumación se ha presentado por una causa que lejos de ser **ajena** a la voluntad del agente le es **propia**, por tanto no podríamos advertir ninguna objeción desde ese punto de partida para afirmar al desistimiento como una verdadera **causa de atipicidad**, sin necesidad de entenderlo como elemento negativo del tipo, es decir no una causa de atipicidad **del tipo de injusto**, que sin duda también afirmaría la impunidad, sino como una causa de atipicidad **del tipo concreto**.

La objeción que quedaría por salvar es la que afirma que no puede entenderse como es que una figura jurídica que ya se encuentra conformada y que ha alcanzado la relevancia típica, de un de repente se diga que siempre **no era así**, en virtud de un acto que a todas luces es **posterior**, tal y como lo advertimos en el pensamiento de **JAKOBS**, cuando dice:

*"El desistimiento es modificación del hecho. La modificación del hecho desde luego sólo tiene lugar después de que el hecho se ha hecho avanzar hasta lo punible; este hecho de la tentativa que ya ha tenido lugar no lo puede desvanecerse retroactivamente el desistimiento que solo puede quitar al hecho su univocidad para el futuro."*<sup>333</sup>

Siguiendo el pensamiento del maestro **ZAFFARONI** en su más reciente obra podemos decir que el desistimiento **sí revoca la tipicidad** puesto que ésta se encuentra en curso, es decir que se modifica la configuración del hecho, tal y como sucede en la consumación que revoca la tentativa en el *iter criminis*, dando lugar a un hecho distinto.<sup>334</sup> Y es que aún siguiendo la objeción de **JAKOBS** encontramos una concepción del desistimiento en la que realmente no precisa su ubicación cuanto si sus efectos, dejar sin pena un hecho concreto que alcanzó la fase de ejecución, y que desde su óptica sin duda alcanzó ya un poco de injusto, así se advierte en el siguiente pensamiento:

*Aún cuando el desistimiento no puede desaparecer la tentativa, si es al menos un motivo para que cese la fase de tentativa...la finalización imputable de la tentativa...por eso el desistimiento hace posible la indulgencia, la renuncia a la pena, aún cuando quede un resto de injusto. La minimización del quebrantamiento de la norma tiene lugar en todos los escalones del delito: se da fin a la realización del tipo (el dar comienzo directamente) y a la culpabilidad (la deslealtad de la norma). El desistimiento es pues, una modificación del hecho en todos los escalones del delito. La caracterización usual como causa de exclusión de la pena es enteramente neutra sin color."*<sup>335</sup>

Finalmente se podría objetar que nuestra legislación al igual que la nueva redacción de la española a partir del año de 1995, se ocupa del desistimiento en forma expresa con independencia de la incursión que se ha planteado en el tipo

<sup>333</sup> Jakobs Günther, "Derecho Penal... Ob. Cit. p.899.

<sup>334</sup> Zaffaroni, Slokar "Derecho Penal..." Ob. Cit.p.803.

<sup>335</sup> Jakobs Günther, "Derecho Penal... Ob. Cit. pp. 899-900

de la tentativa, así es que encontramos en el párrafo tercero del artículo 12 su incursión, y es que cuando esta mención es expresa y plantea la exclusión de la pena varios autores pueden afirmar que sin duda se trata de una causa de exclusión de la pena como lo advierten **CEREZO** y **RODRÍGUEZ MORULLO**, postura a la que después de una explicación se une **BUSTOS RAMÍREZ**, claro que la diferencia está en que en el Código de Penal español existe un supuesto más en el artículo 16.3. que despeja la polémica y es que se dice por el legislador que en el caso de que exista un concurso de personas será necesario el personal desistimiento para que exista la ausencia de pena, lo que da clara muestra de que se trata de una **excusa absolutoria**.<sup>336</sup> Pero en nuestra legislación si bien es cierto existe la mención expresa del desistimiento, en cambio no se afirma que el mismo tenga que ser personal para los efectos de la impunidad, pues si lo entendemos como causa de exclusión de la tipicidad, tal y como lo dijimos antes, se actualiza una exclusión de pena para los partícipes *esticto sensu*.

No dejamos de advertir otras formas de entender el desistimiento que consisten, unas, en situarlo como **una causa de exclusión de la antijuridicidad**, postura que fue defendida por **BINDING**, en la cual entiende que al desistirse el individuo evita que el hecho pueda ser considerado como antijurídico, es decir, elimina la integración del injusto debido a que anula las condiciones del hecho que pudieran dar lugar al resultado, sin embargo, esto no es tan exacto, puesto que si el requisito consiste en que el desistimiento sea voluntario, un análisis como el propuesto necesariamente tendría que calificar como no antijurídico cualquier desistimiento, incluso el no voluntario, además que desde una estricta concepción normativa del injusto como las que defienden los seguidores de la corrientes puramente normativistas, sin duda el hecho para cuando el sujeto ha desistido ya ha alcanzado la relevancia jurídica de integración del injusto. Y otra que se concreta a entender al desistimiento como una **forma de inculpabilidad**,

---

<sup>336</sup> Bustos Ramirez Juan, Hormazabal Malarée Hernán "Lecciones de Derecho Penal, Volumen II, Editorial Trota valladolid España, 1999, pp. 270-272.

idea defendida por SAUER, en el sentido de que la culpabilidad va acompañando todo el hecho, por lo que en el momento en el que el autor realiza una actividad contraria, necesariamente cesará también la culpabilidad, se presenta pues un cambio en su voluntad. La crítica a tal postura la deja plasmada estupendamente el maestro MUÑOZ CONDE cuando dice:

*“ La culpabilidad es un juicio de valor un reproche, que se refiere en las formas imperfectas de ejecución al momento en que comienza la ejecución del delito. En este momento deben estar presentes todos los elementos que fundamentan este reproche. Las circunstancias posteriores únicamente pueden atenuar o agravar el grado de reprochabilidad del hecho, pero no fundamentar o excluir el reproche mismo.”<sup>337</sup>*

## 2.5. El problema del Dolo en la Tentativa.

Sin duda que para muchos de los lectores parecerá extraño el que nos ocupemos del tema del dolo hasta esta parte del trabajo, y la razón del extrañamiento será fundada, en tanto se considera por los penalistas que la tentativa a diferencia del delito consumado exige en principio que sea comprobado el tipo subjetivo para poder estar en aptitud de saber que delito es el que buscaba cometer el sujeto activo, y esto es por que precisamente falta el dato revelador que viene a ser dado por el resultado. Es por ello que no negaremos razón a la crítica que en tal sentido pudiera formularse, sin embargo este es un simple esfuerzo de investigación que no tendrá una transcendencia en la práctica por la forma de su estructura, esto es, podemos partir como lo hemos hecho de la concepción y problematización del tipo objetivo de la tentativa para después llegar al subjetivo, pues lo importante en todo caso será que el lector en el momento de encontrarse en la realidad con esta figura jurídica, sepa que para su comprobación es indispensable conocer la dirección de voluntad que se presentaba, pues de lo contrario el suceso en si mismo pudiera resultar multívoco, y por tanto estaríamos condenados al fracaso, así no

---

<sup>337</sup> Ibid, p.59.

basta con que comprobemos que un sujeto accionó un arma de fuego en dirección hacia un grupo de personas entre las que se encontraba una particular de cierta relevancia para la vida política, para que con tales datos objetivos demos por comprobado el delito de homicidio en grado de tentativa respecto de tal persona, pues se está partiendo precisamente el método de análisis del tipo consumado, no, en tal suceso será primordial conocer con los medios probatorios al alcance cual era el delito que ese sujeto pretendía cometer, es decir tener el indicio de la tipicidad, y así entonces analizar los demás elementos que exige la descripción típica para tener por acreditada la tentativa de homicidio.

### **2.5.1. Dolo de Consumación y Dolo de Tentativa.**

Uno de los problemas que se discuten en la doctrina es si existe o no, **identidad entre el dolo de que exigen los delitos consumados y el dolo que se presenta en los delitos tentados**, es decir se trata por algunos autores de afirmar que el tipo subjetivo de la tentativa y el tipo subjetivo de la consumación son idénticos y la diferencia entre ambos sólo se presenta en clave objetiva, es decir en el resultado, en cambio otros si encuentran una distinción en el propio tipo subjetivo, es decir afirman que existe un dolo distinto en la tentativa y en la consumación, aún cuando pudiéramos precisar que se refieren a una de las formas de la tentativa en específico, sin embargo de lo anterior si podemos extraer desde ahora una coincidencia, en todo caso será necesaria la presencia del dolo, puesto que se advierte que **la necesidad de conocer cual es la voluntad del sujeto en el momento de ejecutar su acto, deriva precisamente del hecho de conocer qué delito es el que ha comenzado ejecutar**, así si se trata de una voluntad dirigida a privar de la vida o ha lesionar, a causar daño o a robar, etcétera, teniendo en cuenta por supuesto lo manifestado en su momento en torno al tema del principio de ejecución.

Una de las primeras posiciones que se anotó en torno al tema de la distinción entre voluntad de cometer el delito y el dolo, lo fue la manejada por **BINDING**, para quien el dolo podía en ocasiones ser total, es decir desde un principio dirigido hacia la consumación, y daba cabida en consecuencia a un dolo que denominó como dolo a prueba, en el que el autor fracciona su actuar dando inicio a la ejecución, sólo para ponderar los posibles resultados, y para ello manejó un ejemplo en el cual un sujeto pretende privar de la vida a otro a través del veneno y para ello quiere causar la muerte poco a poco, es decir en pequeñas dosis, para probar su efectividad.<sup>338</sup> Sin embargo esta postura fue negada rotundamente por varios autores como **MAYER**, y **JIMENEZ DE ASUA**, pues en todo caso lo que se advierte no es un dolo a prueba de homicidio, sino un dolo de lesionar, que se volverá en dolo de homicidio en el momento que ya decida matarle.

Desde ahora debemos decir que en la mayoría de las posiciones dogmáticas se advierte la coincidencia en señalar que el dolo en la tentativa tiene la característica de ser igual que en el delito tentado, puesto que ambos llevan la voluntad de consumir sólo que en uno de los casos esa consumación no se da por causas ajenas a la voluntad del agente. Sin embargo, la problemática que se presenta no es tan simple pues como en todos los temas la polémica existe.<sup>339</sup>

De conformidad con lo dicho el desvalor de acción que esta línea de pensamiento plantea es igual tanto para la tentativa como para el delito consumado, con las salvedades que se advierten para quienes entendemos en el desvalor de acción una parte objetiva, consistente en la creación de una peligrosidad desde un punto de vista *ex ante*.

Como dijimos la mayoría de los autores encuentran identidad entre el dolo de la tentativa en su forma acabada e inacabada y en la consumación, también hemos

---

<sup>338</sup> *Ibid*, p.75

<sup>339</sup> Vid Moreno-Torres Herrera Ob. Cit. pp208-216. Alcácer Guirao Ob. Cit. pp.453-459

advertido que existe otra línea de pensamiento que señala la **distinción obligada** entre el dolo que se presenta en la tentativa y la consumación partiendo de la idea que se trata de una distinta cantidad del mismo, es decir que **cuantitativamente no puede ser igual el dolo desarrollado en la tentativa acabada que en la inacabada**, puesto que en la primera se da de una forma mucho más intensa.

Se trata pues de una distinción que ha sido profundizada por **STRUENSE** siguiendo lo dicho por **FIEDLER**, en cuanto a distinguir entre lo que es la decisión y el acto de voluntad mismo, decir, señalando que no es lo mismo decidirse, lo cual es un acto previo, y no necesariamente implica una ejecución material como lo es la voluntad. Esta idea permite a **STRUENSE** dividir la decisión del hecho, y la realización del hecho, siendo el momento psíquico de esta última la que importa para la tipicidad en el *iter criminis*, permitiendo su incremento en la medida en que el hecho avanza, hasta afirmar la concurrencia de un dolo del hecho íntegro, esto permite distinguir entre el dolo de la tentativa acabada y la inacabada, pues en el caso de la acabada el elemento subjetivo encuentra la equiparación con la consumación, pues se cuenta con la plena representación de los actos delictivos, se trata pues de entender al tipo subjetivo (dolo) como un tipo fragmentario.<sup>340</sup>

En la misma línea de distinción del elemento subjetivo se encuentra el maestro **SANTIAGO MIR PUIG**, quien plantea muy lógica excepción de entender una identidad entre el dolo de consumación y el dolo de tentativa partiendo de la idea que en el caso de la tentativa inacabada, no se puede decir que concurre el mismo dolo que en el delito consumado pues no es dable saber si el sujeto activo habría llegado hasta el final del hecho, pues tal aseveración sólo implicaría un adelantamiento o pronóstico de lo que el sujeto habría querido realizar.

---

<sup>340</sup> Moreno-Torres Herrera Ob. Cit. pp.210-211.

En las discusiones más actuales encontramos a **MORENO-TORRES HERRERA** y a **ALCACER GUIRAO**, para quienes el debate plantea soluciones dispares: por una parte **la primera** de los autores mencionados, si bien no está de acuerdo en plantear una diferencia entre el tipo subjetivo de tentativa y consumación en cuanto al dolo, partiendo de la base de que en su concepción de dolo **la decisión de consumación es igual en una o en otra figura**, por lo que no es posible marcar una diferencia, aún cuando la diferencia entre tentativa inacabada y consumación si existe pero no el plano subjetivo del desvalor de acción, sino en el objetivo pues lo que hay es una menor peligrosidad, debido a la no realización de todos los actos ejecutivos.<sup>341</sup>

Es así su forma de pensar cuando afirma:

*"En consecuencia, si el dolo se concreta en la existencia de dicha voluntad delictiva, habría que afirmar la identidad del elemento subjetivo en las tres figuras antes dichas...Igualmente si se considera que el contenido que ha de atribuirse al dolo es básicamente cognoscitivo y que su objeto se concreta en la conducta penalmente típica en tanto en cuanto ésta aparece como objetivamente peligrosa ex ante en relación con el resultado perseguido mientras que la voluntariedad es un elemento que aparece vinculado con la acción, tampoco se alcanzan las conclusiones de **STRUENSE**, sino que queda en pie la tradicional identidad entre el elemento subjetivo de la tentativa, tanto acabada como inacabada, y el delito consumado, si bien en este caso en forma de conocimiento de la peligrosidad ex ante de la conducta... cabría, pues, afirmar la identidad del elemento subjetivo de la tentativa inacabada con el de la tentativa acabada y el delito consumado..."<sup>342</sup>*

Ahora bien en cuanto **al segundo de los autores** citados, después de advertir las dos posturas y la diversidad de autores se decanta por entender que el dolo en la tentativa y en el delito consumado en principio se presentan igual, es decir que en ambos casos es necesario que se abarque el conocimiento de los elementos objetivos del tipo que se pretende cometer y de igual forma la peligrosidad de la conducta, pero analizado con más detalle se advierte cómo en el delito consumado concurre tanto la resolución delictiva, la que existe también

---

<sup>341</sup> *Ibid.* p.215.

<sup>342</sup> *Idem.*

en al tentativa, como la resolución de consumación, la que por supuesto no se observa en todas las tentativas, y concretamente no se presenta en la tentativa inacabada. Así cuando estamos en presencia de un dolo de tentativa acabada el sujeto ha tenido el conocimiento de la realización de la acción peligrosa, hasta que esta completa la realización personal, lo que no sucede en el caso de la tentativa inacabada, así lo determina en su siguiente afirmación:

*“En conclusión puede y debe afirmarse que el tipo subjetivo de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada no son ni estructural ni materialmente idénticos...no puede equipararse el dolo de la tentativa acabada con el dolo de la tentativa inacabada: en ésta el dolo se ciñe al conocimiento de los actos que dan inicio a la realización delictiva, por cuanto sólo eso es lo realizado: el tipo objetivo, y, en la medida en que esa actividad realizada no es suficiente para producir el resultado, y el sujeto conoce ese hecho, en ese dolo no concurre la decisión contra el bien jurídico. Es por esta razón por la que, en el tipo subjetivo de la tentativa inacabada, al dolo debe unírsele un elemento subjetivo adicional consistente, en formulación de la doctrina tradicional, en la resolución de cometer un delito, y que puede entenderse también como decisión de realizar todos los elementos necesarios para producir la lesión del bien jurídico, o expresado en otros términos, como decisión de continuar con la ejecución asumiendo, siquiera eventualmente, el peligro para el bien jurídico que dicha persecución implica”.*<sup>343</sup>

Quizá la postura que menos nos convence y de la cual da cuenta **FARRE TREPAT** es aquella que plantean autores como **SCHMIDHÄUSER Y ALWART** en la que manejan la **existencia de la resolución de delinquir**, sólo propia del injusto de tentativa y del dolo, mismo que si identifica como igual tanto en la tentativa como en delito consumado.

Para estos autores, el desvalor de acción del sujeto se integra ya con un desvalor de su finalidad o bien con un desvalor del peligro, es así como se presenta ya un **intentar intencional** que se contiene con la dirección de lesionar el bien jurídico, y **esa lesión la conceptualizan como su fin**; pero también se puede presentar un intentar peligroso en este caso se presenta una manifestación de voluntad que sólo crea el peligro al bien jurídico, **sin buscar lesionar el bien jurídico**. Estos autores ubican al **dolo de nueva cuenta en la**

---

<sup>343</sup> Alcácer Guirao, Ob. Cit. pp.458-459

**culpabilidad**, y le dan contenido con la conciencia del hecho y de la antijuridicidad, distinguiendo por tanto el dolo y **el querer o la finalidad**. Este sistema resuelve el problema de la tentativa inidónea argumentando que cuando no concorra un intentar peligroso, conjuntamente con el intentar intencional, entonces el desvalor de acción se sustentará en **el intentar intencional**.

### **2.5.1.1. Nuestra Opinión.**

Esta necesidad de advertir el elemento de la voluntad de cometer el delito en la tentativa, es buscada por los autores, la mayoría de las veces, en las propias definiciones de sus textos legales, y así podríamos manejarla en nuestro caso como advertimos en el artículo 12 tanto del código penal federal como del Distrito Federal en la parte que dicen **“cuando la voluntad de cometer un delito se exterioriza realizando actos ejecutivos”**, en efecto debe haber tal voluntad, pero la misma también pudiera ser extraída en el caso de seguir la corriente finalista mediante un razonamiento ontológico, pues en todo caso esta voluntad es una estructura lógico objetiva, inherente a la acción u omisión que busca cometer el delito, lo cierto es que preferimos entender que se trata de una forma de exteriorización de la conducta que se encuentra prevista por el legislador y que la plantea en forma de voluntad de realización partiendo de la idea de que se trata de una voluntad de cometer el delito que se alcanza mediante una parte objetiva del desvalor de acción es decir que dicha voluntad está presente en forma conjunta con el conocimiento de la peligrosidad de la acción, sin que sea un requisito expreso el que se comprenda al resultado en la representación, pues bastará con que el sujeto hubiere representado la potencialidad de su actuar, y toda vez que del propio artículo 12 se desprende la posibilidad de que se presente una tentativa acabada o bien inacabada, lo que será relevante para los efectos de la pena, pues de la misma forma compartimos la idea de que **el dolo en estas figuras no es igual** y que es factible encontrar una voluntad de realización y un conocimiento que no es igual en una tentativa

acabada y en una inacabada, porque pensemos en aquel sujeto que supone que obtendrá un lucro indebido mediante la coacción de otro sujeto, para lo cual plantea desde su concepción el amenazarlo con nunca más devolverle un reloj de oro que el prestó si no le da la exclusiva de un contrato de prestación de servicios que es muy importante en el aspecto económico, así lleva acabo la coacción, y advierte ir armado pues si no cede utilizará la violencia moral (amago para llegar hasta su cometido), esto es que en el momento de su resolución delictiva el sujeto comienza con su acción misma que es abarcada progresivamente en sus planteamientos, y su *iter criminis* se ve interrumpido antes de que puede concluir con su plan, por lo que ahora nos corresponde analizar su injusto, parte en la cual no podemos decir que este sujeto tenía un dolo que es el mismo que si hubiera consumado su extorsión, pues finalmente estaríamos en presencia de un dolo *antecedens*,<sup>344</sup> lo cierto es que su dolo si bien tiene la misma voluntad de realización que en el caso de la consumación, no puede ser igual en cuando al conocimiento de los actos ejecutivos, pues éstos se darán de una forma gradual, con lo anterior dejamos sentado que sin duda se requiere el elemento subjetivo, es decir debe existir una voluntad de realización y en el caso del delito consumado y de la tentativa acabada el dolo se presenta igual pero no es así en el caso de la tentativa inacabada.

Dando continuidad a lo afirmado en cuanto a que el delito tentado requiere una parte subjetiva que en el caso de la tentativa acabada es igual al delito consumado, se vuelve necesario también **la concurrencia de los elementos subjetivos específicos**, como son los ánimos, propósitos o deseos, así es que una tentativa de fraude deberá concurrir el *animus lucrandi*, en el robo el ánimo de apropiación, y en las tentativas de delitos sexuales la finalidad lasiva, de la misma idea se advierte el pensamiento de doctrina mayoritaria, cuando se afirma que en el tipo de tentativa, encontramos entonces la voluntad de cometer el

---

<sup>344</sup> *Ibid*, P.458.

delito, y en su caso los elementos subjetivos distintos al dolo que requiera el tipo consumado que se intento consumir.<sup>345</sup>

En cuanto a la interpretación de los tribunales federales advertimos algunos criterios como los siguientes, en los cuales se advierte la necesidad de advertir la dirección de la voluntad en la tentativa, así como los elementos subjetivos específicos, al igual que en el delito consumado.

Novena Epoca  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta  
Tomo: II, Octubre de 1995  
Tesis: XI.2o.4 P  
Página: 552

**HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. REQUIERE ACREDITARSE LA INTENCIONALIDAD DEL AGENTE.** Sin negar que el hecho de que accionar un arma de fuego en contra de una persona no necesariamente implica que sea el propósito de privarle de la vida, porque para ello se requiere que tal intención, lo que es un aspecto totalmente subjetivo, se manifieste a través de la ejecución de actos que así lo revelen; y si en el caso los quejosos se encontraban detrás de un árbol y al llegar los ofendidos les dispararon en repetidas ocasiones con las armas que portaban, logrando lesionar letalmente a uno de ellos y al otro le acertaron un disparo, por lo que corrió y cuando lo hacía recibió un impacto más, y aún así continuó huyendo hasta quedar fuera del alcance de sus agresores, es evidente que la intención homicida de éstos se puso de manifiesto, ya que si no lograron segar la vida del pasivo fue precisamente por una causa ajena a su voluntad, lo cual integra la tentativa punible con respecto al delito de homicidio.

**SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.**

Amparo en revisión 228/95. Jesús y Ramón Torres Contreras. 13 de septiembre de 1995. Unanimidad de

---

<sup>345</sup> Farré Trepát, Ob. Cit. p.62

votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario:  
Octavio Chávez López.  
Octava Epoca  
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: XII-Noviembre  
Página: 447

**TENTATIVA DE HOMICIDIO. PARA SU CONFIGURACION ES PRIMORDIAL DEMOSTRAR EL ANIMUS NECANDI DEL SUJETO ACTIVO.** Para distinguir en un evento si se está en presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones, hay que atender especialmente al elemento subjetivo del tipo, es decir, a la intención o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN  
MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 94/93. Martín Eloy Márquez Ruiz. 10 de mayo de 1993. Unanimidad de votos.  
Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario:  
Pedro Olea Elizalde.

Véanse:

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Volúmenes 151-156, Segunda Parte, página 101.

Sexta Epoca, Volumen XXXIII, Segunda Parte, página 102

Quinta Epoca, Tomo L, página 566.

## **2.5.2. Tentativa y Dolo Eventual.**

### **2.5.2.1. Diversas Posturas.**

Como en cualquier tema de los hasta aquí abordados, el que ahora nos ocupa no es la excepción, al presentar diversas posturas, así se han distinguido posturas que **admiten la punibilidad de la tentativa con dolo eventual sin limitación**, mantenida como mayoritaria y en la que se ubican diversos autores como son **JESCHECK, JIMENEZ DE ASUA, RODRIGUEZ MORULLO**, al igual

que los criterios jurisprudenciales, en España, esta postura parte de la base de aceptar la identidad entre el tipo subjetivo del delito consumado y el tipo subjetivo del delito tentado, por lo que en tal virtud **no hay razón para distinguir si se trata de un resultado querido o en su caso sólo aceptado**, la ley no distingue si la resolución de cometer el delito se dirige a consumir una o varias intenciones delictivas.

Otras posturas en cambio **niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual**, se muestran como posiciones en desuso, al menos las que plantean una negativa absoluta como es el caso de **LUDEN, STOOB y LAMPE**, una razón de esta negativa puede ser la falta de información que sobre el dolo eventual existía en la época (siglo XIX), pues basaron muchos de sus argumentos en el hecho de que en el caso del dolo eventual las acciones no son queridas, olvidando que dicha dirección de la voluntad si se presenta en las formas de dolo de consecuencias necesarias y del dolo eventual, así como del contenido exacto del querer. Quizá una de las posiciones que más se estructuró es precisamente la de **LAMPE**, respecto de la cual nos limitamos a transcribir el siguiente ejemplo:

*"Se trata de alguien que quiere matar al perro del guardabosques y se plantea también la posibilidad de que su disparo produzca la muerte del guardabosques, y no del perro que se hallaba a su lado, y lo acepta. Si el resultado producido es la muerte del perro, concurren únicamente daños consumados, y en forma alguna puede aceptarse la presencia de tentativa de homicidio con dolo eventual, si el disparo falla concurren solamente daños intentados, tampoco en este caso es suficiente el dolo eventual para la tentativa. En cambio si el disparo produce la muerte del guardabosque deberá aceptarse la existencia de un homicidio doloso consumado"*<sup>346</sup>

Aquí se puede anotar la concepción de **COBO DEL ROSAL**, en el sentido de que el dolo eventual propiamente no es dolo como tal, sino que parece encontrar más acercamiento con la figura de la imprudencia, sin embargo y no obstante encontrar una buena dosis de razón en lo afirmado, no debemos olvidar que con seguridad la identidad de estructura tiene que ver con la presencia en ambos

<sup>346</sup> Ibid, p.84

casos de la voluntariedad, pues en los dos encontramos voluntad de realización y en ambos existe también una previsión de que el bien jurídico estará expuesto a un peligro concreto, sólo que en un caso el sujeto al tener el conocimiento **no acepta el resultado** y en el caso del dolo eventual **sí que lo acepta**, ahora bien recordamos algunos lineamientos que en la cátedra dio el maestro **SANTIAGO MIR PUIG** cuando dijo que en dolo eventual generalmente los instrumentos que se utilizan son aptos para cuestiones ilícitas, el sujeto activo no corre riesgo, y una vez empleado el medio deja de tener control del suceso.<sup>347</sup>

Sin embargo existen otras posturas que **niegan la punibilidad de la tentativa con dolo eventual sólo en algunos casos**, así encontramos los más variados argumentos, los que van desde el pensamiento que se tilda de confuso en **SALM**, debido a que no define lo que entiende por "conmoción jurídica", la cual prácticamente identifica con una conducta peligrosa, pero dicha conmoción debe ser perceptible en forma práctica; hasta la desarrollada conceptualización de la jurista **KÖLZ OTT**, en la que distingue de las tentativas con dolo eventual en el que la inseguridad se relaciona con la producción del resultado, y el caso en que la inseguridad tiene que ver con la posible existencia de una circunstancia fundamentadora de la penalidad, siendo impune el segundo caso debido a que el hecho de que concurra dicha circunstancia o no es algo absolutamente subjetiva, pues en el caso de que no se de la circunstancia del hecho sobre la que tiene la inseguridad, el dolo habrá existido respecto de algo absolutamente inexistente, que tuvo cabida en la psique del autor.

### **2.5.2.2. Nuestra Opinión.**

En principio partiremos de la base de que en nuestro sistema penal y concretamente en nuestro Código Penal Federal el dolo se encuentra previsto como una forma de realización de conducta en el artículo 8, tal y como se advierte de la siguiente transcripción:

---

<sup>347</sup> Comentarios del Maestro en el Master de Derecho Penal, Organizado por la Universidad Metropolitana y la Universidad Autónoma de Barcelona, México, Junio del 2001.

Artículo 8o. Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente.

Y en el 9 se plasmó el contenido del dolo, es decir los elementos que lo integran como se advierte a continuación:

Artículo 9o. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley; y

Obra culposamente...

Ahora bien, desde el punto de vista teórico, se distinguen en el dolo, diversas formas de aparición, es decir que de acuerdo con la intensidad del mismo, así en general la doctrina acepta hablar de *clases de dolo* y advertir pues el dolo directo de primer grado, dolo directo de segundo grado (también de consecuencias necesarias), y el dolo eventual.<sup>348</sup>

Ahora bien, partiendo de nuestra afirmación en el sentido de que tanto en el delito consumado como en la tentativa se presenta como necesaria la presencia del dolo, complementado con que en nuestro sistema penal federal se define por el propio Código Penal el dolo, y en dicha definición se advierte la presencia de los elementos del dolo eventual, cuando se habla de que el sujeto actúa en forma dolosa cuando prevé el resultado y acepta la realización del hecho descrito por la ley entonces será factible concluir que en nuestro País se puede aceptar en forma coherente la existencia del dolo eventual en la tentativa.

No obstante la anterior afirmación, no podemos dejar de incursionar en un punto que pudiera dar una interpretación distinta, con la cual se estaría **negando la punición de la tentativa con dolo eventual**, de acuerdo con nuestro ordenamiento legal, en efecto, sabemos que la sanción de la tentativa en el Código Penal Federal, se contiene en el artículo 63, y que en dicho artículo se plasma la obligación de atenuar la reacción punitiva cuando se trate de un delito

---

<sup>348</sup> Para profundizar en el tema *Vid.* Díaz Aranda Enrique, "El Dolo", Editorial Porrúa, México, D. F., 2000. pp143-146.

tentado, lo que en realidad no afectaría la anterior afirmación, el problema se presenta cuando de la lectura de dicho artículo se advierte que el juzgador al imponer la pena debe tomar en cuenta el delito que el sujeto quiso cometer, pero para dar claridad veamos lo que dice el **primer párrafo** del artículo en cuestión:

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

Así, de su lectura desprendemos que la sanción de la tentativa requiere de aplicar las dos terceras partes del delito al activo que **quiso cometer**, el problema está entonces en advertir la interpretación que le demos precisamente a esta parte del artículo pues si como dijimos y sabemos el dolo eventual implica que el sujeto realice un hecho en el cual prevea como posible un resultado para cierto bien jurídico y que no obstante tal previsión se continúe con el hecho aceptando tal resultado, es decir, en el dolo eventual el sujeto **acepta**, pero no **quiere** dicho resultado. Se trata sin duda de un problema de interpretación y del sentido que le demos a la palabra quiso en el artículo **63**, pues si la dotamos de un sentido dogmático, sin duda que el dolo eventual en tal contexto no podría alcanzar una sanción dentro del delito tentado, sin embargo, si por el contrario el quiso lo planteamos en un sentido naturalístico, como acción voluntaria, entonces sin duda que aún tratándose de dicho dolo eventual el sujeto quiera el hecho realizado. En refuerzo de nuestra opinión podemos transcribir lo dicho por el maestro **SANTIAGO MIR PUIG**:

*“Es correcto exigir para el dolo eventual que pueda hablarse de un verdadero “querer” como “aceptar”. También es acertado señalar que para ese aceptar basta el “conformarse con”, que no requiere tanto el desear, perseguir, aprobar o consentir con agrado. Pero dicha forma de querer concurre necesariamente siempre que se impulsa o mantiene voluntariamente (o si se prefiere, siempre que se decide llevar adelante) la conducta que se advierte como suficientemente peligrosa en el caso concreto.”<sup>349</sup>*

<sup>349</sup> Mir Puig Santiago, Ob. Cit. p.248.

### **2.5.3. Tentativa y Dolo Alternativo.**

La figura del dolo alternativo no goza de una distinción unánime en la doctrina sin embargo, tampoco es dable el generalizar su rechazo por lo que advertimos algunos autores que se ocupan de dicha figura dogmática.<sup>350</sup>

En principio podemos advertir que se habla de dolo alternativo en aquellos casos en los que el sujeto activo quiere realizar una acción pero sabe que con dicha acción puede realizar más de un tipo penal, sin tener certeza cual de los dos será el que se consume.

Debe tenerse siempre en cuenta que en el dolo alternativo no pueden estar unidos en forma necesaria los resultados que concurren, es decir no debe ser consecuencia natural y necesaria del curso causal un resultado para llegar al otro.

En este tipo de casos la doctrina dominante aprecia un concurso ideal entre los diversos tipos, sin embargo también existen otras posiciones que enumeramos a continuación.

#### **2.5.3.1. Punición por un solo Delito.**

Sólo se debe castigar por un solo delito, debido a que el autor se plantea la producción de uno solo de los delitos, la pena aplicable será la del delito que efectivamente se consume y en el caso de tentativa se castigará o bien por el delito más leve (BINDING, LAMPE, MAURACH/ZIPF), o en su caso por el más grave (KÖHLER y KÖSTLIN).

---

<sup>350</sup> Así por ejemplo en Jakobs y en Luzón Peña.

### **2.5.3.2. Punición sólo por el Delito más Grave Representado por el Autor.**

Independientemente de que el delito sea consumado o tentado, esta posición atiende a la voluntad del autor y como en su voluntad se representó como posible la consumación del delito más grave, entonces no hay por que aplicar la pena del delito más leve, por lo que en todo caso se aplicará la pena del delito más grave representado, y si éste fuera el que no se consumó, se atenderá a la pena de su tentativa. (VON BURI, HELMUT MAYER, SCHROEDER).

### **2.5.3.3. No debe tomarse en cuenta un solo Delito.**

Esta posición es la que estima correcta la solución de considerar la presencia de un concurso ideal, considerando todos los tipos que haya cuando menos estimado como probables de consumación el autor, se toma en cuenta el desvalor de acción en cuanto al quebrantamiento de más de una norma. (JAKOBS, WELZEL, JESCHECK).

### **2.5.3.4. Nuestra Opinión.**

Estamos de acuerdo en aquellos casos en los que el sujeto actúa con diversas representaciones que pueden resultar delictivas, y que en tales supuestos bien puede suceder que quiera realizar un determinado delito, pero se represente la posibilidad de realizar otro distinto, y no tenga la certeza de cual sea el que se realizará finalmente, pero su voluntad y conocimiento si tenga actualizada tal representación, será necesario valorar el hecho de tal forma que se pueda resolver el problema planteado ya acudiendo al concurso de leyes o bien al

concurso de delitos en su forma ideal, pues si bien la doctrina generalmente se inclina por el concurso ideal, no se puede descartar la posibilidad de que se presente alguno de los supuestos en los cuales funciona correctamente el advertir la **unidad del hecho**, y por tanto resolver el problema con un concurso de leyes a través de cualesquiera de sus principios. Es así por ejemplo ante la ejecución de un tiroteo en el cual el sujeto **A**, pretende privar de la vida a **B** que viaja en su vehículo, pero junto a él también están **C** y **D** y disparara sin saber a cual de ellos acertará el disparo, o si solamente producirá algunos daños en propiedad ajena con los disparos, al romper los cristales del vehículo, es claro que en tal supuesto si por ejemplo muere **C**, tendremos que concursar en forma ideal, tanto su homicidio, como las tentativa de homicidio de **B** y **D**, y respecto del daño a la ventana del coche, se tendrá que resolver con un concurso aparente a través del principio de consunción o absorción.

#### **2.5.4. Tentativa e Imprudencia.**

Partiendo de la base que para integrar el desvalor de acción en la tentativa es necesario e indispensable el poder advertir la resolución de cometer el delito, es decir que éste presente la intención, el querer consumir el delito de que se trate, y tener claro el conocimiento de la peligrosidad de la acción que se dirige contra el bien jurídico, parece que de entrada sería imposible admitir con tales requisitos la presencia de una forma tentada imprudente, y así es que se estructura la posición dominante en España, Alemania, y considero que de igual forma en América.<sup>351</sup>

No obstante, tampoco se puede pasar por alto la existencia de autores que sostienen la posibilidad de vincular a la tentativa con la forma de realización imprudente, como en el caso de **CORDOBA RODA**, que siguiendo a **FRANK** advierte y está de acuerdo que no es factible que se de la tentativa imprudente de un delito, pero sí acepta que pueda existir **la tentativa de un delito**

---

<sup>351</sup> De esta forma de pensar entre otros, Cerezo Mir, Bacigalupo, Mir Puig, Farré Trepal, Moreno-Torres Herrera, Alcácer Guirao, Stratenwerth y Zaffaroni.

**imprudente**, esto porque se presenta un principio de ejecución que en su fase inicial es absolutamente consciente y dirigido, o al menos, con la conciencia de que se puede producir el resultado, es decir existe voluntad de ejecución y anota como ejemplo el hecho de que un conductor consciente de que no sabe manejar, toma el volante y entra al tráfico rodado.<sup>352</sup> Por nuestra parte entendemos que de nuevo se utiliza el elemento común que se presenta en la imprudencia y el dolo que consiste en la voluntad de realización, y por lo demás el tema complejo para lograr la separación del conocimiento y resultado, y es que muy probablemente pudiéramos pensar en que no existe la imposibilidad dogmática de que con una reforma se vuelve punible la forma tentada de un delito imprudente, lo cierto es que por política criminal la relevancia de un delito imprudente se ha marcado, (dados los riesgos permitidos) hasta en tanto se actualice el desvalor de resultado y no por el mero desvalor de acción que dicha figura pudiera presentar, pues en todo caso la tentativa lo que marca como relevante para su injusto, como hemos apuntado, es el desvalor de acción cuando éste presenta la forma dolosa, y ese dolo tiene conocimiento de que realiza una acción peligrosa, la cual lo es así desde un punto de vista *ex ante*, razón por la cual admitir otra forma de incriminación resultaría contraria a dicha perspectiva, Por lo que toca a Alemania no dejamos de mencionar a **BINDING, MEZGER MAURACH, JESCHECK, JAKOBS, WOLTER y RUDOLPHI**, siguiendo la idea de **FRANK**

Es por lo anteriormente dicho, además de la propia imposibilidad que se deriva para algunos casos del principio de *numerus clausus*, que no somos partidarios de admitir que pueda ser punible la tentativa de un delito imprudente. Cosa más discutible tal vez sería el marcar si es que dentro de la estructura misma del delito tentado puede haber de alguna forma la imprudencia. Pensemos entonces en el caso de que un sujeto que después de haber tomado un curso por correspondencia para pilotear aviones ultraligeros, y no obstante que en propio curso se advierte con letras grandes y rojas que no debe volar hasta

---

<sup>352</sup> **Farré Trepas, Ob. Cit. p.126**

complementar con un curso práctico de cinco sesiones, decide comprar un avión de esos y comenzar el vuelo para lo cual llevará de invitada a su novia, una vez en el avión es sorprendido por un oficial que advierte la presencia de un equipo nuevo y por tanto pide sus acreditaciones como piloto privado, lo cual no puede demostrar el frustrado aviador, que podremos imputar, una tentativa de delito imprudente, sin duda que su intención no va encaminada a privar de la vida o a lesionar a su novia, ni siquiera puede aceptarse el dolo eventual dadas las notas que de tal figura hicimos antes, pues el sujeto activo si corre riesgo, el medio a utilizar es generalmente utilizado en cuestiones lícitas, y el control del medio ésta todo el tiempo a su alcance, entonces, pues sin duda se trata de una acción imprudente, pero que no puede ser relevante sino hasta que se alcance un resultado, pues tan multívoca se muestra la conducta, que la revisión del policía que descubre el hecho que sin duda dará lugar cuando más a alguna consecuencia administrativa, es realizada a manera de verificar la normalidad del suceso y no de impedir la comisión de un acto ilícito. Así que si quisiéramos sancionar alguna figura que en forma tentada se considerara por el legislador como tan grave como para reaccionar aún ante una tentativa imprudente, pues se tendría que recurrir como apunta **MORENO-TORRES HERRERA** a redactar un tipo de peligro abstracto, o bien a incluir en el catalogo de los *numerus clausus* a los tipos de empresa o de emprendimiento.

**TERCERA PARTE**  
**TENTATIVA Y GRADUACION DE PENA EN EL**  
**DERECHO PENAL MEXICANO.**

## CAPITULO I

### LA GRADUACION DE LA PENA.

#### 1. LA GRADUACIÓN

##### 1.1. Introducción.

Se afirma por la doctrina que todo delito se encuentra estructurado de una forma sistemática, y es precisamente uno de esos elementos **el tipo penal**, considerado por **LANDROVE DIAZ**, como un silogismo hipotético de carácter abstracto sobre el que **la sentencia** ha de realizar **una concreción** referida a un hecho real.<sup>354</sup>

Y es dicha sentencia, la que viene a dar lugar a una de las partes que integran la denominada **determinación de la pena**, la cual, tal y como anticipa **MERCEDES GARCIA ARAN**, es denominada también como **individualización de la pena**.<sup>355</sup>

En la antigüedad, la determinación e imposición de la pena se tornó un proceso por demás arbitrario y lleno de una total y absoluta inseguridad jurídica, por lo que es mediante el movimiento Reformista que se originó con la Ilustración, que se buscó el dar fuerza a la *Supremacía de la Ley y a la Garantía de Libertad*, y con estos matices se logró que el juzgador tuviera una actuación de estricto apego a derecho y por tanto establecer un trato más igualitario respecto de los

---

<sup>354</sup> Landrove Díaz Gerardo, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Editorial Tecnos, Madrid, España 1996 p.97

<sup>355</sup> Muñoz Conde Francisco García Arán Mercedes-, "Derecho Penal" Ob. Cit. p.553.

justiciables, así pues se exigía que la pena fuera **determinada sólo por la ley con una absoluta taxatividad.**

Con este criterio fue creado el Código Penal Francés de 1791 el cual no dejaba ninguna otra función en cuanto a la pena, que la mera imposición ejecución de la misma. Esta forma de evitar la actuación judicial en el proceso de *individualización de la pena* **tampoco resultó del todo idóneo** pues dejaba de nueva cuenta en una situación desigual e injusta muchos casos en lo particular, por lo que fue necesario implementar un sistema que guardara una mediación entre, la actuación sin límite de los jueces y la taxatividad de la ley, el avance en este sentido se dio en el Código napoleónico de 1810 que encontró esa formula para llegar a una mediación a través de **señalar un mínimo y máximo en la propia ley**, sistema conocido como de *individualización legal relativa*. En torno a esto el maestro **MORILLAS CUEVA** señala lo siguiente:

*“Como sucede en la mayoría de las hipótesis donde hay posturas fuertemente enfrentadas, la opinión dominante se inclina por una posición intermedia. En este caso por la que se denomina sistema de la fijación legal de un marco punitivo, según el cual el legislador sitúa la clase y el **quantum** de pena pero sin fijación absoluta sino con el establecimiento de un máximo y un mínimo, e incluso sólo de un máximo, dentro de los cuales el Juez puede actuar de acuerdo a su prudente arbitrio”<sup>355</sup>*

El siguiente paso fue el de señalar ciertas **escales penales** que corresponden a las penas agravadas o atenuadas, así como en algunos sistemas penales sucede en la actualidad y como ejemplo el español, la división de la pena se plantea en **grados** los que son mínimo, medio y máximo.

En cuanto a la determinación de la pena se afirma por **GERARDO LANGROVE DIAZ** lo siguiente:

*“El Derecho Penal no es una disciplina matemática que puede alcanzar soluciones exactas; se mueve en una esfera de valoraciones y los juicios de*

---

<sup>355</sup> Morillas Cueva, Ob. Cit. p 75.

valor no pueden presentar contornos definidos. Solamente pueden alcanzarse resultados de aproximación".<sup>356</sup>

## 1.2. Tipos de Graduación.

Ya expuesto por SALEILLES en 1898<sup>357</sup> se plantea la necesidad de reconocer la presencia de **más de una fase en el tarea de la individualización de la pena**, reconociendo cuando menos **tres momentos** que se corresponden con las etapas de creación, aplicación y ejecución de la ley penal, razón por la que se dice que existen las fases de **individualización legal, judicial y penitenciaria**.

### 1.2.1. Individualización Legal.

Esta individualización es precisamente la que se encuentra en la norma que a su vez se ve plasmada en la ley con carácter general y abstracto, siendo determinada para cada una de las infracciones en lo particular, utilizando en forma general la técnica que se refiere a dar un mínimo y máximo, a fin de no hacer nugatoria la valoración del juzgador en relación con el caso concreto.

En esta fase de la individualización no es difícil advertir una fuerte dosis de **prevención general y de proporcionalidad**, puesto que es el legislador el que señala un *quantum* de pena que estima suficiente para **prevenir la comisión de los delitos a través de la intimidación y aseguramiento del orden jurídico**, además, atendiendo a la **gravedad abstracta del hecho la supone como proporcionada**.

Se afirma que los sistemas de individualización legal como el nuestro se denominan de **métrica penal**, pues establecen una **serie de reglas** algunas

<sup>356</sup> Landrove Díaz Ob. Cit. p 98.

<sup>357</sup> Terradillos Basoco Juan- Borja Mapelli Caffarena, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Editorial Civitas, Tercera Edición, Madrid, España 1996. p.188

veces verdaderamente complicadas para la individualización tal como sucede con el caso del concurso, de la **tentativa**, de las agravantes, de las atenuantes, las excusas absolutorias y las condiciones objetivas de punibilidad. Son en ocasiones tan complejas que se llegan a denominar como sucede en España, como **la parte artística del Código Penal**.<sup>358</sup>

Es factible distinguir en esta etapa de la individualización, la presencia de dos fases, una que corresponde a la mera pena legal abstracta, determinada para el delito (denominada como **pena legal abstracta**) y otra que es la que se da con la concreción legal generada al conjuntarse la pena de la conducta con las demás reglas que hemos ubicado como la parte artística del Código Penal (denominada **concreción legal**).<sup>359</sup>

### 1.2.2. Individualización Judicial.

Este ya es el caso en el que el juzgador tomando en consideración la pena legal abstracta y la concreción legal, pasa al análisis que actualmente es exigido por los artículos **51** y **52** del Código Penal Federal, y con ello concluye su sentir en una pena concreta para el sujeto que considera penalmente responsable, se trata de un pena que ya no trae consigo ni marcos, ni márgenes penales de ninguna clase.

Un dato relevante a destacar en la individualización judicial lo es que el artículo 52 del cuerpo legal antes citado, en la actualidad ha abandonado ya el sistema por el cual el juzgador **graduaba la peligrosidad** del sujeto para llegar a la imposición de la pena, es decir que se trataba de sancionar al sujeto por lo que era, y no por lo que había hecho, en la actualidad se trata ya de un derecho penal de hecho, en el cual el juzgador se ve obligado a **graduar la pena**

<sup>358</sup> Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, "Derecho PenaP", Ob. Cit. p.553

<sup>359</sup> Esta denominación la platea Luis Gracia Marín Cord. "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español, Editorial Tirant lo Blach, Valencia, España 1996. pp.179-180.

**atendiendo a la culpabilidad revelada por el activo, así podemos comparar la dos lecturas, es decir antes y después de la reforma:**

**Antes de la Reforma de 10 de enero de 1994.**

ARTICULO 52.- En la aplicación de las sanciones penales se tendrá en cuenta:

1°.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla y la extensión del daño causado y del peligro corrido;

2°.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres y la conducta precedente del sujeto, los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir y sus condiciones económicas;

3°.- Las condiciones especiales en que se encontraba en el momento de la comisión del delito y los demás antecedentes y condiciones personales que puedan comprobarse así como sus vínculos de parentesco, de amistad o nacidos de otras relaciones sociales, la calidad de las personas ofendidas y las circunstancias de tiempo, lugar, modo y ocasión que demuestren su mayor o menor temibilidad.

4°.- Tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará lo dispuesto por el artículo 213 de este Código.

El juez deberá tomar conocimiento directo del sujeto, de la víctima y de las circunstancias del hecho en la medida requerida para cada caso.

Para los fines de este Artículo, el juez requerirá los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y los demás elementos conducentes, en su caso, a la aplicación de las sanciones penales.

**Después de la Reforma de 10 de enero de 1994.**

ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la

**gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:**

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

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

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

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

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

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

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

Se trata pues de que el juzgador al llegar a este momento realice el análisis de las constancias procesales para advertir su sentir entorno al injusto, a la culpabilidad, y a los propios fines de la pena, y a todas las circunstancias que pudieran converger en el hecho delictivo que valora, para llegar a dar en el ámbito de lo penal la individualidad del sujeto.<sup>360</sup>

No cabe duda que no obstante ser cierto que estamos en presencia de un sistema en el cual se sigue la idea de que el Juez debe trabajar sin una discrecionalidad absoluta, y por ello la existencia de la individualización legal, no

---

<sup>360</sup> Gracia Martín Luis Coord., Boldova Pasamar Angel, Alastuey Dobon M.Carmen, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España. 1996. p.180.

lo es menos que al llegar al momento mismo de la concreción el Juez sigue contando en muchos de los casos, con una excesiva discrecionalidad y esto debido a los grandes márgenes que en forma equivocada, al menos desde nuestro punto de vista, plantea el legislador entre los mínimos y los máximos de la pena, por lo que sin duda para llegar a un sistema que brinde una mayor seguridad jurídica sería indispensable el acotar dichos parámetros, así sucede por ejemplo en el delito de privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro previsto por el artículo 366 del Código Penal Federal, que plantea una pena en abstracto de 15 a 40 años de prisión.

### 1.2.3. Individualización Penitenciaria.

Esta es la individualización que se maneja en el ámbito de estricto de la prevención, es decir, desde el punto de vista de prevención especial positiva, pues al menos en teoría debe buscar la readaptación del sujeto, para lo cual el Estado deberá de contar a través de sus dependencias del Ejecutivo, con los tratamientos más adecuados para ello. Y desde el punto de vista de la vigencia de la norma esta individualización da la nota de su restablecimiento, pero también es la etapa en la cual se podría dar cabida a lo que referimos como la *necesidad de pena*.

En países como España se niega la adecuación del término "penitenciaria", en virtud de que se cuenta para esta etapa con el llamado Juez de vigilancia, cuestión que propiamente no sucede en México.<sup>361</sup>

En resumen se puede decir que se trata de la fase ejecutiva de la pena impuesta por el juzgador en esta etapa el sujeto se vuelve el objeto de estudio en cuanto a su comportamiento dentro del tratamiento o bien de la forma de compurgar su

---

<sup>361</sup> Así lo destaca Landrove Díaz Gerardo, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Editorial Tecnos, 4ª. Edición, Madrid, España. 1996. p.101.

condena, pues tampoco dejamos de recordar que nuestro Código Penal Federal reconoce la sustitución de pena en el artículo 70 y la condena condicional en el 90.

Con lo anterior podemos entonces concluir que la graduación de la pena implica una serie de elementos que deben ser valorados por el juzgador, pero en general es factible establecer que se trata de valorar lo ilícito de su conducta, tomando como parámetro la valoración que *prima facie* ya tomó el legislador, después de ello el juzgador puede graduar el ilícito, lo que ocurre cuando advierte la gravedad del hecho, y finalmente llega a la graduación de su culpabilidad como límite máximo de pena, y tomará en cuenta circunstancias personales del sujeto para los efectos de prevención especial.<sup>362</sup>

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

---

<sup>362</sup> García Arán Mercedes, "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Editorial Aranzadi, Pamplona, España. 1997. pp.72-75.

## CAPITULO II

### LA PENA Y LA TENTATIVA.

#### 1. LA GRADUACIÓN DE LA PENA EN LA TENTATIVA

##### 1.1. Introducción.

Una vez que hemos vistos los criterios que en general existen para la individualización de la pena en cualquier delito, se vuelve indispensable analizar ahora cual es la forma en que opera el *quantum* de la pena en la figura del **delito tentado**, y en todo caso, advertir **cuales son los elementos que deberá de tomar en consideración el juzgador para la graduación de la pena.**

Así es que tendremos que analizar pues, como es que se conjugan el desvalor de acción y del resultado y como es que puede llegar a afirmarse la influencia de una o de otra de las formas de presentarse del delito tentado, claro, en cuanto a la tentativa acabada como a la inacabada, todo ello con la finalidad de que el juzgador realice el reproche penal correspondiente.

Como sabemos las penas en la mayoría de los códigos penales se plantean en abstracto en la parte especial y son previstas para los delitos consumados, y nuestro Código Penal Federal no es la excepción, pero, desde el momento que se considera relevante para el Derecho penal el hecho de que exista una actividad humana que tienda hacia la consumación prevista por el tipo, se

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

impone entonces conocer como es que opera la pena en tomo *al grado de ejecución*.

## **1.2. El Fundamento de la Pena en la Tentativa.**

### **1.2.1. Cuestiones Previas.**

Una primer problemática a abordar ya en el tema concreto de la pena y de la tentativa, será el determinar cual es el fundamento de su pena, es decir, precisar el porque es que se sanciona el delito tentado.

Para tal labor sin duda que será indispensable recordar las formas de concepción del injusto, pues si como sabemos para poder llegar a concretar una consecuencia jurídica es indispensable que se trate de un hecho ilícito en el campo de lo penal, pues entonces lo es también, que desde el punto de vista dogmático tengamos configurado el injusto.

En su momento referimos que existen varias formas de entender al injusto penal, ya sea desde una óptica **objetiva** en la que se toma en cuenta el peligro corrido por el bien jurídico desde un análisis *ex post*, postura que se corresponden con las formas más antiguas de entender al injusto, es decir que se ubica en la época en la que para estimar la gravedad del hecho se atendía a las consecuencias, en atención a lo que **ZAFFARONI** denomina el carácter reparador y de privilegio para la satisfacción de la víctima.<sup>363</sup> En la cara opuesta se encuentran las posturas subjetivas las que como se precisó atienden a la voluntad delictiva del sujeto, y que en tal virtud entiende que la equiparación de injusto y por tanto de merecimiento de pena en tal nivel de análisis entre tentativa y consumación, pero también ya hemos precisado los inconvenientes

---

<sup>363</sup> Zaffaroni "Derecho Penal", Ob. Cit. p.779.

de dichas posturas, no obstante las modificaciones que a nivel del desvalor de acción se han realizado, en cuanto a concebir a este con una parte subjetiva y otra objetiva que existe la comprobación de una peligrosidad en la conducta. Finalmente se analizaron los planteamientos de la doctrina mayoritaria que plantea la necesidad de que concurren tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, planteamientos que dijimos que se conciben como **dualistas** los que también tienen algunas variantes como son las propias del **dualismo moderado**. Por nuestra parte ya hemos precisado que si bien es cierto el desvalor del resultado lo entendemos presente dentro de la estructura del lo injusto, no lo es menos que no consideramos como indispensable su presencia para que dicho injusto se encuentre constituido, y por tanto se pueda hablar ya de un merecimiento de pena desde el punto de vista dogmático.

De acuerdo con lo anterior, cuando se trabaja con el delito consumado, parece que no hay problema, pues decimos que con el desvalor de acción ya acreditado (en la forma que lo hemos concebido previamente) tenemos constituido el injusto, y cuando se da el desvalor de resultado, entonces dicho injusto sin duda viene a presentarse como más grave y por tanto un mayor nivel de merecimiento de pena, sin embargo en el caso de la tentativa, el análisis se dificulta precisamente por el hecho de que el resultado que plantea el tipo penal en su forma consumada no se presenta, o en todo caso, no es posible realizar la imputación del resultado a la conducta realizada por alguna cuestión de creación y concreción de riesgo.

Es entonces necesario que cuando se analiza un delito tentado se advierta la **peligrosidad de la acción**, y en su caso el peligro de la misma, así es que para lograr tal tarea es indispensable que el lector recuerde lo que ya dijimos en torno al juicio de peligro, por lo que se tendrá que acudir al adecuado manejo de las perspectivas tanto **ex ante** como **ex post**, debido a que estas perspectivas son las que podrán contestar las interrogantes en torno a peligrosidad y peligro. De igual forma será necesario advertir si es que el autor se encontraba **iniciando la**

**ejecución** y o bien si es que esta ya **había concluido**, es decir si es que se trataba de una tentativa acabada o bien de una tentativa inacabada.

En este orden de ideas estamos de acuerdo con el planteamiento de **graduación de injusto** que realiza **ALCACER GUIRAO**, al establecer distintos criterios para enjuiciar el desvalor de acción y el desvalor de resultado, lo cual plasma de la siguiente manera:

- *Desvalor primario de acción: peligrosidad ex ante al comienzo de la acción.*
- *Desvalor completo de acción: peligrosidad ex ante al finalizar la acción.*
- *Desvalor primario de resultado: peligro ex post al comienzo de la acción.*
- *Desvalor secundario de resultado: peligrosidad ex post al término de la acción. (consumación en los delitos de actividad).*
- *Desvalor terciario de resultado: peligro ex post al término de la acción o en un momento posterior: resultado de peligro (delitos de peligro concreto).*
- *Desvalor completo de resultado: lesión del bien jurídico. Consumación en los delitos de resultado lesivo).<sup>364</sup>*

Con estos planteamientos de enjuiciamiento del injusto, es claro que las combinaciones pueden ser igualmente variadas para establecer el merecimiento de pena en la tentativa en cuando a lo ilícito del hecho, y lo que se va determinar en todo caso será un injusto más o menos grave según su estructura.

## **1.2.2. La Pena de la Tentativa en el Código Penal Federal.**

### **1.2.2.1. La Pena en la Tentativa Acabada e Inacabada.**

En primer lugar debemos recordar que el delito tentado se sanciona en nuestro país en la materia federal, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo **63**, en relación con el **12**, y el **52** todos por supuesto del Código Penal Federal.

---

<sup>364</sup> Alcácer Guirao, Ob. Cit. p. 449.

En cuanto al artículo 12, este, en lo que importa, señala en su segundo párrafo lo siguiente:

ARTICULO 12. ...

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

De esto se desprende la necesidad de advertir **los momentos de ejecución dentro de la propia etapa ejecutiva**, es decir, advertir lo que señalamos arriba, ya la presencia de una **tentativa acabada** o bien una **inacabada**, dejando de lado la figura del delito frustrado, dado que ya ha sido abandonada de tiempo atrás por nuestra legislación, lo que no implica obligatoriamente el dejar de advertir la diferencia citada, pues sin duda que la misma tiene sus consecuencias, las que ya se advertían desde la ciencia italiana que hablaba de tentativa y delito frustrado.

Quizá aquí la mayor problemática será precisamente la que se deriva de dar un criterio de distinción entre la tentativa acabada y la inacabada, pues se advierten en la doctrina dos criterios, uno que corresponde a la **tentativa acabada personal**, es decir, en la cual el análisis se hace únicamente de acuerdo **con lo que el sujeto consideraba como necesario para llegar a la consumación**, y otro que se denomina **extensivo** en el que **se requiere que el sujeto realice todo lo que objetivamente era necesario para llegar a la consumación**, esto es, que pueden entrar en la valoración las actuaciones de terceras personas, como en el caso de las tentativa a través de la autoría mediata.

Por nuestra parte creemos que en todo caso será necesario plantear la diferencia en clave **objetiva**, es decir, para acreditar el injusto de una tentativa acabada será necesario contar con desvalor de acción objetivo, por lo que

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

deberá estar provisto de peligrosidad en el término de la acción, en perspectiva *ex ante* y con un desvalor de resultado comprobado *ex post*. Esta es la única forma de ser congruente con la manera de entender al injusto puesto que una interpretación contraria nos llevaría a sancionar en una perspectiva meramente subjetiva y con ello nos alejaríamos de la idea de necesidad de peligro y peligrosidad que previamente hemos planteado, en un derecho penal de corte preventivo, y que reacciona por el potencial peligro que corra un bien jurídico determinado.

Desde ahora conviene advertir que el hecho que afirmemos que la tentativa acabada puede tener un desvalor de acción y desvalor de resultado, esto no implica necesariamente, que **se exija su idoneidad en todo caso para configurar su estructura**, puesto que puede tratarse de una acción inidónea en la perspectiva *ex post* lo que sin embargo no eliminaría el carácter de tentativa acabada, sino que agregaría un adjetivo, el de inidoneidad.

Estamos pues de acuerdo con las notas de **ALCACER GUIRAO**, cuando refiere que en el caso de la tentativa acabada e inacabada es dable advertir un desvalor de acción distinto, puesto que en el caso de la tentativa inacabada idónea el juicio puede establecer una peligrosidad en el inicio de la acción, así como también peligro al inicio de la acción, y en el supuesto de una tentativa acabada idónea, el juicio establecería peligrosidad la inicio y al término de la acción y peligro al inicio y al término de la acción.<sup>365</sup>

Y es que sin duda con lo dicho se puede decir que se plantea una diferencia entre la gravedad de uno y de otro de los ilícitos mencionados, por lo que entraría en juego lo dispuesto por el artículo 52, que en lo que importa señala:

ARTICULO 52.- El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la

<sup>365</sup> Ibid. p.484.



**gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:**

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

Es decir que tanto lo dispuesto por el artículo 12, como lo señalado por el propio 52, se conjugarán para alcanzar la individualización que se ordena con atenuación obligatoria en el artículo 63 todos del Código Penal Federal, tal y como advertimos en la siguiente transcripción:

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

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

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado.

### **1.2.2.2. La Pena en la Tentativa Inidónea.**

El punto es plantear la respuesta ante la interrogante de si es correcto sancionar un supuesto de tentativa cuando ésta cualitativamente se presenta como inidónea.

Si partimos de lo dispuesto por el artículo 12 del Código Penal Federal, en el que como ya dijimos se encuentra descrito el ilícito de la tentativa, entonces podremos advertir que no existe como en otros momentos de la historia

legislativa de nuestro país, ni prohibición expresa de la sanción de la tentativa inidónea, ni tampoco plantea pena para los casos de tentativa inidónea como si lo hacen las legislaciones de algunos Estados, como es el caso de Chiapas.

Ya se dijo en capítulo previo que la idoneidad en la tentativa la desprendemos como una exigencia planteada por el legislador, cuando se dice que el sujeto pasivo debe realizar los actos que deberían de producir el resultado, es decir la exigencia se desprende de la palabra **deberían**, pero veamos de nueva cuenta el artículo en cuestión:

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

En efecto ya planteamos un ejemplo que dejó al descubierto que no es tan sencillo el decir que con la palabra **deberían** se ha dejado fuera la posibilidad de sancionar una tentativa inidónea, y por lo que se refiere a la estructura del injusto, nos hemos adherido a la idea de que se constituye tanto por desvalor de acción como por desvalor de resultado, en la concepción dualista, sin dejar de reconocer que es el desvalor de resultado objetivo el que constituye de suyo al injusto, concepción moderada, cofundamentadora, por lo que en tal virtud podemos decir que existe injusto aún cuando no hubiere desvalor de resultado, esto es, con realizar una comprobación de desvalor de acción *ex ante* al inicio de la acción, ya tendremos un injusto, pues de tal evento se actualiza ya una actuación típica, así si al analizar la acción se advierte que no existe *ex post* peligro en dicha acción, entonces la tentativa tendrá que ser calificada como inidónea, pero se tendrá entonces un grado mínimo de lesividad, de peligrosidad en el acto, que bien puede justificar la actuación de un derecho penal preventivo, por estas razones creamos que en el caso de la tentativa inidónea se puede advertir la posibilidad de que encontrará una sanción de acuerdo con lo

establecido por el Código Penal Federal. Debe quedar claro que no estamos diciendo que se debe sancionar a las personas por el mero hecho de que un sujeto objetive su intención de lesionar un bien jurídico, sino que lo que se sanciona es esa objetivación **a través de acciones dotadas de peligrosidad en la perspectiva ex ante.**

Así, en el caso de que alguien trate de privar de la vida a un policía que vigila el centro comercial que se pretende asaltar, y ello lo hace atacando con un arma punzo cortante, por la espalda, lanzando varios golpes hacia su víctima, sin que supiera que dicho vigilante traía puesto un chaleco antibalas que evita que sufra cualquier tipo de daño, ¿diríamos que se trata de una tentativa de homicidio o no? creemos que la respuesta es que sí, efectivamente, se trata de una tentativa, ahora bien, surge otra pregunta, ¿se trata de una tentativa idónea o inidónea?, pues al realizar el juicio de peligro se advertiría una peligrosidad al inicio de la acción, un peligro ex post, al inicio de la acción, y una peligrosidad al término de la acción, pero sin peligro al concluir la acción, es decir en el caso de ser rigoristas se podría decir que el atacar a alguien con un cuchillo cuando se trae puesto un chaleco antibalas, no es ni por mucho la conducta que debería de producir el resultado muerte, sin embargo tampoco se puede decir que no existe ningún tipo de injusto en dicho evento.

Así creemos que no existe inconveniente, ni tampoco inconsistencia alguna cuando se afirma que es factible sancionar una tentativa que puede ser calificada de inidónea.

La realidad es que el tema tampoco ha sido muy discutido en nuestros tribunales, y para muestra de ello veamos las siguientes tesis:

**HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA,  
NO CONFIGURADO.**

Si en el caso a quien se imputa el delito de homicidio en grado de tentativa, reconoce que

tuvo la intención de privar de la vida a determinada persona cuando ésta pasó por el frente de su casa a bordo de un vehículo y admite además haberse introducido a su domicilio a tomar una arma de fuego y dirigirse al lugar en que estaba estacionado el automotor, pero al llegar se percata de que en su interior no se encontraba nadie y hasta entonces realiza un disparo, es indiscutible que su conducta no se traduce en un acto ejecutivo de la figura típica del homicidio, habida cuenta de que para el momento en que exteriorizó su conducta no tenía a su alcance el objeto del delito, por no hallarse ya en el lugar requerido para ello, estando por tanto en presencia del delito imposible o tentativa inidónea.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL  
DECIMO PRIMER CIRCUITO.  
XI. 2o. 112 P

Amparo en revisión 16/94. Jesús Díaz Barriga Salinas. 24 de agosto de 1994. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación.  
Epoca: Octava Epoca. Tomo XIV-Octubre.  
Tesis: XI. 2o. 112 P Página: 309. Tesis Aislada.

Esta tesis precisamente plantea la problemática de ser analizada en los términos que hasta ahora han sido expuestos, pues está claro el hecho de que el sujeto revele su plan de autor, y que simplemente el mismo falle por una causa ajena que además impediría de cualquier forma la consumación desde el inicio, no deja de revelar la peligrosidad de la conducta y en tal sentido dar lugar a una reacción penal, pues en todo caso estamos de acuerdo con la tesis, se trata de una tentativa inidónea, **lo que no resuelve la interpretación, es nuestra interrogante, es decir, si deberá ser sancionada o no.**

TENTATIVA (LEGISLACION DEL  
DISTRITO FEDERAL Y VERACRUZ).

Toca a los Jueces y tribunales determinar con sentido justiciero, atendiendo a la peligrosidad

revelada por el agente, cuando se está o no en presencia de un acto ejecutivo integrante de tentativa. Habrá tentativa punible entonces, cuando los actos reclamados están dirigidos en forma idónea y unívoca a la consumación del evento. Cuando se habla de ejecutar actos o hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito; fórmula consagrada en el artículo 12 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, y en lo particular, en el artículo 10 del Código Penal del Estado de Veracruz, se están comprendiendo precisamente a los actos idóneos, pues la redacción usada parece referirse no sólo a la dirección de los hechos sino a su eficacia causal por cuanto al resultado perseguido; la palabra directa alude, evidentemente, a la univocidad de los actos realizados que, además deben entenderse en cercanía inmediata a la consumación.

Amparo directo 1094/57. Ramón Núñez de Luna. 27 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Instancia: Primera Sala. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Sexta Epoca. Volumen XIX, Segunda Parte. Tesis: Página: 222. Tesis Aislada.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

#### 1.2.2.4. En Conclusión.

De todo lo anterior se advierte que la tentativa puede ser analizada para su punición en dos distintos niveles de análisis, uno que se corresponde un aspecto cuantitativo en el que se distingue entre tentativa acabada e inacabada, y otro que es cualitativo en el que distingue entre lo que es tentativa idónea e inidónea. Estos dos aspectos son sin duda alguna, factores que pueden y deben influir para sancionar con mayor o menor energía una tentativa.

Con lo expuesto entonces podemos advertir la creación de diversas combinaciones, pues podrá haber tentativas acabadas idóneas, tentativas

inacabadas idóneas, tentativa acabadas inidóneas y tentativa inacabadas inidóneas. Esto puede ser manejado con los criterios que ya dimos cuenta en su momento, es decir analizando la peligrosidad, el peligro y el grado de ejecución alcanzada, de acuerdo con los diversos criterios.

### **1.2.2.3. Particularidades en la Individualización.**

En términos matemáticos, los que por lo general se encuentran alejados del gusto de los abogados, pero en fin en algunos momentos del ejercicio profesional nos vemos obligados a utilizar los fríos números, así en el caso de la tentativa podemos decir que tiene una **disminución obligatoria de la pena** que corresponda al delito que se buscaba consumar, dicha disminución se plantea en **una tercera parte** de la pena que le correspondía, en efecto el artículo 63 del Código Penal Federal plantea en su primer párrafo lo siguiente:

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

Esto quiere decir que en caso de por ejemplo de estar trabajando con el delito de homicidio que señala como pena la de 8 a 20 años de prisión para el tipo básico, la pena que pudiera llegar a corresponderle al sujeto sería tendría que ser determinada una vez realizada la individualización, dividiendo la que le correspondería si el delito se hubiere consumado entre tres y después dicho resultado multiplicándolo por dos, con la conversión obvia de que los años que nos den deberán ser divididos por doce, en atención a que cada año tiene doce meses así es que si en el caso concreto al individuo se le considerara una culpabilidad media, su pena para el caso de la consumación sería de catorce

años, los cuales habría que multiplicar por doce, es decir la operación se plantearía así:

$$14 \text{ (a)} \times 12 \text{ (m)} = 168 \text{ (m)} \text{ entre } 3 = 56 \times 2 = 112 \text{ (m)} = 9 \text{ (a)} \text{ } 4 \text{ (m)}$$

Esto es, que la pena por el delito tentado en un caso concreto de graduación de culpabilidad media, llegaría a ser de 9 años con cuatro meses, en lugar de los catorce años que le correspondería al delito consumado.

Desde ahora debemos decir que la pena que corresponde según el dictado del auto de formal prisión desde nuestro punto de vista debe de incluir las modalidades, pero está claro que la pena de la calificativa **no puede ser incluida en la forma de calcular la tentativa**, es decir con atenuación obligatoria, pues aquella se da en forma plena, pues si hubo violencia, no podemos suponer que se trata de un intento de violencia.

Nuestros tribunales federales plantean en cuanto a la individualización de la pena lo siguiente:

#### **DELITO GRAVE EN GRADO DE TENTATIVA. PENAS APLICABLES.**

Para la imposición de la pena, en tratándose de delitos graves, así considerados por la legislación penal aplicable, cuyo grado de ejecución quedé en tentativa, primero deben acreditarse los elementos del tipo penal como consumado y después imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, según el grado de ejecución que se hubiese llegado a consumir en la comisión del delito, atendiendo en el caso además, al grado de culpabilidad que se haya considerado al acusado; pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el ilícito de que se trate, necesariamente debe aplicarse la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero del Código Penal del Distrito Federal, es decir, imponer exactamente la pena mínima señalada, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN  
MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

I.3o.P41 P

Amparo directo 2059/98.-Guadalupe Cabrera Castellanos.-15 de febrero de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Manuel Morales Cruz.-Secretario: José Antonio Acevedo Castro.

Amparo directo 2559/98.-Alfonso Miranda Vilchis o Alfonso Romero Miranda.-15 de marzo de 1999.-Unanimidad de votos.-Ponente: Manuel Morales Cruz.-Secretaria: Maria del Carmen Clavellina Rodríguez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, septiembre de 1998, página 1208, tesis I.3o.P 36 P, de rubro: "ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. ARTICULO 371 DEL CÓDIGO PENAL, PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE."

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Epoca: Novena Epoca. Tomo IX, Mayo de 1999. Tesis: I.3o.P41 P Página: 1003. Tesis Aislada.

**LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION, PARA SU OTORGAMIENTO DEBEN TOMARSE EN CONSIDERACION EN FORMA PROPORCIONAL LAS CALIFICATIVAS DEL DELITO TENTADO.**

Las agravantes de un delito, aun cuando no se haya consumado plenamente éste, deben tomarse en consideración al resolver sobre la procedencia o improcedencia del beneficio de la libertad provisional bajo caución, ya que el delito tentado no deja de representar un hecho criminoso que sanciona la ley penal; así las cosas, al no ser la tentativa un delito autónomo, por estar en función de la conducta típica que se pretendió consumir en su totalidad, es evidente que el juzgador, por imperativo del artículo 20 fracción I de la Constitución Federal, no puede dejar de estimar las calificativas que se surtieron al ejecutar el hecho delictivo, para el efecto indicado; pero la cuantificación de las penas tanto del delito tentado como sus agravantes, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 51 párrafo segundo del Código Penal, en

concordancia con el diverso 63 del mismo ordenamiento legal, debe ser hasta las dos terceras partes del mínimo y máximo de las penas establecidas sobre el particular, para obtener el término medio aritmético y así establecer si excede o no de cinco años de prisión, pues las agravantes de un ilícito penal, deben correr la misma suerte del tipo básico de que se trata, en relación con la pena a imponer, por no constituir en sí mismas delitos autónomos, sino por el contrario, ser subordinadas de aquél, al no tener existencia por sí solas.

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

Amparo directo 882/90. Héctor Manuel Ruvalcaba García. 31 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Rubén Márquez Fernández.

Amparo en revisión 16/88. Eduardo Miranda Pacheco. 26 de febrero de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Carlos Loranca Muñoz.

Octava Epoca, Tomo I, Segunda Parte-I, páginas 396-397.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente: Semanario Judicial de la Federación. Epoca: Octava Epoca. Tomo VI Segunda Parte-I. Tesis: Página: 194. Tesis Aislada.

#### **CALIFICATIVAS DE PREMEDITACION, ALEVOSIA Y VENTAJA. SON COMPATIBLES CON LA TENTATIVA DEL DELITO DE HOMICIDIO.**

La calificación de la tentativa de homicidio no causa violación a las garantías constitucionales del inculpado, porque si en la ejecución de los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito de homicidio, intervienen alguna o algunas de las circunstancias que agravan la penalidad, deben, por razón jurídica y lógica, calificar la tentativa, tanto porque dichas circunstancias estén comprendidas en el capítulo de reglas comunes para lesiones y homicidios, como porque nada las hace incompatibles con los actos encaminados a la realización del delito, sino que

antes bien, al acusar la presencia de ellas una mayor peligrosidad en el agente de las manifestaciones delictivas, se impone el aumento de punibilidad previsto por la Ley, por lo que si en la sentencia se toma como base para fijar la pena, la que señala la Ley para el homicidio calificado, la decisión es correctamente motivada y fundada.

Amparo directo 2195/65. Mariano Rodríguez Blanco. 9 de marzo de 1967. 5 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Instancia: Primera Sala. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*. Epoca: Sexta Epoca. Volumen CXVII, Segunda Parte. Tesis: Página: 20. Tesis Aislada.

Un último punto que no podemos dejar de señalar es el que se deriva de los casos en los que se ha expuesto la problemática del término "hasta", empleado por el legislador para el delito tentado, es decir sin señalar cual sería en todo caso la pena mínima del mismo, en torno a ello los tribunales federales han resuelto lo siguiente:

**TENTATIVA, MODO DE COMPUTAR LA PENA IMPONIBLE EN LOS CASOS DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA).**

Para establecer las sanciones que deban imponer en caso de tentativa punible, debe tenerse como pena máxima la que se impondría si el delito fuere consumado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 63 del Código Penal para el Estado de Sonora, el cual no señala pena mínima, de suerte que debe considerarse que ésta será la de tres días conforme a la regla general que establece el artículo 23 de la ley punitiva invocada, y el término medio aritmético se obtendrá de la suma del máximo imponible con que se sancione el delito consumado más tres días que, según se dijo es el mínimo de la pena imponible, dividiendo entre dos aquella suma.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 217/88. Noé Ramírez Hernández. 25 de agosto de 1988. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Martínez Hernández.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación.  
Epoca: Octava Epoca. Tomo II Segunda Parte-2.  
Tesis: Página: 576. Tesis Aislada.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito  
Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: XIII-Marzo  
Página: 503

**TENTATIVA. REGLAS QUE DEBEN APLICARSE PARA LA IMPOSICION DE LAS PENAS TRATANDOSE DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE CHIAPAS).** Para la aplicación de las penas tratándose de tentativa, primero deben individualizarse como si el delito se hubiese consumado y luego imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, de conformidad con el artículo 59 del Código Penal para el Estado de Chiapas, sin que para ello baste tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto, sino igualmente el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste, puesto que no es lo mismo sancionar el principio de ejecución de un delito que los actos que agotaron su proceso ejecutivo; además debe atenderse a que como el ordenamiento punitivo citado no determina en el delito tentado, el mínimo de la pena a imponer, refiriéndose exclusivamente a la máxima, que precisa en las dos terceras partes de la que debe imponerse de haberse consumado el delito, ello obliga al juzgador a acudir a la norma general que contempla el artículo 18 del Código invocado, la cual alude a que la pena de prisión será de tres días hasta cuarenta años, o sea, que para sancionar la tentativa debe ser de tres días como mínimo y el máximo las dos terceras partes de la sanción que corresponda al delito consumado, margen éste en que se debe basar el juzgador para fijar la pena.

**TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.**

Amparo directo 676/93. Ervin Moreno Jerez. 18 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

Octava Epoca

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

**TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN**

Fuente: Semanario Judicial de la Federación  
Tomo: VII-Enero  
Página: 498

**TENTATIVA, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE. (LEGISLACION DEL ESTADO DE ZACATECAS).** El artículo 65 del Código Penal para el Estado de Zacatecas, dispone que para sancionar al responsable de tentativa "... se le aplicarán hasta las dos terceras partes de la sanción señalada en la Ley al delito que se pretendió consumar...", de lo cual se advierte que dicho precepto legal sólo señala el máximo de la pena y no el mínimo aplicable, por lo que para este último efecto, debe estarse a la regla genérica contenida en el artículo 21 del ordenamiento legal de que se trata, que señala como pena mínima de prisión la de tres meses.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL NOVENO CIRCUITO.

Amparo directo 464/90. Ernesto Bañuelos Carrillo. Unanimidad de votos. Ponente: María del Carmen Torres Medina de González. Secretaria: María Elena Segovia Díaz de León.

Sin embargo creemos que con la adición realizada en el año de 1985 al artículo 51 del Código Penal Federal, en su segundo párrafo, tal duda no debe subsistir, veamos el texto de referencia:

ARTICULO 51.- Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente. Cuando se trate de punibilidad alternativa el juez podrá imponer, motivando su resolución, la sanción privativa de libertad cuando ello sea ineludible a los fines de justicia, prevención general y prevención especial.

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

Es clara entonces, al menos así lo creemos, la obligación del juzgador de tomar en cuenta la mínima del tipo básico, y no utilizar la mínima genérica, pues con la aplicación de tal dispositivo no consideramos vulnerado de ninguna forma el principio de exacta aplicación de ley previsto en nuestra constitución.

Es así como llegamos al final de este limitado intento de dar una descripción del tipo de tentativa, de su integración y de la forma en que afectan sus formas de presentarse para la graduación de su gravedad, y por consiguiente para la imposición de la pena.

Sin duda son muchas las cosas que han quedado fuera de este trabajo, pero en realidad de lo que se trata es de despertar la curiosidad, tanto propia como ajena para continuar la reflexión y sin duda llegar a comprobar si teníamos algo de razón o si en su caso la nube de la equivocación nos oscurecía el pensamiento.

## CONCLUSIONES

1. La figura de la tentativa, tiene como punto álgido el determinar con la mayor seguridad jurídica el principio de ejecución, para lo cual lo más conveniente es atender en forma ecléctica tanto a criterios subjetivos como lo es el plan de autor, así como a los objetivos del observador imparcial.
2. El injusto puede ser analizado desde diversas concepciones, tales como las subjetivas, y las objetivas, dependiendo de su forma de integrar el desvalor de acción y desvalor de resultado.
3. El desvalor de acción debe ser entendido en clave objetiva, con un criterio de potencialidad de la acción realizada, y observando con todo cuidado los momentos de realización del acto, por lo que no se integra solo por la dirección de voluntad, sino que tiene parte objetiva y subjetiva.
4. El desvalor de resultado es una categoría independiente del resultado naturalístico, y del propio resultado que se exige por el delito consumado, por lo que puede existir sin problema un caso en el que se presente desvalor de resultado sin que exista el resultado que plantea el tipo, así que es importante no plantear como sinónimos al resultado y al desvalor de resultado.
5. El injusto penal se constituye por el desvalor de acción analizado desde el punto de vista objetivo, es decir con peligrosidad, y se cofundamenta por del desvalor de resultado.
6. El análisis del desvalor de acción y del desvalor de resultado, debe ser realizado desde la perspectiva *ex ante* y *ex post*, con juicio de

observador medio, y atendiendo al momento de realización de la conducta. Es indispensable realizar el juicio de peligrosidad.

7. De acuerdo con el momento de realización, puede dividirse el desvalor de acción inicial y final de la conducta, y lo mismo puede ser fraccionado el desvalor de resultado.
8. El injusto en la tentativa puede presentar desvalor de acción y desvalor de resultado, o bien puede solo presentar desvalor de acción como en el caso de la tentativa inidónea, caso en el que el injusto se constituye por el desvalor de acción.
9. En el Código Penal Federal se plantea una atenuación obligatoria para el caso de la tentativa, y se obliga al juzgador ha tomar en cuenta para la graduación de la pena, el grado de ejecución, por lo que debe ser sancionada con una pena menor la tentativa inacaba que al acabada, esto obedece a que en la tentativa acabada existe un injusto penal más grave que en la inacabada.
10. La redacción del artículo 12 del Código Penal Federal no excluye la posibilidad de sancionar una tentativa inidónea, pues la palabra "debería" puede válidamente ser referida a los momentos de ejecución que se enjuician en el desvalor de acción, aún cuando *ex post* se determine una falta de peligro en el actuar.
11. Nuestro sistema jurídico gradúa el injusto de la tentativa para el efecto de la imposición de la pena, aún cuando en los criterios de tribunales no se ha tomado un criterio definitivo sobre la integración del mismo que pudiera válidamente determinar si es necesario el desvalor de acción o bien el desvalor de resultado.

## BIBLIOGRAFIA

**Antolisei Francesco, "Manual de Derecho Penal Parte General" Octava Edición, Traducción de Jorge Guerrero y Marino Ayerra Redín, Editorial Temis, Bogota Colombia 1988.**

**Alcácer Guirao Rafael, "La Tentativa Inidónea Fundamentación y configuración de lo Injusto", Editorial Comares, Granada, España 2000.**

**Ayo Fernandez Manuel, "Las Penas Medidas de Seguridad y Consecuencias Accesorias", Manual de Determinación de las Penas y de las demás Consecuencias Jurídico-Penales del Delito, Editorial Aranzadi, Pamplona, España 1997.**

**Bacigalupo Enrique, "Principios de Derecho Penal" Parte General, Tercera Edición, Editorial akal/iure, Madrid, España. 1994.**

-----**"La Técnica de Resolución de Casos Penales", Editorial Colex, 1995 2ª. ed. Madrid, España**

-----**"Los Delitos de Homicidio", edit. Temis, 1989, Bogotá, Colombia**

-----**"Estudios de Derecho Penal y Política Criminal", edit. Cárdenas Editor y Distribuidor, 1989, México**

**Baldo Lavilla, "Estado de Necesidad y Legítima Defensa", Editorial Bosch, Barcelona, España 1994.**

**Beling Ernst "Esquema de Derecho Penal, La Doctrina del Delito Tipo", Traducción Sebastián Soler, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1944.**

**Berdugo de la Torre Ignacio, y otros "Lecciones de Derecho Penal", parte general, Madrid España, 1997**

**Bustos Ramírez Juan, "Lecciones de Derecho Penal (volumen I), Editorial Trota, Madrid, España 1997.**

**-----Bustos Ramírez Juan, "Manual de Derecho Penal Español", Editorial Ariel Barcelona España, 1984.**

**-----"Lecciones de Derecho Penal, Volumen II, Editorial Trota valladolid España, 1999.**

**Campo Moreno Juan Carlos, "Los Actos Preparatorios Punibles", Editorial Tirant lo Blanch, Monografías número 164, Valencia, España. 2000.**

**Carrara Francesco, "Derecho Penal", Editorial Pedagógica Iberoamericana, México. 1995.**

**-----"Cuestiones Sobre la Tentativa", Editorial Themis, Bogotá, Colombia. 1992.**

**Caranca y Trujillo Raúl y Carránca y Rivas, Raúl, "Código Penal Anotado", Editorial Porrúa, México, D.F. 1993.**

**Castellanos Tena Fernando, "Lineamientos Elementales de Derecho Penal", Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1984.**

**Cerezo Mir José, "Curso de Derecho Penal Español Parte General II, Teoría Jurídica del Delito 1, Quinta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, España 1997.**

-----**Cerezo Mir José, "Curso de Derecho Penal Español" Teoría Jurídica del delito 2 Parte General, edit. Tecnos, 2ª reimpresión, Madrid, España.1994**

-----**"Problemas fundamentales del Derecho Penal", edit. Tecnos, Madrid. 1982**

**Choclán Montalvo José Antonio, "Individualización Judicial de la Pena", Editorial Colex, Madrid, España 1997.**

**Cobo del Rosal Manuel, Tomas S. Vives Antón, "Derecho Penal Parte General, Editorial Tirant lo Blach, Valencia, España 1996.**

**Conde-Pumpido Ferreiro Cándido, "Contestaciones de Derecho Penal al Programa de Judicatura", "Parte especial, Editorial Colex, Madrid. 1997**

**Corcoy Bidasolo Mirentxu, "Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídicos-Penales Supraindividuales", Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, España.1999.**

**Creus Carlos, "Ideas Penales Contemporáneas", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina. 1985.**

**Cuello Calón Eugenio, "Derecho Penal", Tomo I, parte general, Decimoquinta Edición, Editorial Bosch, Barcelona, España.**

-----**"El Derecho Penal Español", Editorial Civitas, 2ª ed, Madrid, España. 1996.**

**Daza Gómez Carlos Juan Manuel, "Teoría General del Delito", Editorial Cardenas, México, Distrito Federal. 1997.**

**Diaz Aranda Enrique, "El Dolo", Editorial Porrúa, México, D. F., 2000.**

**Donna Edgardo Alberto, "Teoría del delito y de la Pena", Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina, 1992.**

-----**"La Tentativa", Editorial de Belgrano, Belgrano, Argentina 1996.**

**Eser Albin y Björn Burkahard, "Derecho Penal, Cuestiones Fundamentales de la Teoría del Delito Sobre la Base de Casos de Sentencias", Editorial Colex, Madrid, España 1995.**

**Farré Trepal Elena, "La Tentativa de Delito" Editorial Bosch, Barcelona, España, 1986.**

**Feijóo Sánchez Bernardo José, "El injusto penal y su prevención ante el nuevo código penal de 1995", Editorial Colex, Madrid, España, 1997.**

**Ferrajoli Luigi, "Derecho y Razón", Editorial Trotta, Madrid, España, 1997.**

**Franco y Guzmán Ricardo, "Delito e Injusto, formación del concepto de antijuridicidad", Edición Particular, México D. F. 1950.**

**Frisch Wolfgang, "Tipo Penal e imputación objetiva", Editorila Colex, , Madrid, España. 1995**

**García Arán Mercedes, "Fundamentos y Aplicación de Penas y Medidas de Seguridad en el Código Penal de 1995. Editorial Aranzadi, Pamplona, España. 1997.**

**García García Rodolfo, "Tratado sobre la Tentativa, La Tentativa de Delito Imposible" Editorial Porrúa, México, D.F., 2001.**

**García Ramírez Sergio, "El Sistema Penal Mexicano", Editorial Fondo de Cultura Económica, México, D.F.1993.**

**García Rivas Nicolás, en su libro "El Poder Punitivo en el Estado Democrático". Editorial Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, España, 1996.**

**-----"Delito Ecológico Estructura y Aplicación Judicial", Editorial Praxis, Barcelona, España, 1998.**

**Gimbernat Ordeig Enrique, "Ensayos Penales, Causalidad Omisión e Imprudencia, Editorial Tecnos, Madrid, España 1999.**

**Gracia Martín Luis, Boldova Pasamar Miguel Angel, Alastuey Dobon M. Carmen, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Español, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, España 1996.**

**-----"Las Consecuencias Jurídicas del Delito en el Nuevo Código Penal Español, Editorial Tirant lo Blach, Valencia, España 1996.**

**Goessel Karl-Heinz, "Dos estudios sobre la teoría del delito", Editorial Temis, Bogotá, Colombia. 1984.**

**Günther Hans-Ludwing, "La Clasificación de las Causas de Justificación en el Derecho Penal, Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal, Coordinadores Luzón Peña, Mir Puig. Editorial Aranzadi. Pamplona, España 1995.**

**Hans-Ludwing Günther, "La Clasificación de las Causas de Justificación en el Derecho Penal, Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal, Coordinadores Luzón Peña, Mir Puig. Editorial Aranzadi. Pamplona, España 1995**

**Hassemer Winfried, Larrauri Elena, "Justificación Material y Justificación Procedimental en el Derecho Penal", Editorial Tecnos, Madrid, España. 1997**

**Higuera Guimera Juan Felipe, "Las Excusas Absolutorias", Editorial Marcial Pons, Madrid España, 1993.**

**Huerta Tocildo Susana, "Sobre el Contenido de Antijuridicidad", Editorial Tecnos, Madrid España.1984.**

**Islas de González Mariscal Olga, "Análisis Lógico de los Delitos Contra la Vida", Editorial Trillas, México, D.F. 1991.**

**Jakobs Günther, "Derecho Penal Parte General", Traducción Cuello Contreras y González de Murillo, Editorial Marcial Pons, Madrid, España 1995.**

**Jaén Vallejo Manuel, "El concepto de Acción en la Dogmática Penal", Editorial Colex, Madrid, España, 1994.**

**Jescheck Hans Heinrich, "Tratado de Derecho Penal, Parte General", cuarta Edición, Traducción José Luis Manzanares Samaniego, Editorial Comares, Granada España, 1993.**

**Jiménez de Asúa Luis, "Lecciones de Derecho Penal, Obra Compilada, Editorial Pedagógica Iberoamericana, Compilador Enrique Figueroa Alfonso, México 1995.**

**Jiménez Huerta Mariano, "Derecho Penal Mexicano", Tomo I, Editorial Porrúa, Sexta Edición, México 2000.**

**Kaufmann Armin, "Teoría de las Normas, Fundamentos de la Dogmática Penal Moderna", Editorial Depalma, Trad. Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés, Buenos Aires, Argentina, 1977.**

**Landrove Díaz Gerardo, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Editorial Tecnos, 4ª. Edición, Madrid, España. 1996.**

**Laurenzo Copello Patricia, "El Resultado en el Derecho Penal", Editorial Tirant lo Blanch Alternativa, Valencia, España 1992.**

**Luzón Peña Diego Manuel, "Causa de Atipicidad y Causas de Justificación, Causas de Justificación y de Atipicidad en el Derecho Penal, Coordinadores Luzón Peña, Mir Puig. Editorial Aranzadi. Pamplona, España 1995.**

**-----"Curso de Derecho Penal Parte General", Editorial Universitas, S.A. Madrid, España. 1996.**

**Luzón Peña José María, "Compendio de Derecho Penal", parte general, Novena Edición, Editorial Dickinson, Madrid, España 1995.**

**Maio Camacho Gustavo, "Derecho Penal Mexicano", Editorial Porrúa, México, Distrito Federal. 1997.**

**-----"Tentativa del Delito", Editorial Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, Distrito Federal, 1971.**

**Margadant Guillermo, "Introducción a la Historia del Derecho Mexicano", Editorial Esfinge, Nacalpan, Estado de México, 1994.**

**Márquez Piñero Rafael, "El Tipo Penal", Editorial UNAM, México, D.F.**

**Martínez Escamilla Margarita, "La Imputación Objetiva del Resultado", Editorial Edersa, Madrid, España 1992.**

**-----"El Desistimiento en el Derecho Penal, Estudio de Algunos de sus Problemas Fundamentales", Editorial, Servicio de Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense Madrid, Madrid, España. 1994.**

**Mata y Martín Ricardo M., "Bienes Jurídicos Intermedios y Delitos de Peligro", Editorial Comares, Granada, España. 1997**

**Maurach Reinhart-Zipf Heinz y Gössel Heinze, "Derecho Penal", parte general, Tomo 1, Trad. Bofill Aimone, edit. Astria. Buenos Aires, Argentina, 1994.**

-----"Derecho Penal", parte general, Tomo 2, Trad. Bofilli Aimone, Editorial. Astria. Buenos Aires, Argentina, 1994.

Mezger Edmund, "Derecho Penal" parte general, Editorial Cardenas, México 1990.

Mir Puig Santiago, "Derecho Penal Parte General", 4ª. Edición, Editorial PPU, Barcelona, España, 1996.

Moreno Torres-Herrera Maria Rosa, "Tentativa y Delito Irreal", Editorial Tirant lo blanch, Valencia, España 1999.

Mommsen Teodoro, "Derecho Penal Romano", Editorial Temis, Reimpresión, Bogotá, Colombia, 1999.

Muñoz Conde Francisco, "Teoría General del Delito", Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España 1991.

-----Muñoz Conde Francisco, "Derecho Penal y Control Social" Editorial Temis, Monografías Jurídicas número 98, Bogota Colombia 1999.

-----Muñoz Conde Francisco en su "Derecho Penal" parte general, 2ª.Edición, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia España, 1996.

-----Muñoz Conde Francisco, "El Desistimiento Voluntario de Consumar el Delito", Editorial Bosch, Barcelona, España, 1972.

Palacios Vargas Ramón, "La Tentativa", Editorial Cardenas, Segunda Edición, México, D.F., 1979.

**Plascencia Villanueva Raúl "Los Delitos Contra el Orden Económico", Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, 1995.**

**Parma Carlos, "La Tentativa", Editorial, Ediciones Jurídicas Cuyo, Buenos Aires, Argentina 1996.**

**Pavón Vasconcelos Francisco, "Breve Ensayo Sobre la Tentativa", Quinta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1998.**

**-----"Derecho Penal Mexicano", Décimo Cuarta Edición, Editorial Porrúa, México, D.F., 1999.**

**Pessoa Nelson R. "La Tentativa Distinción entre Actos Preparatorios y Actos de Ejecución de Delitos" Editorial Hammurabi, 2ª. Edición, Buenos Aires, Argentina, 1998.**

**Porte Petit Candaudap Celestino, "Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal", Editorial Porrúa, México, 1998.**

**Quintero Olivares, Gonzalo, y otros. "Comentarios al Nuevo Código Penal", Editorial Aranzadi, Pamplona, España. 1996.**

**Reyes Echandía Alfonso, "Tipicidad", Reimpresión de la Sexta Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1989.**

**-----"Derecho Penal", Editorial Temis Quinta Reimpresión de la Undécima Edición, Bogotá, Colombia, 1996.**

**Reynoso Dávila Roberto, "Teoría General de las Sanciones Penales", Editorial Porrúa, México, D.F., 1996.**

**Roxin Claus, "Política Criminal y Estructura del Delito", Traducción de Bustos y Hormazabal, Editorial PPU, Barcelona, España, 1992.**

-----**"Derecho Penal, Parte General, Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito", Tomo I, Traducción , Luzón Peña, García Conlledo y Vicenti Rmesal, Editorial Civitas, Madrid, España, 1997.**

**Sacher de Kóster Mariana, "La Evolución del Tipo Subetivo", Editorial Adhoc, Buenos Aires, Argentina, 1998.**

**Sancinetti Marcelo A. "Teoría del Delito y Disvalor de Acción", Editorial Hammurabi, Buenos Aires, Argentina 1991.**

-----**"Fundamentación Subjetiva del Ilícito y Desistimiento de la Tentativa", Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1995.**

-----**"ilícito Personal y Participación", Editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, Argentina. 1997.**

**Sanz Mulas Nieves, "Sistemas de Penas en la actualidad", Revista Criminalia, Editorial Porrúa, año LXIII, número 2, México, D.F., 1997.**

**Scarano Luigi, "La Tentativa", trad. Luis E. Romero Soto, Primera Edición, Editorial Temis, Bogotá, Colombia, 1960.**

**Silva Sánchez Jesús-María, "La Expansión del Derecho Penal", Editorial Civitas, Madrid, España 1999.**

**Stratenwerth Günther, Derecho Penal Parte General I, El Hecho Punible, Editorial Edersa, Trad. Gladys Romero, Madrid, España. 1982. pp199-203.**

-----"Acción y Resultado en el Derecho Penal Penal", Traducción de Marcelo A. Sancinetti y Patricia Ziffer, Editorial Hamurabi, Buenos Aires Argentina 1999.

Struensee Eberhard, "Dolo, Tentativa y Delito Putativo", Editorial Hamurabi, Buenos Aires, Argentina, 1992.

Terradillos Basoco Juan- Borja Mapelli Caffarena, "Las Consecuencias Jurídicas del Delito", Editorial Civitas, Tercera Edición, Madrid, España 1996. p.188

Welzel Hans, "El Nuevo Sistema del Derecho Penal. Una Introducción a la Doctrina de la Acción Final, Barcelona España, 1964.

-----"Derecho Penal Aleman", Editorial Cardenas, 4ª. Edición Castellana, Santiago de Chile 1993.

Zaffaroni Eugenio, "Manual Derecho Penal" Editorial Cardenas, Segunda Edición México 1988.

-----"Derecho Penal Parte General", Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 2000.

## OTRAS FUENTES

Diccionario Manual e Ilustrado de la Lengua Española, Editorial Espasa-Calpe, Segunda Edición, Madrid, España.

**CD ROM, "Historia Legislativa y Parlamentaria III, Penal", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F. 2000.**

**CD ROM, "Código Penal, 3ª. Versión", Suprema Corte de Justicia de la Nación, México D. F. 2000.**

**CD ROM, "Jurisconsulta 2001, Jurisprudencia Tesis Aisladas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 1817-2001" Edición actualizada a febrero del 2001. Editorial Enterprise Software, México D. F., 2001.**