

10  
2ej  
881309



**UNIVERSIDAD DEL VALLE DE MEXICO**

**PLANTEL LOMAS VERDES**

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD  
NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO, NUMERO  
DE INCORPORACION 8813-09

**CONSIDERACIONES DE LA TENTATIVA COMO  
GRADO DE DELITO**

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADO EN DERECHO  
P R E S E N T A  
**RICARDO ESPINOSA GARAY**

DIRECTOR DE LA TESIS: LIC. JUAN ARTURO GALARZA  
ASESOR DE LA TESIS: LIC. JAIME RAMIREZ ELIZALDE

NAUCALPAN, EDO. DE MEX.

1991



## **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 está 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.

## INTRODUCCION

Hemos escogido como tema para desarrollo de nuestra tesis la insti-  
tuición de la tentativa, en virtud de la gran importancia que dentro del cam-  
po del derecho penal ha adquirido en nuestros días, y además porque a pesar  
de los grandes esfuerzos realizados por los más notables juristas de to-  
das las épocas, no ha sido posible definir claramente su fundamentación y la  
mayoría de las soluciones planteadas han discrepado radicalmente.

Al elaborar este tema he considerado hablar previamente del deli-  
to, tratando de determinar al máximo posible sus elementos constitutivos, to-  
da vez que la tentativa no es sino un grado de su desarrollo. Posteriormente  
y después de anotar algunos antecedentes históricos, veremos algunas de las -  
doctrinas que en relación con la tentativa se han formulado y que creemos más  
importantes, y luego de determinar sus elementos hablaremos de la penalidad -  
que debe aplicarse a ésta.

Por último analizaremos la noción de la tentativa en nuestra le-  
gislación actual, la cual deja en penumbra grandes problemas, dado que su re-  
dacción no es del todo completa, prestándose a graves confusiones al tratar -  
de aplicarla en cada caso concreto; buscando siempre nosotros las soluciones  
que consideramos sean las más adecuadas a nuestro medio y vayan en concordancia  
con el resto de las disposiciones legales.

Quiero hacer patente mi gratitud al Sr. Lic. Fernando Ortiz por  
la desinteresada cooperación y los sabios consejos que se sirvió prestarme pa-  
ra la elaboración de este trabajo.

RICARDO ESPINOSA GARAY.

**INTER CRIMINIS.** - Antes de entrar al estudio del delito consideramos importante analizar el proceso psíquico y su transformación en acto externo, o sea el camino que la acción delictuosa sigue desde que el sujeto activo lo concibe hasta que lo consuma. Esto es lo que se conoce por *inter criminis*.

En otros términos, el *inter criminis* comienza con un proceso mental o interno, y se convierte en una acción física o externa; y tanto en el proceso interno como en la acción física activa o externa, encontramos diversas fases o momentos.

**FASE INTERNA.** - Dentro de la fase psíquica o interna se pueden distinguir tres etapas:

- a). - La primera llamada de la concepción, es el principio del *inter criminis*, iniciándose con una idea concebida por la mente del individuo, la cual ha de ser la idea criminosa.
- b). - Pasamos a una segunda fase llamada de liberación, en que el delincuente estudia sobre cometer el delito o no y pesa las razones que hay en pro y en contra de su realización.
- c). - Por último, el delincuente, después de haber concebido la idea y de haber deliberado sobre la ejecución de la acción delictuosa, resuelve llevarla a cabo, siendo ésta la última fase del proceso psíquico llamada fase de resolución.

## CAPITULO I

### EL DELITO

- a).- Acción u Omisión.
- b).- Tipicidad.
- c).- Antijuricidad.
- d).- Imputabilidad y culpabilidad.
- e).- Punibilidad y sus condiciones objetivas

Esas fases del *inter criminis*, sin embargo, carecen de importancia jurídica puesto que, en todas ellas, el delito permanece en la mente del sujeto, no pudiendo ser incriminable dado que sería imposible la prueba del pensamiento delictuoso. En efecto, mientras el delito permanece o se estaciona en la mente del sujeto y no ha trascendido al exterior, no puede ser sancionable por más que esas ideas contengan todo el mal moral que quiera suponerse.

Nuestro derecho señala como personas responsables a las que toman parte en la "concepción, preparación o ejecución de un delito" (Artículo 13 Código Penal del Distrito Federal); pero, como lo expresa el maestro Carrancá y Trujillo, al referirse nuestra ley a la concepción del delito, se trata de la autoría intelectual como forma de participación en el acto delictivo, no queriendo decir con ello que origine responsabilidades la sola concepción delictuosa. [1]

**FASE EXTERNA.** - Primeramente trataremos de establecer si la exteriorización de una idea criminal puede considerarse sujeta o no por parte del derecho a represión.

Esta fase aparece desde el momento en que tiene manifestación exterior la idea criminal, cuando sale de la conciencia del agente para revelar se a otras personas, lo cual puede ser por medio de la proposición, inducción o conspiración.

1.- Carrancá y Trujillo.- Derecho Penal. Tomo II, Pág. 136.

En tal momento de la vida del delito, éste no es inculparable sino en los casos en que, exteriorizada la resolución criminal, va en perjuicio de alguien y constituye, pongamos en caso, el delito de amenazas, o bien como la exteriorización de algunos pensamientos delictivos por sí mismos, integran algún delito específico tipificado en la ley, por ejemplo, el de rebelión, en su particularidad señalada en la fracción primera del artículo 135 del Código Penal del Distrito Federal en la que expresan: "...en cualquier forma o por cualquier medio invite a una rebelión".

Podemos, entonces, afirmar en general que la exteriorización del pensamiento delictuoso es impune y que solamente se castiga cuando produzca, por sí, una perturbación jurídica contraviniendo una norma expresa de la Ley.

Sigue a este el momento en que el agente busca en el mundo exterior los medios necesarios para realizar su deseo criminal; así observa el lugar, la víctima y además circunstancias de su plan y dispone de los instrumentos necesarios, es decir, realiza un conjunto de actos preparatorios para la consumación del delito.

En nuestro derecho, los actos preparatorios del delito no son sancionables y siempre y cuando éstos no constituyan por sí solo algún delito, y cuando quiere que sean castigados lo hace a través de normas jurídicas que les den el carácter de delitos, y ello porque los legisladores han considerado que en sí, esos actos preparatorios son reveladores de una peligrosidad criminal. Por ejemplo, los que se comprenden en el Artículo 256 del Código Penal del Distrito Federal: "a los mendigos a quienes se aprehenden con disfraz

o con armas, ganchías o cualquier otro instrumento que dé motivo para sospechar que trata de cometer un delito, se le aplicará una sanción de tres días a seis meses de prisión, y quedará sujeto durante el tiempo que el juez estime pertinente, a la vigilancia de la policía".

A este momento sigue el de la plena ejecución del acto violatorio de la norma jurídica, o sea donde se presenta ya un principio de ejecución -- del delito. Es ahí donde podemos encontrar la tentativa, siendo necesario, - para hablar de ella, que la acción llegue a un determinado grado de desarrollo, llamado acto ejecutivo.

Por último, cuando se han desarrollado esos actos ejecutivos y, - además se han conseguido el resultado delictuoso proponiéndose un - daño, es cuando el delito ha llegado a consumarse, siendo éste el último momento del *inter criminis* dentro de su fase externa.

**DEFINICION.** - Históricamente el concepto de delito no se ha fijado con igual precisión, pues a pesar de que destacados juristas de todas las es cuetas intentaron dar una definición filosófica de él valdiera para todo tiempo y lugar, no les ha sido posible, dado su carácter que es evolutivo, y sus raíces más o menos profundas en cada pueblo y en cada época, haciendo que varíe el concepto y lo que antes se consideraba como acción criminal, ya ha dejado de serlo o viceversa. Así, en el derecho más remoto del antiguo oriente y aún en la primitiva Roma, la idea del delito se confundió con la del daño, cualquiera que fuese la causa de éste, y por ello se castigó a los animales, a los seres inanimados y aún a las fuerzas de la naturaleza. Existen da

ios verdaderamente curiosos a éste respecto, como el Jerjes, rey de los persas, que condenó al Helesponto al ser azotado por la destrucción de su flota [2]

Modernamente se han formulado un sinnúmero de definiciones como la de Carrara que nos dice que el delito "es un ente jurídico constituido por una relación de contradicciones entre el hecho y la ley, es una disonancia armónica; es la infracción de la ley del Estado promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". [3].

Jiménez de Asúa vé el delito "como un acto típicamente antijurídico, imputable al culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, y que se haya conminado con una pena o, en ciertos casos, con determinada medida de seguridad en reemplazo de ella". [4]

Eugenio Cuello Calón, al hablar del concepto general del delito - se abstiene de definirlo en forma general, pero dá la noción jurídica de éste haciéndola consistir en una "acción antijurídica, típica, culpable y sancionada con una pena" [5]. En estos momentos se resumen casi todas las definiciones de los autores modernos y a ellos, también, se someten las actuales legislaciones, elementos que nos proponemos estudiar en seguida.

2.- Datos tomados de la Enciclopedia Espasa Calpe.

3.- Cita Eusebio Gómez T. de Derecho Penal, Pág. 416.

4.- Jiménez de Asúa T. de Derecho Penal, Tomo III, Pág. 71.

5.- Eugenio Cuello Calón. Derecho Penal. Pág. 257.

**ACCION.**- En primer término hemos de afirmar que al hablar de este elemento como parte integral de un delito, nos referimos a una acción humana ejecutada voluntariamente, y de ningún modo debemos concebir que ella no sea conducta del hombre, pues sólo éste, a través del hacer u omitir, es punible.

La acción comprende dos conceptos: uno positivo y otro negativo, correspondiente al primero la acción como acto propiamente dicho, o sea el hecho lo que no se debe hacer, y al segundo, la omisión, o sea el dejar de hacer lo que una norma ordena que se ejecute.

El Maestro Cuello Calón, al referirse a este elemento, habla de acción en sentido estricto como la acción propiamente dicha o actividad positiva, y de acción en sentido amplio al mencionar la omisión o conducta pasiva del sujeto.

**ACCION EN SENTIDO ESTRICTO.**- Eusebio Gómez, al distinguir entre los delitos de acción y los de omisión, nos dice: "son delitos de acción - aquellos en que las condiciones en que deriva un resultado, reconocen como -- causa determinante un hecho positivo del sujeto". [6]

Eusebio Cuello Calón afirma, al hablar de la acción strictu sensu, : "es un movimiento corporal voluntario encaminado a la producción de un

resultado, consistente en la modificación del mundo exterior o en peligro de que se produzca". [7].

Por lo anterior deducimos que la acción en sentido estricto, como elemento del delito, exige como fundamento un querer del agente: esto es, un acto de voluntad y, así mismo, un hacer corporal o físico, resultando de ambos una lesión o un peligro de lesión a los bienes jurídicamente protegidos y afirmamos que son indispensables tanto el elemento voluntad como el movimiento o hacer corporal, pues no son acciones penalmente hablando, los ejecutados bajo el impulso de una fuerza física exterior irresistible, ni lo son tampoco los puros pensamientos o actos internos del agente.

Este concepto de acción en sentido estricto o positivo, da lugar a los delitos llamados de acción, a diferencia de los llamados por omisión - constituidos por una actividad negativa.

**ACCION EN SENTIDO AMPLIO.**- Consiste la acción, en un sentido amplio, otra forma de comisión de los delitos, en la omisión, o sea la inactividad cuando la ley exige un comportamiento determinado.

Eusebio Gómez nos dice: "que son delitos de omisión aquéllos en que las condiciones de que deriva un resultado reconocen, como causa determinante, la falta de observancia por parte del sujeto, de un precepto obligatorio". [8]

7.- Eugenio Cuello Calón. Obra citada, Pág. 270

8.- Eusebio Gómez. Obra citada, Pág. 418.

Por otra parte, al tratar en su obra este tema, Carrancá y Trujillo nos hace una distinción entre los delitos de omisión espiritual y de omisión material y nos dice que los primeros son aquéllos en que se ejecuta un hecho sin tomar las precauciones debidas, jurídicamente exigibles, siendo estos delitos de culpa o imprudencia, y en cuanto a los delitos de omisión material los divide en propios delitos de omisión e impropios delitos de omisión. [9].

En los delitos de omisión se sanciona el no actuar, el no hacer un hecho que tiene obligación de ejecutar en virtud de un mandato de la Ley, y así, al estudiar los elementos de estos delitos, encontramos que como en los de acción, también se exige el elemento voluntad como requisito indispensable, pues queda fuera del campo penal toda omisión que se deba a un factor ajeno a la voluntad del sujeto obligado a actuar; y al igual que en los delitos de acción, los de omisión tampoco son punibles cuando los hechos se ejecutan debido al impulso de una fuerza física no resistible.

En suma, podemos decir que la omisión es el no hacer corporal y voluntariamente cuando se tiene la obligación legal de hacerlo, produciéndose un resultado dañoso o un peligro de éste.

Dentro de los delitos de omisión, encontramos dos tipos de éstos

los de simple omisión o "propios delitos de omisión" a los de comisión por omisión o "impropios delitos de omisión".

Los primeros existen cuando hay incumplimiento de una orden positiva de la ley, su esencia está constituida por la inejecución de un mandato emanado de aquélla. Así encontramos un caso concreto de omisión simple en el delito previsto por el Artículo 400 fracción V del Código Penal del Distrito Federal, que sanciona al "que no procure por los medios lícitos que tenga a su alcance y sin riesgo impedir para su persona la consumación de los delitos que se ve van a cometerse o se están cometiendo, salvo que tenga obligación de afrontar el riesgo en cuyo caso se estará a lo dispuesto en este Artículo o en otras normas aplicables.

Los segundos de comisión por omisión, son aquéllos en que la abstención del movimiento corporal se debe al pensamiento criminal que lo ordena pues lleva la abstención el deliberado propósito de causar el daño al no evitarlo. Se dice que en esta clase de delitos la violación no estriba en no acatar una orden de obrar por la ley, sino, por el contrario, una prohibición como no matar, no dañar, etc. Un ejemplo que tenemos para entender claramente estos delitos y que ha sido frecuentemente usado por los tratadistas, es el de una madre que con el propósito de que su hijo muera se abstiene de alimentarlo, logrando con su abstención el propósito homicida y por lo tanto, existe el resultado material.

**ANTI JURICIDAD.**- La antijuricidad es otro de los elementos que integran el delito. Una acción es antijurídica cuando va en contra de lo que establece una norma penal o lesionando o poniendo en peligro de ser lesionados bienes jurídicamente tutelados, siempre y cuando no existan causas que justifiquen el acto delictuoso que ejecutó el agente.

Litz dice al respecto: "la lesión o riesgo de un bien jurídico sólo será materialmente contrario al derecho cuando esté en contradicción con los fines del orden jurídico que regulan la vida en común: esta lesión o riesgo será materialmente legítimo, a pesar de ir dirigido contra los intereses jurídicamente protegidos, en el caso y en la medida en que responda a esos fines del orden jurídico y, por consiguiente, en la misma convivencia humana" (10)

Cuello Calón en su obra de derecho penal nos dice: para determinar si un hecho es penalmente jurídico habrá que acudir como criterio decisivo a la ley, Si el hecho encuadra dentro de alguno de los tipos legales descritos en el texto legal, existen grandes posibilidades pero no seguridad, pues en su realización pueden concurrir causas que excluyen la antijuricidad que no pueden ser previstas por el legislador al dibujar los diferentes tipos legales del delito". (11).

10.- Cita Jiménez de Asúa. T. de Derecho Penal, Tomo I, Pág. 231

11.- Cuello Calón.- Obra citada Pág. 292.

Es pues, el delito, una conducta antisocial, ya que viola una ley impuesta para hacer posible la vida de los hombres en sociedad. Resultan así, que para que una acción sea antijurídica, necesariamente debe estar definida por la ley como delito, pues por inmoral o peligrosa que ésta sea, si no está tipificada en una norma, no puede ser antijurídica.

Además que la acción esté encuadrada dentro de alguno de los tipos de delito especificado en la ley y sancionado por una pena, es menester que no haya causas que justifiquen la conducta del agente, pues aún cuando la tipicidad es uno de los indicios más importantes de la antijuridicidad, es necesario que no existan circunstancias excluyentes de responsabilidad, sólo así esa acción pueda ser plenamente antijurídica y constituir un delito. A este respecto nos dice Jiménez de Asúa que no todo lo contrario a la ley, ya que detrás de ésta más que un concepto jurídico, reside un concepto social.

Por lo que podemos concluir que una acción es antijurídica, cuando se encuentra definida por una ley, está sancionada con una pena y circunstancia excluyentes de responsabilidad.

**TIPICIDAD.**- La tipicidad es otra de las características del delito, y para que una acción sea típica es necesario que ésta se encuentre en plena concordancia con la hipótesis delictiva consignada en la ley penal.

La tipicidad tiene un significado propio como elemento del delito y es independiente de los demás elementos. En ese sentido se afirma Luis

Jiménez Asúa al expresar que "la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, absolutamente separada de la antijuricidad y de la culpabilidad" (12) . Así por ejemplo, matar a un hombre es el delito de homicidio, es una mera descripción, y al establecer si la muerte fue contraria a la norma o se realizó en legítima defensa, es función valorativa que se concreta a través del elemento del delito llamado antijuricidad, por lo que una acción delictiva que se produzca y que de ella resulte privado de la vida una persona, es una acción típica, y si ese obrar del agente fue ejecutado en defensa de su vida, no será antijurídica pero seguirá siendo típico.

Al hablar de tipicidad nos encontramos ante un concepto abstracto, o sea el modelo o tipo creado por la ley que se concretiza a través de una conducta humana al realizarse una acción delictiva. Concluyendo, para que sea típico un hecho, ha de reunir todos los elementos que exige el hecho abstracto emanado de la ley.

Algunos autores han hecho clasificaciones con respecto a la tipicidad, y entre ellas se encuentra la de Jiménez de Asúa a la cual nos adherimos por considerarla más clara y completa. Este autor divide los tipos de delitos desde el punto de vista de la autonomía de los mismos, "típicos básicos especiales y complementarios", siendo característica de los primeros su independencia e índole fundamental, como por ejemplo, el homicidio, las lesiones, etc.; en cuanto a los tipos especiales, éstos mantienen las características -

esenciales del tipo básico, pero le agregan otras características propias del nuevo delito y cuya existencia elimina la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos en el tipo especial, como por ejemplo, el infanticidio, previsto por el Artículo 325 de nuestra Ley Penal, y cuya peculiaridad consiste en la privación de la vida de un niño por sus ascendientes consanguíneos dentro de las 72 horas de su nacimiento, excluye por completo la figura del homicidio; por lo que hace a los tipos complementarios, que también podríamos llamar derivados, siempre se incorpora al tipo básico, presuponiendo su aplicación, no siendo sino una modalidad de aquél, tal como el homicidio con algún agravante.

Por último y a fin de aclarar al máximo posible el elemento tipicidad, veremos su aspecto negativo o sea la aтипicidad, la cual puede presentarse en dos formas: por falta de alguno de los elementos que integran el tipo delictivo o bien por ausencia total de éste. A este respecto nuestra Constitución General establece que no puede haber delito sin tipo legislado, cerrando al mismo tiempo las puertas de la analogía para la aplicación de las penas.

**IMPUTABILIDAD Y CULPABILIDAD.** - El derecho antiguo no consideró el elemento culpabilidad al integrar el delito, y tomó únicamente en cuenta el concepto de daño causado o peligro de éste, de lo cual ya expusimos algunos ejemplos con anterioridad.

Pero nosotros, al referirnos al delito, dijimos que es una actividad humana la cual además de ser típica y antijurídica es culpable, debiendo entenderse por culpabilidad la relación psíquica de causalidad entre el agente y el hecho.

Cuello Calón al hablar de la culpabilidad nos dice que: "una acción es culpable cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ellas y su actor debe serle jurídicamente reprochada". [13].

Jiménez de Asúa, a su vez expresa al particular que, "imputar un hecho a un hombre es hacerlo responsable de él, puesto que de tal hecho es culpable". [14] y luego establece la diferencia entre la imputabilidad, la responsabilidad y la culpabilidad, conceptos éstos que a menudo son utilizados como sinónimos o equivalentes, explicando que la imputabilidad no es sino la afirmación de la existencia de una relación psíquica entre el delito y la persona; que la responsabilidad resulta de la capacidad del sujeto para sufrir las consecuencias del delito, y que la culpabilidad es el elemento característico de la infracción.

En consecuencia, para que una acción sea declarada culpable, es necesario que ésta sea imputable a un sujeto, respecto de la que éste sea responsable y se declare su culpabilidad. Esto es, la imputabilidad y la respon-

13.- Cuello Calón. Obra citada, Pág. 290

14.- Jiménez de Asúa. T. de Derecho Penal. Tomo III, Pág. 87.

sabilidad son los elementos con los que se integra la culpabilidad, tienen características diferentes, pues mientras la imputabilidad es una mera posibilidad, la responsabilidad es una realidad en relación con la culpabilidad.

En conclusión, el fundamento de la culpabilidad se encuentra en las condiciones psíquicas del agente requeridas por la ley para poder imputarle un hecho penal concreto, condiciones con las cuales se prueba que el hecho fue querido y debe ser sancionado.

La culpabilidad tiene dos aspectos, es decir, que puede presentarse ya en forma de dolo, ya en forma de imprudencia, constituyendo con la primera los delitos intencionales y con la segunda los delitos imprudenciales o de culpa, por lo que cuando no existe intención delictuosa o negligencia de parte del agente, no existe delito, pues no hay culpabilidad. Así lo establece nuestro ordenamiento penal al referirse a la excluyente de responsabilidad en su Artículo 15 fracción X "causar un daño por mero accidente, sin intención o imprudencia alguna, ejecutando un hecho lícito, con todas las precauciones debidas". Por el contrario, podemos afirmar que obra con dolo la persona que quiere realizar algo ilícito voluntaria e intencionalmente. El resultado coincide con la intención.

Dejamos que la imprudencia es una forma del elemento de culpabilidad, y ésta se presenta cuando el agente actúa sin intención, no previniendo el resultado y sin advertir que el acto tendría por consecuencia un delito.

Para saber si el resultado es o no previsible deben tomarse en cuenta tanto el hecho como el agente. En cuanto al hecho, diremos que es previsible si es de los que se realizan de un modo normal y que la experiencia de la vida lo enseña. En cuanto al agente, debe considerarse para determinar si lo podía prever, su cultura, sus conocimientos especiales en determinados aspectos, pues lo que es previsible para unos, puede no serlo para otros, y con ambos supuestos debe clasificarse la mayor o menor gravedad de la imprudencia.

Desde el punto de vista de la intensidad de la culpa el derecho romano la diferenció en "lata, leve y levísima" estableciendo que la culpa es lata, cuando el suceso dañoso era previsible para todos los hombres, los cuales son el sólo hecho de ser normales; podían prever el resultado dañoso si so lo fuera previsible para un hombre extraordinariamente diligente.

Nuestra ley, al diferenciar el dolo y la culpa expresa, que el primero se presume siempre, salvo prueba en contrario, y se castiga como delito intencional del hecho que se ejecuta, aunque no se hubiere propuesto causar el daño que resultó, si éste es consecuencia necesaria y notoria del hecho y omisión y estar al alcance del común de las gentes (Artículo 8° fracción 1 y 9 del Código Penal para el Distrito Federal). Tales hechos que en el derecho romano encuadrarían dentro de la culpa lata, en nuestra ley son castigados como intencionales.

Volviendo a nuestro Código Penal, diremos que concibe el delito no intencional o de imprudencia, como toda imprevisión, negligencia, impericia

falta de reflexión o de cuidado, de cause igual daño que un delito intencional, y al establecer su penalidad, nos habla de la culpa grave y de la culpa leve, quedando al prudente arbitrio del juez establecerla, quien tomará en cuenta -- las circunstancias del caso, que prevé el Artículo 60 en cuanto a circunstancias especiales y 52 relativo a las generales, fracción I del Artículo 60 del Código Penal. "La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resulta ; II.- Si para esto bastaban una reflexión o atención ordinarias y conocimientos comunes en algún arte o ciencia; III.- Si los inculpados han delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; IV.- Si tuvo tiempo para -- obrar con reflexión y cuidado necesarios; y V.- El estado del equipo, vías y -- demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras y, en general, por conductores de vehículos. VI.- En caso de preterintención el juez podrá reducir la pena hasta una cuarta parte de la aplicable, si el delito fuere intencional.

En cuanto a la aplicación de las sanciones penales, se tendrá en cuenta las siguientes circunstancias generales.

- 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 pueden 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; y
- 4.- Tratándose de los delitos cometidos por servidores públicos, se aplicará lo dispuesto por el Artículo 213 de este Código.

Con relación a la culpa levisima Carrancá y Trujillo afirma que - en nuestro derecho se admite e incluso se le define como la imprudencia que -- ocasiona únicamente daño en propiedad ajena no mayor al equivalente a cien veces el salario mínimo, se sancionará con multa hasta por el valor del daño causado, más la reparación de ésta. Imponiéndole una penalidad mínima (Artículo 62 del Código Penal Federal), criterio con el que no estamos de acuerdo, pues en este caso únicamente se atiende el monto del daño causado para establecer - la penalidad y no a la mayor o menor previsibilidad del hecho por parte del -- agente.

**PUNIBILIDAD.**- El acto humano típico, antijurídico y culpable, ha de estar conminado con la amenaza de una pena. Se ha dicho que la Punibilidad no es el elemento integral del delito, sino consecuencia del mismo, pero acerdadamente advierte Carrancá y Trujillo que la noción del delito no se integra

con la aplicación de la pena, sino con la sola amenaza de éste, independientemente de su aplicación o no aplicación. [15].

Nuestro derecho ha dejado totalmente resuelto ese problema, pues de la definición del delito se desprende que la Punibilidad es uno de sus elementos, al afirmar que aquél es acto u omisión que sancionan las leyes penales y, por lo tanto, un acto, por ilícito o inmorale que sea, no puede ser delito, - si no se encuentra sancionado de manera alguna en nuestra ley.

Existen, además, nos dice Carrancá y Trujillo algunas condiciones objetivas para ser posible que determinada acción sea punible y las cuales han sido definidas por Manzini "como aquéllos elementos objetivos extrínsecos a la acción o la omisión, concomitante o sucesivo a la ejecución del hecho mismo, - sin el concurso de los cuales éste no es punible porque no constituye delito" (16). Definición y principio de condiciones objetivas de punibilidad que rechazamos, pues además de no responder a ninguna finalidad práctica, lo que se desprende de esa definición no es sino simplemente que para que una acción pueda ser reprimida como delictiva, es necesario que sea delito y que reúna los elementos constitutivos del mismo y estas condiciones objetivas siempre deben encuadrar en alguno de ellos.

Hay en nuestra legislación algunos delitos que sólo son perseguir-

15.- Carrancá y Trujillo.- Obra citada, Tomo I, Pág. 216.

16.- V. Manzini. Derecho Penal, Tomo II, Pág. 41

bles mediante querrela que presente el ofendido o su representante, sin la cual no procede la acción penal suponiendo la falta del elemento de punibilidad del delito, pues la inacción de parte del sujeto pasivo, hace a la acción delictuosa, impune e indiferente a la ley penal, quedando la facultad de conceder el perdón en manos de la víctima.

Por otra parte, existe el aspecto negativo de la punibilidad, o sea que aún cuando se han reunido los elementos constitutivos de un delito no son castigados en virtud de una disposición expresa de la ley, atendiendo en ocasiones a las relaciones de parentesco o ligas sentimentales entre los sujetos activo y pasivo de la acción delictuosa, y en otros casos, atendiendo a principios de utilidad social.

**SUJETOS Y OBJETOS DEL DELITO.** - En principio dijimos que el delito es una acción realizada por una persona considerada físicamente, pues sólo el hombre con inteligencia y voluntad puede ser considerado como delincuente.

Con relación al discutido problema sobre si las personas morales, entre jurídicos creados por la ley, son también sujetos activos del delito, y si las normas que reprimen los actos ilícitos realizados por éstas, son verdaderas sanciones penales o simplemente medidas preventivas o de seguridad; dicho de otra forma, si la imposición de las penas tomando como base la intención o la culpa es individual o colectiva.

Nosotros pensamos al igual que Manzini, González de la Vega y Ji-

menez de Asia que, de un hecho ilícito, no es posible responsabilizar criminalmente a una persona moral, primero, por carecer ésta de voluntad propia, de la facultad de querer o de la "potencialidad Volutiva" que exige la norma penal, - voluntad que existe únicamente en las personas físicas. Segundo, porque la persona moral no tiene ideas propias independientes o distintas de las individuales y, en última instancia, la responsabilidad penal individual excluye la colectiva, pues mientras los individuos que forman parte de una persona moral, - valiéndose de los medios que ésta les proporciona, no sean declarados delinquentes y responsables de un delito, no podría ser castigada aquélla, si bien tal castigo es puramente preventivo.

El ordenamiento penal para el Distrito Federal a través de sus - fracciones del Artículo 13 nos dice: "son responsables del delito:

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
- II.- Los que lo realicen por sí;
- III.- Los que lo realicen conjuntamente;
- IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
- V.- Los que intencionalmente determinen a otro a cometerlo;
- VI.- Los que intencionalmente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
- VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito, y;
- VIII.- Los que intervengan con otros en su comisión aunque no conste quién de ellos produjo el resultado."

Desprendiéndose de ello que nuestro derecho vigente acepta el principio de la responsabilidad penal individual pero no la de las personas morales, que no pueden ser sujetos activos de delito.

Algunos autores han pretendido establecer responsabilidad penal para las personas morales, basándose en que nuestra ley les impone algunas sanciones como la disolución o suspensión de la sociedad, pero en nuestra opinión y analizando la redacción del Artículo 11 del Código Penal para el Distrito Federal que dice: "cuando algún miembro o representante de alguna empresa de cualquier clase, con excepción de las Instituciones del Estado, cometa un delito con los medios que para tal objeto las mismas entidades le proporcionen, de modo que resulte cometido a nombre o bajo el amparo de la representación social o en beneficio de ella, el juez podrá, en los casos exclusivamente especificados por la ley, decretar en la sentencia la suspensión de la agrupación o su disolución, cuando lo estime necesario para la seguridad pública", se entiende o infiere con toda precisión y claridad, que es algún miembro o representante el que realiza el acto ilícito y que la sanción a que se refiere el precepto transcrito, más que una imposición de carácter penal, es una medida de seguridad.

Por lo tanto, todos aquellos delitos que se ejecuten en nombre o interés de una persona moral, no pueden ser imputables sino a los individuos que los cometan, y las penas se aplicarán exclusivamente a éstos.

Por lo que hace a la persona física, también se requiere de algunos requisitos para ser capaz y responsable de las acciones ilícitas, pues no todo hombre puede criminalmente hablando, ser responsable de sus actos, ya - que además de una conciencia o facultad de discernir, se necesita un poder o facultad para determinarse a obrar o que sus actos deban ser ejecutados voluntaria y libremente, pues nuestra ley vigente así lo determina al reglamentar las circunstancias excluyentes de responsabilidad penal, que no son otras que aquéllas acciones ejecutadas sin reunir los requisitos de que hemos hablado.

**SUJETO PASIVO.** - El sujeto pasivo del delito lo es el titular del derecho lesionado como lo definió Antolisei "el titular del interés cuya - ofensa constituya la esencia del delito" (17) Y al hablar de titulares de - derechos, no solamente nos referimos a las personas físicas, sino también a - las morales e inclusive a la sociedad entera.

Es conveniente aclarar que aún cuando en la mayoría de los casos se el sujeto pasivo del delito es el sujeto pasivo del daño, es posible concebir que esa identificación no exista. Así, en el homicidio, el muerto será - el sujeto pasivo del delito, pero los damnificados, los sujetos pasivos del - daño serán los que dependían económicamente de él. Pueden, también ser sujetos en el caso del aborto provocado, el cual se tipifica en nuestra Ley Penal como delito; pueden, igualmente, perpetrarse delitos a través de los muertos,

17.- Cita Jiménez de Asúa. - T. de Derecho Penal, Tomo III, Pág. 87.

como en el caso de la profanación de cadáveres, pero en ninguno de ellos consideramos que sean éstos quienes resientan el daño, sino, en todo caso, volviendo al aborto consentido por la mujer, los serían la familia, o la colectividad en atención a un principio de orden moral o demográfico; y en la profanación de cadáveres, unánimemente ha considerado la doctrina que las ofensas a los muertos son a sus familiares o a la colectividad en relación, los primeros, a un principio de carácter sentimental y, la segunda, a un principio de moralidad o de protección a la salud pública.

Por último, añadimos que los animales no pueden ser sujetos pasivos de delito, puesto que no son titulares de derechos, pero si en algunos casos representan un objeto de protección jurídica, es en razón del daño material o hasta moral que pudiesen resentir sus propietarios.

OBJETO.- El objeto del delito está conceptualizado como el bien o interés jurídico protegido por las normas penales, y la doctrina ha distinguido, entre el objeto material y el objeto de la infracción, diciendo que el primero lo constituye la persona, animal o cosa sobre la que recae la acción delictuosa y, en el segundo, es la ley, la norma penal infringida por el hecho delictivo.

Ferri, opina que: "tanto la norma penal, como el derecho subjetivo lesionado o puesto en peligro, constituyen el objeto jurídico del delito la norma es el objeto jurídico genérico; el derecho subjetivo es el objeto jurídico específico". [18]

## CAPITULO II

### LA TENTATIVA

- a).- *Antecedentes históricos*
- b).- *Legislaciones anteriores  
en nuestro derecho*

**ANTECEDENTES HISTÓRICOS.**- La idea de la tentativa no tiene abonlengo histórico claramente definido. En las leyes Cornelias encontramos que algunos actos preparatorios del delito se consideraban punibles y se sancionaban con iguales penas que si se hubieren consumado. No había pues, diferencia entre el delito consumado y la tentativa.

La noción de conato o tentativa propiamente dicha castigada con una pena menor que la que correspondía al delito consumado, comienza a fijarse en los tiempos de los emperadores romanos y con relación a determinados delitos, distinguiéndose entre el delito imperfecto y el delito perfecto, siendo este último sancionado con una pena mayor que el primero.

La Constitución Carolina, trató de definir lo que podría entenderse por tentativa, y en forma general impuso los elementos y las condiciones que debía reunir diciendo literalmente: "si alguien se atreve a emprender un acto malo y, sin embargo, la consumación del acto fue impedida por otros medios contra su voluntad maliciosa, de la cual, como se ha dicho resulta alguna obra, debe criminalmente ser castigada en un caso más duramente que el otro".

En cuanto a las leyes españolas, encontramos que en la ley segunda, Título XXXI, Partida Séptima, se hace mención a la tentativa castigándola con la pena correspondiente al delito consumado, siempre que los hechos delictivos los procure el agente y empiece a poner en obra, pero aclara que cualquier pensamiento delictuoso antes de ejecutarlo no merece penalidad alguna.

El Código Napoleónico retrocede y encontramos que en sus primeros Artículos también se le impone a la tentativa la misma penalidad que a los delitos consumados.

LEGISLACIONES ANTERIORES A NUESTRO DERECHO.- La tentativa ha sido tratada por nuestros códigos anteriores adoptando formas y denominaciones diversas. Así, el Código de 1871 distinguió cuatro grados del delito: Conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado. Posteriormente el Código de 1929, únicamente reconoció el delito consumado y la tentativa o conato.

CODIGO DE 1871.- Primeramente transcribiremos los Artículos relativos del Código de 1871, en relación con los grados del delito y su penalidad para posteriormente comentarlos.

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

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

"ARTICULO 19.- El Conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e

indirectamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye".

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

"ARTICULO 21.- En el caso del Artículo anterior son requisitos necesarios para el castigo que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar.

Que la pena que debiera imponerse por él, si se hubiera consumado, no baje de 15 días de arresto o \$15.00 de multa".

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

"ARTICULO 26.- Delito frustrado: es el que -  
 llega hasta el último acto en que debía reali-  
 zarse la consumación si éste no se verifica -  
 por causas extráneas a la voluntad del agente,  
 diversas de las que se expresan en el Artícu-  
 lo que precede".

Siendo la tentativa el objeto medular de este trabajo, hemos pa-  
 sado por alto intencionalmente la transcripción del precepto que trata el de-  
 lito consumado. Por lo que hace a las disposiciones anteriores se ve desde -  
 luego que el Código de 1871 adopta una posición ecléctica entre las teorías -  
 subjetiva y objetiva de la tentativa, pues define al conato como la tentativa  
 inacabada; al delito intentado como el delito de imposible realización, y al  
 frustrado como la tentativa acabada.

Aún cuando para la imposibilidad absoluta este Código aplicaba -  
 como sanción una pena debiendo realmente haberse impuesto una medida de segu-  
 ridad, puesto que la fundamentación de este delito se basa exclusivamente en  
 la peligrosidad que pueda revelar el sujeto, y no en el daño, que nunca se ha-  
 bría podido causar, es un acierto la diferenciación de este delito con la ten-  
 tativa, ya que no se debe equipararlos.

En cuanto a la penalidad de estos distintos grados del delito, -  
 el Código que comentamos estableció muy justificadamente una penalidad escalo-  
 nada según los grados de perversidad y de ejecución del delito.

CODIGO PENAL DE 1929.- El texto de las disposiciones del Código de 1929 relacionadas con la tentativa es el siguiente:

"ARTICULO 20.- En los delitos intencionales se --  
distingue:

I.- El delito consumado,

II.- La tentativa o conato"

"ARTICULO 22.- Hay tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente el hecho delictuoso o directamente por actos idóneos y no practica - todos los esenciales de ejecución que debieron - predecir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento".

"ARTICULO 171.- Las sanciones establecidas para - los delincuentes que consumen delitos, se aplica - rán a los autores de la tentativa, salvo cuando la ley fije sanciones especiales".

"ARTICULO 172.- Los jueces y tribunales podrán -- disminuir las sanciones a que se refiere el artículo anterior cuando por las circunstancias y modalidades que concurran en el hecho delictuoso

que se trate, aparezca menor la temibilidad del delincuente; pero la reducción sólo podrá hacerse hasta la vigésima parte de la sanción que se le habría impuesto si el delito se hubiera consumado"

De la redacción del artículo 22, se puede anotar que es requisito para que la tentativa sea punible el principio de ejecución, dejando fuera, in correctamente los actos preparatorios. Por otra parte, dentro de esa misma de finición no es posible incluir el delito frustrado, ya que en ella se habla de la suspensión de los actos esenciales de ejecución que debieron producir el de lito, y como es bien sabido que en aquel se ejecuta hasta el último acto necesario para la producción del resultado delictuoso, planteándose al juzgador el problema del verdadero delito frustrado que debiendo ser punible, no puede cas tigarlo ni como tentativa, ni como delito perfecto, pues al hablar el Código - a que nos referimos del delito consumado, dice que es el acto pleno (Artículo-31), o sea el que existe cuando concurre, además de la voluntad y de la causalidad, el resultado.

Por lo que hace a la penalidad establecida en este ordenamiento - consideramos que la solución adoptada por los legisladores está de acuerdo al principio por el que debían inclinarse debido a que los delitos en grado de - tentativa deben castigarse con una pena igual o menor que cuando se consuman, - en razón de que lo que se sanciona es el peligro del daño y no el daño en sí. - En consecuencia, los requisitos que le impusieron al juzgador para poder atenuar

La pena, debían habérselos impuesto para poder agravarla, según las condiciones de peligrosidad del agente, tales como la reincidencia, antecedentes penales, grado de ejecución del delito, etc.

## C A P I T U L O   I I I

### FUNDAMENTACION DOCTRINARIA

a).- *Teoría Subjetiva.*

b).- *Teoría Objetiva*

c).- *Teoría Jurídico-formal*

*Crítica.*

Aún cuando los autores están de acuerdo en que la tentativa debe incriminarse, al buscar su fundamentación, las opiniones han discrepado radicalmente habiéndose formado varias doctrinas, como la objetivista, la subjetiva, la jurídico formal, etc., de las cuales expondremos algunas de las más importantes para normar nuestro criterio.

**DOCTRINA OBJETIVISTA.** - Esta escuela, iniciada con Romagnosi y desarrollada brillantemente por Carrara, afirma que el principio fundamental de la punibilidad de la tentativa es la existencia del peligro de que se realice el delito tentado, agregando que ese peligro debe ser real, efectivo y material, por lo que para poderse hablar de tentativa, los medios que se empleen deben ser idóneos para la realización del acto, pues al no ser así y, como consecuencia, no existir el peligro de lesión al bien jurídico tutelado, o bien jurídicamente protegido, no habrá tentativa punible. "Si falta la agresión por la imposibilidad absoluta, total, completa, en el caso concreto no hay estado objetivo de peligro y falta ahí tentativa punible". (19)

La inidoneidad en la tentativa puede provenir o de la inadecuación de los medios empleados para realizar el acto o bien por la ausencia del objeto sobre el cual iba a recaer el delito. En ambos casos la inidoneidad puede ser absoluta o relativa y cuando los medios son absolutamente inidóneos y no se ha puesto ningún bien jurídicamente protegido en peligro de ser lesionado, no hay tentativa punible.

19.- Cita Palacios Vargas.- La Tentativa, Pág. 161.

Está reconocido que el más importante de los trabajos desarrollados para distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos y poder establecer cuándo son punibles como tentativa, es el de Carrara.

Este mismo autor encuentra la fundamentación de la tentativa - en "el riesgo corrido" al expresar que: "en la tentativa, si bien no tenga -- que deplorarse un suceso dañoso, a fuerza es con idear que el ánimo de los ciudadanos se conmueve a la vista de una voluntad injusta que dió comienzo a actos idóneos para alcanzar un mal propósito. Si se piensa que tan solo un mero accidente, cuya repetición no es fácil prever, salvó a la víctima del mal que la amenazaba, la sociedad es presa del mismo terror y del espanto que causa el delito consumado. La tentativa que pone en peligro la seguridad, -- produce un daño político al cual se le pone un remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna" (20).

Carrara toma en cuenta el peligro corrido por el bien jurídicamente protegido y dice que desempeña en la tentativa la función del daño inmediato como el daño mismo en el delito consumado, y afirma que así como en éste es necesario el daño para que se produzca, en la tentativa es también necesario "ese peligro de daño" para que sea punible. Agrega que "ese peligro corrido no debe entenderse como algo abstracto o meramente temido, sino como un hecho que en un momento dado ha existido verdaderamente. El problema está -

entonces en escoger los criterios por los cuales se determinará, por un lado la existencia real de un peligro corrido y, por otro, su reconocibilidad, con lo cual se integran los dos elementos necesarios en toda tentativa, intención y peligro" (21)

Carrara asimismo, al hablar de peligro, se refiere a que el acto de tentativa tiene que ser un principio de ejecución, para establecer ese principio hace alusión al criterio de la univocidad para distinguir el acto ejecutivo (unívoco) del acto preparatorio (equivoco). Habiendo de entenderse según el mismo lo aclara en sus trabajos ulteriores, que la univocidad no es lo que funda la punibilidad de la tentativa, sino que solamente es un criterio para apreciar externamente el valor representativo de los actos. Es decir, su valor es probatorio y no ontológico. (22)

Por último y con la finalidad de construir la frontera entre actos preparatorios inermes y tentativa punible, hace una separación de los sujetos de delito y distingue "un sujeto activo primario" que es quien delinque: "un sujeto activo secundario" que son los instrumentos de que se sirve el agente delictivo; "un sujeto pasivo del atentado" o sea las cosas o personas sobre las cuales, por naturaleza del hecho el culpable debe ejercitar -- ciertos actos como medio para llegar después a lo que tiene el propósito de -- consumir y, finalmente "el sujeto pasivo de la consumación" o lo que es lo -

21.- S. Soler. Derecho Penal Argentino, Pág. 220

22.- S. Soler. Obra citada, Pág. 220

mismo la persona o cosa sobre la cual debía tener lugar la ejecución del delito, agregando que los actos preparatorios quedan comprendidos dentro de la esfera jurídica del sujeto activo primario y secundario, y los ejecutivos dentro de la esfera jurídica de los sujetos pasivos del atentado y de la consumación. {23}

**DOCTRINAS SUBJETIVISTAS.** - Esta doctrina de origen alemán cuyo principal precursor, Bon Buri, estableció sus bases en 1872, es ajena a la existencia de un peligro real, y trata de alcanzar la fundamentación de la tentativa en la intencionalidad delictiva, cualquiera que sea el grado de exteriorización de la voluntad criminal. Por lo tanto, la separación que se pretende dar entre actos preparatorios y actos ejecutivos no interesa a los seguidores de esta doctrina.

Bon Buri expresa en su teoría que el delito consumado presenta dos fases: la Subjetiva que es la voluntad hacia el delito y la Objetiva constituida por los elementos que conforme a los preceptos de la ley integran la lesión jurídica, en la tentativa encuentra la primera de las fases de toda su extensión, no así el hecho Objetivo del delito consumado, y agrega que si falta en la fase Objetiva aún el más insignificante elemento, toda exteriorización se torna absolutamente irrelevante y objetivamente no existe lesión jurídica ni en todo, ni en parte ni en la mitad, y en consecuencia, lo que en la

tentativa es punible es la voluntad y en ella debe basarse la sanción. Con esta teoría Subjetiva se establece un nuevo principio al afirmar que la esencia de la tentativa consiste en que ella es la encarnación material de la voluntad delictiva a la que solamente falta el resultado, rechazando así el "pericolo corso" elemento esencial de los objetivistas, sosteniendo que tal peligro no pasa de ser una abstracción y que la voluntad manifestada o exteriorizada por medio de actos encaminados al delito, es tentativa. Por lo que en esta corriente doctrinaria los conceptos de idoneidad e imaneidad valen bien poco, y lo que cuenta es la voluntad delictiva comprobada, dentro de cuyo ámbito se comprenden los actos preparatorios, la tentativa y el delito imponible.

Algunas opiniones subjetivas o subjetivistas que cita Ramón Palacios acabarán de ilustrar esta teoría: "la tentativa punible es la ejecución ilustrada de una determinación criminosa" [Impallomeni] "Se obtienen los hechos, se ponen en la serie causal y el delito está en marcha". [Paoli]: "Lógicamente hablando, todo aquello que sigue a la "cogitatio criminosa" es ejecución" [Maggiore]. "Los actos preparatorios contienen en sí el principio de ejecución, aunque lejano de la meta, en cuanto son la exteriorización realizada de un propósito delictivo" [Ferra]. [24]

**DOCTRINA JURIDICO-FORMAL.** - Dentro de una posición estrictamente dogmática hemos de acudir a esta concepción juridico-formal, seguida por *Beling*, *Jiménez de Asúa*, *Manzini* y otros grandes juristas.

*Beling* dice que: "la consumación exige la satisfacción de todos los elementos objetivos del tipo unidos a la culpabilidad y la antijuricidad. Así en el homicidio es preciso matar antijurídica y culpablemente a un hombre, en tanto que al delito tentado basta el hecho de comenzar a matar un hombre, culpable y antijurídicamente. El comienzo de ejecución se diferencia formalmente del acto preparatorio, en que éste aún no es adecuado al tipo y precisamente porque al legislador no le interesa tal acto, ha exigido un comienzo de ejecución como fase objetiva de la tentativa, cuando estima oportuno unirlo, crea figuras autónomas. El dolo de la tentativa es el mismo que el de la consumación; la ejecución tiene su especial significado, al contacto con cada tipo particular, con cada previsión legal. No existe la acción preparatoria abstracta, como tampoco la ejecutiva amoldable a cualquier figura delictuosa; precisa la consideración particular del trato jurídico, para la determinación de lo que es preparación y de lo que es característico de la ejecución. [25].

En el primer capítulo de este trabajo, hablamos de la tipicidad que puede presentarse en dos formas: por ausencia total del tipo, a falta de

una norma legal que rija una conducta determinada; o por ausencia de alguno - de los elementos que la integran y la cual sería una atipicidad específica, - llamada así en lenguaje de Jiménez de Asúa.

En relación con el punto de referencia, *Beling* se expresa en los siguientes términos: "no son de la clase del tipo y, en consecuencia, no hay tentativa en los casos llamados de tentativa absolutamente idónea (delito imposible), constituido por acciones que, tal como eran, y bajo las circunstancias del caso, no podrían llegar a ser nunca una realización del tipo" [26]. De esto se desprende que las acciones atípicas no tienen relevancia jurídica, ya se trate de una ausencia total del tipo o de casos que no alcanza a integrar el mismo. Esto justifica el acerto de *Beling*, en el sentido de que la - llamada tentativa absolutamente inidónea, no es ni consumación ni tentativa - absolutamente inidónea, no es ni consumación ni tentativa, sino "un nada jurídico", por lo que en ella no se podría hablar ni remotamente de sanción.

*Ranieri*, precursor de los principios de *Beling*, agrega que la actividad ejecutiva de ningún modo puede conceptuarse como genérica ni referirse a todos los tipos penales que se hayan enumerados en una legislación, sino que por lo contrario, la acción ejecutiva es singular, es la que particular y adecuadamente corresponde a la figura delictiva en concreto, la cual puede --

ser captada en cierto momento como perteneciente a un determinado tipo, y --  
 a clara que cuando no puede ser obtenida mediante el procedimiento mencionado,  
 habrá que acudir al fin de la norma violada.

Jiménez de Asúa que también es seguidor de la doctrina jurídicoformal habla de las acciones ejecutivas como aquellas que penetran "en el núcleo del tipo delictivo" y discrimina las acciones que preparan el delito y mediante las cuales se facilita la acción, pero no alcanzan éstas a lesionar un bien jurídicamente protegido.

Sigue diciendo que la bibliografía jurídica ha atribuido una excesiva importancia a la fijación de los límites de los actos preparatorios y de los actos ejecutivos, pero que en la práctica no se encuentran dificultades serias para establecer ese límite, porque el punto de apoyo más natural y propio es el tipo de ley y "las acciones que a él se adapten corresponden al concepto de ejecución" [27], por ejemplo, quien promueve un error en la estaca, quien emplea fuerza en el robo, quien en el hurto agravado mete la llave falsa en la cerradura, se encuentra más allá de la zona preparatoria.

Por lo tanto, acciones de ejecución, son aquellas que atacan el bien jurídico. La primera acción que lleva en sí un ataque es el principio -

de ejecución, dejándonos este autor todas las demás acciones como actos preparatorios, por no contener ataque a ningún bien jurídico.

### C R I T I C A

Después de haber analizado algunas de las más notorias doctrinas que en relación con la Tentativa se han formulado, encontramos que en la mayoría de ellas las ideas de sus precursores son en extremo radicales y si no es que se olviden que la represión en el Derecho Penal, es un atención tanto a la peligrosidad o grado de peligrosidad, como el daño o peligro de daño que se ha causado ya a un particular o ya a toda la sociedad, pasan por alto que uno de los principales objetivos de la represión a las acciones delictuosas es la constitución de la amenaza al delincuente como medio de disminuir la criminalidad.

Por lo que hace a la teoría Objetivista, se niega a reconocer que la finalidad de una acción delictuosa es uno de los medios que nos brinda la oportunidad de determinar cuándo una Tentativa es Punible y qué grado de penalidad le corresponde, y erróneamente quiere atenerse para fundamentarla en el principio del peligro de daño. Este sistema en el que no importa la voluntariedad del agente no es posible aceptarlo, pues ¿cómo sabríamos qué pena imponer a aquél que dispare una arma sobre otro y no lo hiere, sin antes haber precisado si lo ha hecho con ánimo de matar, herir o simplemente jugar una broma?.

Por lo que hace a la doctrina llamada por Carrara de la "Univocidad Objetiva", no es del todo concluyente y mucho menos eficaz, pues no aclara el momento en que comienza el acto ejecutivo ni determina siquiera cuándo un acto unívoco sea ejecutivo, sino solamente nos dice que es un criterio para apreciar el valor de los actos, dejando demasiado vago e inconcluso su criterio de superación entre actos preparatorios y actos ejecutivos en que él funda la imputabilidad o punibilidad de la tentativa. En cuando a su segunda formulación en que divide a los sujetos del delito y sitúa al acto ejecutivo como aquel que recae sobre el sujeto pasivo del delito, dejando el acto preparatorio en la esfera del sujeto activo, nos coloca en la imposibilidad de resolver el problema de la tentativa punible en los delitos a distancia, como contundentemente nos lo demuestra *Impallomeni* con el ejemplo de los bombones envenenados por correo a la víctima, caso en el cual no hay sujeto pasivo del atentado, y sí puede constituirse la tentativa al no obtener el resultado delictuoso por causas extrañas al agente.

Los Subjetivistas que han fundamentado la represión de la tentativa de una manera más radical que ninguna de las otras doctrinas, pecan, en principio, de ignorar el elemento daño o peligro de daño que se produce con una acción delictuosa, castigando únicamente la voluntad criminal; situación esta que nos llevaría a sancionar cualquiera actividad proyectada al delito, aún, cuando los bienes jurídicamente protegidos no hayan sido acribados ni en ningún momento puestos en peligro y quizá hasta haya pasado desapercibido para ellos. Este principio ya se encuentra superado en la actualidad aún como

medida política criminal, pues si el delincuente sabe que de todos modos habrá de ser castigado a pesar de desistirse de su propósito, lógicamente es de pensarse que se le inclinará a ejecutar el hecho criminoso. En nuestros tiempos, especialmente en los sistemas democráticos, es incompatible esta doctrina, tanto por el peligro que importa este tipo de sanciones, como por violar elementales principios de humanidad ya comúnmente aceptados por la mayoría de las actuales legislaciones. Es menester, también hacer notar que esta doctrina que pretende confundir los actos preparatorios con los actos ejecutivos, y castiga un simple querer delictuoso sin importarle que se pueda realizar o no es otro de los errores en su contenido y como lo expresa el criminalista - Mariano Ruiz Funes, al decir con toda certeza, "...de nuevo hemos de subrayar en relación con esta tesis, el notorio error de considerar como acción represiva, de índole penal, la lucha contra el peligro, fenómeno absolutamente distinto de la criminalidad y de la represión".(28)

Por último al meditar detenidamente sobre la doctrina jurídico-formal que es, en cierto modo, de inclinación objetivista, hemos de ver que - se encuentra animada por un formalismo y un rigorismo tan extremados, que en nada coincide con la gama tan variada de las conductas humanas ni con la esencia jurídica de los tipos penales, dejándonos además, un vacío para la resolución de grandes problemas como cuando el mismo sujeto pasivo del delito in-cicia lo que, de acuerdo con esta doctrina, es el acto ejecutivo, y por lo tan-

to una tentativa punible, como lo es por ejemplo, el envenenamiento en que el sujeto activo prepara únicamente la substancia, y el pasivo, desconociendo ésto, la ingiere, y no se produce el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, en cuyo caso el sujeto activo no ha comenzado a realizar el acto ejecutivo de la acción delictuosa por no encontrarse dentro del núcleo del tipo penal previsto, puesto que únicamente la prepara pero no la suministra y - quedaría esa acción impune.

## C A P I T U L O   I V

### ELEMENTOS.

a).- *Elemento Subjetivo.*

b).- *Elemento Objetivo.*

*Actos Preparatorios.*

*Actos Ejecutivos.*

c).- *Elemento Material*

*Desistimiento Voluntario*

*Arrepentimiento Activo.*

En mi opinión el problema de la tentativa debe tratarse a través de tres elementos: uno Subjetivo (acción finalista del agente); otro Objetivo (comienzo de ejecución) y uno material (falta de consumación del delito - por causas ajenas a la voluntad del delincuente).

**ELEMENTO SUBJETIVO.** - Comenzaremos por tratar de explicar en qué consiste el Elemento Subjetivo y por qué razón es imprescindible en la fundamentación de la tentativa. Dijimos que la intencionalidad es un elemento primordial para la configuración de todo delito que no sea culposo, por lo que antes de ver si una acción causa un daño o peligro de daño, hay que analizar la finalidad a que iba dirigida para poder situarla dentro del tipo del delito que corresponda. El primer punto a estudio es la determinación de la intencionalidad de cometer algún delito. Sin esta determinación preliminar no es posible reconstruir la acción delictuosa que por circunstancias independientes de la voluntad del agente no ha llegado a un resultado, y puesto que en la tentativa, a diferencia de lo que sucede en el delito consumado, la intención del criminal no ha logrado su finalidad, el problema consiste precisamente en la reconstrucción de la idea finalista para restituir a la intención su contenido, su meta y al acto, su dirección inconfundible. Hemos de aclarar que al referirnos a la intencionalidad debe entenderse como elemento finalista y no como un acto simplemente voluntario encaminado al delito, pues la voluntad de disparar sobre una persona que resulta incólume, no resolvería la interrogante de si fue con la finalidad de matar, o de herir, es decir, si se trata de una tentativa de homicidio, o tentativa de lesiones. De ahí la necesidad de referirnos no sólo a la intención o voluntad genérica de reali-

zar una acción delictuosa, sino a algo más profundo y más determinante o sea el elemento finalista de la acción.

Concluimos, por lo mismo, que la existencia del fin es el elemento primordial para la existencia de la noción de la tentativa, y que si se habla únicamente de intención o voluntad de delinquir sin aclarar su referencia a la finalidad, se incurre en fallas que no pueden ser subsanadas en la práctica como se demuestra en el ejemplo que pusimos anteriormente, dejando al -- juzgador ya en imposibilidad de tipificar una acción delictuosa, por desconocer el elemento finalista de la misma y no poder aplicar el tipo de delito de que se tratara; ya, por el contrario y por ese mismo desconocimiento, un campo muy amplio y peligroso para tipificar la acción, prestándose a graves injusticias contra el sagrado principio de la libertad. Volviendo al ejemplo que expusimos de disparar sobre otra persona, el juzgador que no tomase en cuenta el elemento finalista podría llegar hasta condenar por un homicidio en grado de tentativa, aún cuando la finalidad del agente hubiese sido jugar una simple broma. En síntesis, la determinación del elemento finalista de la acción es el único camino que nos conduce a la reconstrucción de ésta en su elemento subjetivo.

**ELEMENTO OBJETIVO.**— El elemento Objetivo de la tentativa es, en esencia, el principio de ejecución de la acción delictuosa necesario para poder penar la tentativa, quedando fuera de la esfera punitiva los simples actos preparatorios; de suerte que la clave indubitable para determinar este -- elemento, es la separación entre los actos preparatorios (inmunes) y los ac-

tos ejecutivos (punibles), en cuyo supuesto estudiaremos este elemento, obligándonos al examen previo y minucioso de cada uno de estos actos. A falta de un criterio unificado para determinar la frontera exacta entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, nosotros trataremos de encontrarla a través de los elementos de la ejecutividad del acto, como condición indispensable de la posible existencia de la tentativa y de su punibilidad.

**ACTOS PREPARATORIOS.**- Al hablar en el primer capítulo de este trabajo de la fase externa del inter criminis, dijimos que en principio no son punibles los actos preparatorios, entendiéndose por tales aquellos que realiza el agente para preparar todo lo necesario para la ejecución del delito que tiene en mente, como si compra el arma para matar, observa el lugar del crimen, la víctima y todas las circunstancias de su plan. Mas a pesar del principio de la imputabilidad de los actos preparatorios, éstos se castigan a veces en las legislaciones actuales, pero no como tentativa de un delito, sino como delito típico con miras a la prevención de delitos más graves, impidiendo de esa manera resultados delictuosos con efectos nefastos, pero de ningún modo han sido pensados como delitos en grado de tentativa, e inclusive su castigo es a través de penas y disposiciones especiales, distintas siempre de las relativas a la tentativa.

Soler, nos da la definición de actos preparatorios, como "aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peli-

gro efectivo un bien jurídico determinado" (29), definición con la que estamos de acuerdo, pues nos abre el camino para localizar la tentativa inacabada de un hecho.

**ACTOS EJECUTIVOS.** - De gran trascendencia es el problema que se plantea al tratar lo relacionado con la ejecutividad de un acto, pues de ella se deriva su punibilidad de acuerdo con lo que hemos considerado como fundamento para determinar la noción de la tentativa. En efecto, la acción delictuosa ante todo, debe analizarse en razón de su finalidad hacia el delito, pero ha de reunir además una serie de elementos para tipificarla como tentativa, elementos que consisten en la univocidad, la idoneidad y el peligro de daño a un bien jurídicamente protegido por una norma penal.

De lo anterior se infiere que para que la acción sea ejecutiva - entre otros requisitos debe ser inequívoca, a diferencia de los actos preparatorios que son equívocos, y una acción es inequívoca cuando se encuentra dentro de los límites de un tipo de delito. Por consiguiente, si para matar alguien compra un rifle, se instala en el lugar de la ejecución, y posteriormente dispara sobre su víctima no logrando hierirla, ya porque haya fallado el arma o porque el sujeto pasivo repentinamente se haya movido del lugar, encontramos los dos primeros actos como acciones preparatorias por ser equívocas,-

29.- S. Soler. Obra citada. Pág. 216.

y el último nos revela la intención inequívoca de matar, acción ejecutiva que se ubica dentro de los límites del tipo del delito. He ahí por qué debemos -- siempre referirnos a la univocidad como condición indispensable para determinar la ejecutividad de un acto, así como la finalidad del agente en la mayoría de los casos, por desgracia la teoría de la univocidad deja mucho que desear -- en el caso de una persona que es amagada con un arma cargada y martillada y -- nunca para alegar una tentativa por ser el acto equívoco, ya que no se sabría el ánimo del agente.

Pero a más de inequívoco, el acto debe ser también idóneo; esto -- es, que los medios empleados para tratar de obtener el resultado criminal propuesto sean apropiados, pues si quien intenta envenenar a otro suministra una dosis de azúcar, equivocadamente, o creyendo que con eso lograría su fin, no puede ser castigado por una tentativa de homicidio, por la inidoneidad de los medios de los que nos ocuparemos al hablar de los delitos imposibles.

Dentro de la idoneidad debemos comprender el peligro de daño, último de los elementos de la acción ejecutiva, pues al hablar de que los medios han de ser idóneos, no estamos más que afirmando, que tal acción, en sí, importa ya un peligro para el bien tutelado por una norma legal, peligro de daño, -- que en la tentativa hace las veces del daño en el delito consumado. Concluyendo, podemos afirmar que para ser ejecutiva, la acción debe ser inequívoca y de tal manera idónea en sí misma, o, en su nexu íntimo y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, que implique un peligro para los bienes tutelados por el tipo penal, estando nosotros de acuerdo con la idoneidad, pero -- no con la univocidad, debido a que se restringe con esta teoría el ámbito de -- aplicación de la tentativa, dejándola sin ninguna aplicación práctica.

Todos estos elementos esenciales y necesarios de los actos ejecutivos para poder integrar en un momento dado la tentativa, no son de naturaleza abstracta, ni su alcance es genérico, sino, por el contrario, son de índole concreta. En ese supuesto, a los actos inequívocos, no deben tenerse como tales siempre y para todos los casos, pues mientras pueden serlo para un delito, para otros dejarían de serlo. Para definirlos es menester considerarlos en relación con el tipo penal de que se trate, tipo del que la tentativa no es sino un grado de su desarrollo, pero de ninguna manera una institución autónoma, puesto que es accesoria del tipo principal a que se refiere y deriva su naturaleza del ordenamiento penal que ha amplificado la tutela de los bienes o intereses protegidos por él.

Al igual que la univocidad, no debemos considerar la idoneidad como un concepto generalizable, sino que su adecuación proviene de situaciones concretas, ya sean personales de la víctima, del momento o del objeto utilizado, provocativos de un estado de peligro de daño, como cuando con toda la intención se le obliga a un diabético a ingerir una fuerte dosis de azúcar que a una persona normal no le haría el menor daño.

**ELEMENTO MATERIAL.** - La falta de consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente, es el tercer elemento de la tentativa. Y decimos que ha de ser por causas ajenas a su voluntad, porque si el agente, inspirado en móviles buenos y morales, se desiste espontáneamente de la acción interrumpiendo los actos ejecutivos necesarios para la consecu-

ción de su fin, encontraremos lo que se llama desistimiento voluntario que no es punible.

El desistimiento debe ser necesariamente voluntario y libre, - pues si sucede que el actor interrumpe su acción por otras causas, como ver - un peligro momentáneo, o calcular equivocadamente, obligándolo a retardar o - abandonar la ejecución, no sería entonces un desistimiento real. La doctrina al particular, es variada, pues mientras algunos autores positivistas exigen en el desistimiento falta de peligrosidad para tomarlo como eximente y estar determinado por motivos que demuestren la no temibilidad del agente, importán - doles menos favorecer el desistimiento que la sanción al peligroso.

Los objetivistas, hacen consistir el desistimiento voluntario co mo eximente de penalidad, en interrumpir una acción tendiente a la consuma - ción de un delito, aún cuando se hubiese podido continuar. Además afirma que desistir es dejar de hacer algo que puede hacerse, y que cuando el sujeto no hace uso de la violencia que la figura delictiva requiere ordinariamente para su realización, es necesario precisar si éste, a pesar de poder lograr su pro pósito venciendo la resistencia que le opuso conforme a sus condiciones y las de la víctima, no lo lleva a efecto. Por ejemplo el delito de violación que supone la resistencia de la víctima, que aún cuando el agente sabe que por -- las condiciones del caso le es posible vencerla, se desiste de su propósito.- En ese caso la corriente objetivista exime de toda responsabilidad. Por lo que hace al cálculo de los medios que se emplea, la misma corriente estima -

que si el agente renuncia a una actividad, no obstante que los medios de que dispone ordinariamente lo conducirían a la comisión de un delito, existe desistimiento voluntario y no punible; pero si tal desistimiento obedece a que los medios deben ser superiores a los fijados, no hay renuncia voluntaria, y, consecuentemente debe castigarse a su autor.

No sancionar la tentativa cuando aparece el desistimiento voluntario de parte del agente, nos parece del todo fundado, en razón de que se trata de una atinada medida de política criminal, con mira a disminuir el delito, pues favorecido el desistimiento voluntario y estimulándolo a través de la impunidad, hay posibilidad de que éstos cada vez sean más y como consecuencia menos los delincuentes, pero no debemos olvidar que el desistimiento con ser voluntario no excluye el castigo, entendiéndose que la voluntariedad ha de estar acompañada de la espontaneidad; esto es, que se realice por mera convicción y no porque el agente se vea precisado a desistirse por causas externas.

Como en el desistimiento voluntario, en el arrepentimiento activo, encontramos otro eximente de penalidad de la tentativa; pero para poder distinguir uno del otro, creemos necesario tratar antes las dos formas en que puede presentarse aquella, a saber: la tentativa acabada conocida también como delito frustrado y la inacabada o conato.

En la tentativa acabada el resultado propuesto no se obtiene - por una causa fortuita e imprevista que impide la consumación, aún cuando - el agente delictivo realizó todos aquellos actos que de acuerdo con la experiencia eran necesarios para lograr el fin deseado. En cambio, en la tentativa inacabada, el delincuente se ve precisado a suspender los actos ejecutivos que lo conducirían a la realización del delito, habiendo ser esa suspensión por causas ajenas a su voluntad.

Romagnosi es el autor de la fórmula separativa más clara y completa entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada al expresar, "Hablamos de frustración cuando el delito es subjetivamente consumado, es decir lo es en relación al hombre que lo comete, pero no lo es objetivamente, ello es, con relación al objeto contra el cual se dirigía y a la persona que habría sufrido perjuicio", y agrega que en la frustración, a diferencia de la tentativa, el sujeto ha realizado todo lo que él concebía como necesario, y no le queda nada por hacer según su conocimiento de los hechos (30) . Ejemplificando lo anterior, diremos que hay tentativa inacabada en el caso de robo cuando el ladrón es descubierto en el momento de abrir el cajón, en el --cual se encuentran las joyas que pretende robar, viéndose precisado a abandonar el sitio del robo sin alcanzar a sacar los objetos; y que hay tentativa acabada o frustración cuando la bomba arrojada para matar a alguien o para -

30.- Cita S. Soler. Obra citada, Pág. 225 y 226.

destruir algo no explota, no mata ni destruye lo que pretendia el autor.

Después de precisar cuándo se nos presenta la tentativa acabada y la inacabada, es importante hacer notar, que el desistimiento voluntario, como eximiente de penalidad, únicamente se puede aplicar a los casos en que la tentativa es inacabada, pues en la acabada el agente del delito ya realizó hasta el último acto necesario para la consumación, pudiendo entonces presentarse el arrepentimiento activo como eximiente, o sea que realizados todos los actos necesarios para la consumación del resultado deseado, y se espera únicamente que éste se produzca, el agente se arrepiente y por sí mismo logra impedir los efectos que él había provocado, no llegando a consumarse la acción delictuosa, ni tampoco la tentativa, pues la ley expresa terminantemente que la no consumación del delito ha de suponer causas ajenas a la voluntad del delincuente, y en éste él mismo impide que se consuma la actividad criminal; en este caso no estamos de acuerdo, pues en el caso de un arma cargada sujeta al gatillo por un cable y amarrado a la perilla de una puerta de la casa de la víctima, ya presenta un grave peligro para ésta, aunque el agente después de dos horas se arrepienta y desmantele el sistema.

## C A P I T U L O V

### **PUNIBILIDAD**

*Delitos culposos y preterintencionales*

*Delitos Imposibles*

Al ocuparnos de las diversas teorías que en razón de la tentativa se han formulado, vimos que las principales escuelas: la Objetiva, la Subjetiva y la Jurídico-formal; afieren al tratar el fundamento criminoso de la tentativa; y cuando algunos autores identifican al delito imposible con ella, otros lo consideran impune, debido a que los primeros se alienen exclusivamente a la voluntad, en tanto que los segundos toman en cuenta únicamente el daño o el peligro de daño que se causa.

Pero nosotros pensamos que la fundamentación de la punibilidad de la tentativa primordialmente radica en la norma penal que se ha violado y no debemos hablar de un peligro de esa violación o de que la punibilidad de la tentativa es en razón de la alarma social que se causó, dado que una cosa es pensar en los principios que los legisladores deben tomar en cuenta al tipificar la tentativa y sancionarla, y otra muy distinta es tratar de fundar su punibilidad como elemento de la misma a través de esos principios de doctrina, siendo que ya existe plenamente tipificada; y el que se castigue con determinada pena no es por otra causa que por establecerlo expresamente la norma penal.

La tentativa debe ser castigada. En eso están de acuerdo todos los autores; pero al establecer la cuantía de la penalidad y fundamentar la norma en donde se tipifica, es donde surgen las discrepancias, pues para algunos la tentativa debe ser castigada como un delito consumado y para otros

su punibilidad debe ser menor en virtud de no haberse causado el daño.

En nuestra opinión, la tentativa debe ser sancionada con una pena igual o inferior que con la que se castiga el delito consumado, pues como lo - hemos sostenido al hablar de la fundamentación de ésta, además de tomarse en cuenta la peligrosidad del sujeto al establecer las penas, debe considerarse el daño causado o el peligro de ese daño, y en caso de ser únicamente este último, como lo es en la tentativa, reprimirse con penalidad menor o igual.

Hay además algunos casos de tentativa en que el agente suspende los hechos ejecutivos antes de realizarse el último, y queda la incertidumbre de si éste habría insistido en su propósito hasta lograr el resultado o por el contrario se hubiera desistido, en este caso la teoría de la univocidad se rompe y debe tipificarse una tentativa acabada.

Por último, cabe agregar que además de una razón de justicia para no aceptar la parificación de las penas de tentativa y del delito consumado, - nos asiste una razón de política criminal de gran peso, pues el agente que no haya obtenido el éxito criminoso, no tendría ningún interés de abstenerse de renovar su acción, si sabe que ha de castigarse de igual manera, es por esto que debe castigarse igual o menor, pero dejando la holganza a criterio del juzgador dependiendo de la peligrosidad del agente.

Encontramos también, que no todos los delitos son susceptibles de presentarse en grado de tentativa, pues en los que falta la intencionalidad no es posible hablar de ella como sucede en los delitos culposos o en los

preterintencionales; en otros, la propia definición del delito determina la imposibilidad de que se presenten como tentativa. Además, existen en nuestro derecho algunos en que la misma norma ordena que no sean sancionados más que cuando se consuman, por ejemplo el adulterio (Artículo 273, 274 y demás relativos del Código Penal para el Distrito Federal).

Tampoco encontramos que pueda presentarse la tentativa como un grado de delito en los delitos de omisión, pero sí en los que definimos de omisión por omisión; o en otros términos en la omisión esta representa en sí la acción delictuosa consumanda cuando pongamos por caso, la persona que teniendo obligación de avisar a la policía al saber que se va a cometer un delito, no lo hace, pues independientemente de que ese delito llegue a consumarse, la omisión ya se perfeccionó; no así en la comisión por omisión, pues si una mujer no alimenta a su hijo con el fin de privarlo de la vida y alguna persona al enterarse impide la muerte, en cuyo caso se consuma la tentativa, aunque los actos ejecutivos hayan sido suspendidos.

**DELITOS IMPOSIBLES.**- Sobre este tema la doctrina e inclusive las legislaciones actuales no han unificado su criterio. De ellas algunos consideran el delito imposible como tentativa; otras lo han tipificado como un delito especial y otras más, como nuestro derecho, han dejado este problema a la penumbra sin tipificarlo específicamente ni equipararlo terminantemente a la tentativa, suscitando un grave problema para los juzgadores. Así encontramos que en Italia, por ejemplo, al reglamentar la tentativa, se prescribe

que los medios que se usen para la consumación de un fin delictivo deben ser idóneos; en Argentina se tipifica al delito imposible en especial y se le sanciona con una penalidad menor que a la tentativa al establecer en el último párrafo del Artículo 44. "Si el delito fuera imposible la pena se disminuirá en la mitad y podrá reducirse a la mínima legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad del agente".

En cambio nuestra ley actual no define al delito imposible, y aún cuando algunos autores, Carrancá y Trujillo entre ellos, pretenden equipararlos con la tentativa, consideramos que ello no es posible según explicaremos más adelante.

Ya hemos dicho que en el delito imposible éste no se consuma debido a que los medios empleados para su realización son inidóneos; y a propósito de la inidoneidad diremos que ella puede presentarse en distintas formas: En una inidoneidad puede tener por causa la inadecuación de los medios empleados; en otra, la falta del objeto del delito, y en ambos casos puede resultar absoluta o relativa. En seguida explicaremos en qué consiste y en qué casos se presenta cada una de estas modalidades.

La inidoneidad absoluta puede presentarse tanto por lo que hace a los medios empleados como por lo que se refiere al objeto en el que debe-

ría recaer la acción delictuosa, pero sea como fuere el resultado delictivo nunca podría lograrse y no existiría sino la intención encaminada al delito sin llegar a constituir realmente un peligro al bien jurídicamente tutelado.

Por lo que se refiere a la inidoneidad absoluta en cuanto a los medios empleados, tenemos que el agente resuelto a cometer un delito prepara los medios e instrumentos necesarios, pero, por su calidad, son ineficaces para lograr el resultado que se propone, y por lo mismo nunca conseguirá su deseo.

Un ejemplo es, quien intenta envenenar a otro haciéndolo ingerir una dosis de azúcar en lugar de una de veneno. Vemos, desde luego, que el medio empleado y ejecutado no es idóneo para lograr su propósito, siendo este un caso de inidoneidad absoluta.

Puede presentarse también la inidoneidad absoluta por falta del objeto del delito en que iba a realizarse la acción criminal, y aún cuando entonces los medios empleados son plenamente idóneos y existe la intención delictuosa, no se consigue el resultado en virtud de no existir el bien o interés jurídico protegido por la norma.

Ello acontece cuando una persona intenta provocarle un aborto a una mujer, y para ese efecto la hace ingerir algún medicamento que se lo -

produzca, pero en virtud de que ella no se encontraba en cinta no se consigue la finalidad del agente, ejemplo de delito imposible por inidoneidad absoluta en cuanto al objeto del delito.

Pero además se nos puede presentar el caso de inidoneidad relativa ya sea en cuanto a los medios preparados y empleados, ya en cuanto al objeto del delito. Así, una persona que pretenda envenenar a otra y para ello usa una dosis insuficiente para causar la muerte, no logrando su propósito homicida por falta de la cantidad de veneno propia para producir la intoxicación.

El medio era idóneo, pero la dosis administrada a la víctima nunca sería suficiente para consumar el homicidio, y por estas circunstancias la inidoneidad es relativa en cuanto a los medios usados. Igualmente encontramos esa inidoneidad relativa por falta del objeto del delito en el caso de que el envenenamiento se tratara de efectuar sobre una persona que se haya inmunizado para ello. El objeto existe, pero sus circunstancias especiales de imposible realización, en este caso de inidoneidad relativa, nos encontramos ante una -- tentativa acabada punible.

En todos estos ejemplos en los que nunca se lograrla consumar el delito, se trata de delitos imposibles, y la distinción que hemos hecho nos sirve únicamente para determinar la mayor o menor peligrosidad del agente, así como para en cada caso concreto establecer la penalidad que corresponde, en estos casos habrá ocasiones en que se deba aplicar la tentativa punible basándose en la peligrosidad del agente.

Concluimos, pues, por afirmar que la imposibilidad absoluta resulta a los medios, cuando los medios usados son totalmente ineficaces para la consumación; y por lo que se refiere al objeto, cuando éste no ha existido, es relativa en cuanto a los medios empleados cuando no han sido suficientes o no se han empleado con la pericia necesaria; y relativa en cuanto al objeto cuando, aunque exista, no es como lo esperaba el agente o tiene cualidades que impiden la consumación del resultado, en cuando a la imposibilidad relativa debe ser castigada en grado de tentativa acabada.

Después de establecer lo que se ha de entender por inidoneidad - como elemento de los delitos imposibles, expondremos las razones que consideramos como el fundamento esencial para no confundir éstos con la noción de la tentativa.

En principio, de acuerdo con lo que hemos expresado, afirmamos - que en la tentativa los medios empleados, amén de otros requisitos, deben ser idóneos, esto es que sean capaces de producir el resultado propuesto, a diferencia del delito imposible en que los medios son inadecuados e incapaces para producir el fin deseado, y mientras en la tentativa existe un peligro de daño para el bien jurídico que se tutela, en el de imposible realización no hay tal peligro, y no se trata más que de una voluntad delictuosa, pero esto no sucede en la inidoneidad relativa debido a que los medios sí son idóneos, más no suficientes.

Ahora bien, si no es posible que el delito se consuma, como sucede con el imposible, lógicamente tampoco es posible que se pueda hablar de tentativa, pues sería tanto como afirmar que se ha tentado contra algo que nunca se podría consumar, lo que equivale a una aberración. Concluyendo diremos que el delito imposible no debe identificarse con la tentativa, ni mucho menos que en la ley, ésta debe envolver a aquél y considerarlo así para los efectos de la pena, ya que los presupuestos de cada uno son completamente distintos y sus características perfectamente definidas, sin tomar en cuenta los delitos de im posible realización por imposibilidad relativa.

Sin embargo, no queremos decir con lo anterior que el delito im posible no deba ser reprimido, ni que en esas acciones criminales de imposible - realización sean irrelevantes para el derecho penal, sino que ellas no deban confundirse con la tentativa, ni tratar de integrarlas con los mismos elementos de ésta, y considerarlas como figuras autónomas, cuya punibilidad debe derivarse exclusivamente de la peligrosidad del sujeto, sin tomar en cuenta el - peligro de daño a que nos referimos en la tentativa, sanción, a que se sujetan los agentes de algún delito que resulta imposible, más como medio de prevenir que de reprimir la delincuencia, por razones muy explicables de política crimi nal.

En todo caso, estas previsiones o medidas de seguridad relacionadas con el delito imposible, han de ser previamente establecidas, y perfectamente tipificadas en la norma jurídica, y su mayor o menor gravedad

ha de estar en justa correspondencia con la mayor o menor peligrosidad o perversidad del sujeto; en la inteligencia de que en todos los casos deberá ser menor que el delito consumado e inclusive que la tentativa dado que en este tipo de delitos no hay ni daño ni peligro de daño, sino únicamente una alarma social por la peligrosidad que revela el agente al demostrar que estaba resuelto a cometer un delito.

C A P I T U L O      VI

LA TENTATIVA EN NUESTRO DERECHO.

*Criterio de la Suprema Corte.*

Ya dijimos que en nuestro derecho el concepto de la tentativa ha sufrido una constante mutación. En efecto, el Código de 1872, distinguió cuatro grados del delito. El Código de 1929 únicamente sancionó la tentativa y el delito consumado, tratando de envolver en su fórmula propuesta los grados que consideró debían ser castigados, y terminantemente excluyó a los delitos imposibles, pues expresó que los medios empleados debían ser idóneos.

Nuestra ley actual únicamente reconoce dos grados de delitos al igual que el Código de 1929: la tentativa y el delito consumado, y aún cuando se abstiene de definir aquella, a través del Artículo 12, primer párrafo del Código Penal, prescribe que es punible, "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Algunos autores afirman que dentro de esta fórmula se envuelve al delito imposible y al delito frustrado, otros como el maestro Palacios Vargas, han manifestado que de ellas se desprende que son punibles los actos preparatorios del delito y que de ninguna manera se puede concluir al delito frustrado y al delito imposible. Por nuestra parte pensa-

mos que la redacción que adoptó nuestra Legislación actual es a todas luces defectuosa e incompleta, pues si envuelve al delito frustrado, pero no comprende a la tentativa acabada, dejándolo sin ninguna sanción, según demostramos enseguida analizando el contenido del citado artículo 12 del Código Penal actual.

Sostenemos que en la redacción del artículo 12 se envuelve el delito frustrado, al referirse a "cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", no importa que se suspendan los actos ejecutivos; únicamente lo que requiere el precepto es que se ejerciten todos los actos ejecutivos y que no se logre el resultado propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente, dejando a la tentativa como sinónimo de el delito frustrado, siendo esta en realidad la acción con que se tenta e experimenta, no teniendo relación alguna con un delito consumado desde el punto de vista subjetivo, ya que para nosotros no existe diferencia entre el delito consumado y el delito frustrado, desde el punto de vista subjetivo del agente, esto tomando en cuenta la peligrosidad debido a que en ambos casos es la misma.

Igualmente vemos que aún cuando los actos del agente están encaminados a la producción del resultado, esta relación de causalidad -

no sería directa ni inmediata como pretende dar a entender el artículo 12 al expresar "ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo", pues los actos ejecutados se dirigen al resultado delictuoso, pero sin llegar a concretar el último con el cual se tipifica el delito consumado, entonces tenemos la tentativa punible.

Por último debemos agregar que en esa misma redacción el artículo 12 del Código Penal se desprende que esos hechos han de estar encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito, como se desprende del propio artículo 12 en su parte "ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo", y si esos actos no o son idóneos para lograr el resultado, no se podría decir que van encaminados a una realización de que nos habla la ley, en esto estamos de acuerdo o en algún modo, pero debemos prevenir la idoneidad relativa en la cual el peligro subsiste por parte del agente.

De ahí, inferimos de acuerdo con los fundamentos expuestos, que nuestra ley no incluye el delito imposible dentro del concepto de tentativa punible, siendo necesario y urgente que ese tipo de delito se incluya específicamente en la ley y con una sanción determinada, a fin de no dejar impunes esas acciones que importan peligrosidad de parte del agente, e tipificar como tentativa punible los delitos en que los actos son de imposibilidad relativa.

Por lo que se refiere a la última parte del primer párrafo del Artículo 12 de nuestro Ordenamiento que termina diciendo que "...si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", encontramos que nuestra legislación acepta el principio de no sancionar la tentativa cuando hay desistimiento voluntario de parte del sujeto activo, en la inteligencia de que ese desistimiento debe reunir los requisitos de que nos ocupamos al tocar este tema.

También considero de acuerdo con esa redacción que se dejan impunes las tentativas acabadas cuando sobreviene el arrepentimiento activo y no se consuma el resultado propuesto, pues terminantemente dice que la no consumación ha de ser por causas ajenas a la voluntad del agente, y en este caso es el mismo quien impide que se produzcan los efectos que había intentado.

También dijimos que al hablar la ley de "ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo", es decir de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, se refiere a actos ejecutivos, diferenciándolos de los preparatorios que son impunes.

No de otro modo ha de entenderse el propio Artículo 12, último párrafo al expresar: "para imponer la pena de la tentativa, los jueces - tendrán en cuenta la temibilidad del agente y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito" o sea que aceptan el principio de ejecución para sancionar la tentativa, si bien con una pena proporcional al mayor o menor grado a que se llegue.

Por último y a fin de confirmar que la idea del legislador al referirse a hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, es con relación a actos ejecutivos, citaremos algunas disposiciones legales relacionadas con la tentativa en donde encontramos que usa el término acto ejecutivo, como sinónimo de hechos encaminados a la realización de un delito directa e inmediatamente.

El Artículo 102 del Código Penal para el Distrito Federal al hablar de la prescripción penal, nos dice: "los términos para la prescripción de la acción penal, serán continuos y se contarán... A partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida si el delito fuere en grado de tentativa".

En este caso la idea del legislador es perfectamente clara en cuanto a la diferenciación de los actos preparatorios con los ejecutivos, para determinar cuándo es punible la tentativa, e igualmente nos sirve para establecer más claramente la discrepancia de ésta con el delito imposible.

Nuestra ley a través del artículo 63, nos dice que a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponérselos si el delito se hubiera consumado, sistema que hemos afirmado es el menos apropiado, ya que como anteriormente lo hemos expuesto, al determinar una pena, no debe considerarse el daño, sino la peligrosidad del agente, por lo que la penalidad debe ser igual o menor que en el delito que se ha realizado.

Ahora bien, con relación a algunos delitos, la misma legislación los excluye de la noción de la tentativa, y no los castiga más que cuando se ha consumado, como por ejemplo el de corrupción de menores

(Artículo 201); el de atentados al pudor (Artículo 260, 261), etc. En -- otros casos en que la penalidad varía según la cuantía del delito como el robo, cuantía que en ocasiones no se puede determinar, fija una sanción es pecial para la tentativa.

Esta norma se sigue en el artículo 371, último párrafo del Código Penal: "En los casos de tentativa de robo, cuando no se pueda determinar el monto, se aplicarán de tres días a dos años de prisión".

CRITERIO DE LA SUPREMA CORTE.- Primero anotaremos algunas eje cutorias que se refieren al desistimiento voluntario como eximente de penalidad en la tentativa y en las cuales el criterio que se ha se guido es más o menos definido.

"La tentativa dá lugar a que se apliquen medidas de defensa social cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de una infracción antisocial si ésta no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, cuya intencionalidad resulta evidente y, en consecuencia, el agente activo ha de responder de aquella infracción y no de los actos punibles típicos objetivos resultantes y que sean un medio directo para consumir el hecho delictuoso intentado, lo cual sólo sería factible, en el caso de desistimiento propio y voluntario - del mismo agente que intentaba la comisión de la infracción, libre y espontánea y no de terminado por causa que cohiban o impidan la realización de su voluntad, caso en que quedará exento de la penalidad correspondiente a la tentativa de la infracción cuya consumación intentaba, pero responderá de los he-

chos realizados hasta el momento del desistimiento si fueron punibles".

AMPARO DIRECTO 4452/51/2a. José Manuel Montes Reyes, 24 de Junio de 1953. 5 votos.

"Cuando el desistimiento es propio y voluntario del agente activo, no hay tentativa, pero ha de concurrir, precisamente, que el que desiste sea quien intentaba la comisión de la infracción y que el desistimiento sea propio, libre, espontáneo y no determinado por causas que cohiban su voluntad, y siendo esto así, el que desiste quedará exento de la pena correspondiente a la tentativa de la infracción cuya perpetración intentaba, pero responderá de los hechos realizados hasta el momento del desistimiento, si fueren punibles".

Semanario Judicial de la Federación, Tomo --  
CXLL, p. 1484.

"Cuando la ley introduce como elemento de la tentativa punible el que el delito no se consume por una causa ajena a la voluntad del agente, implícitamente requiere, para que se reconozca efecto de impunidad al desistimiento, que se produzca cuando el sujeto que está en libertad de decidir, por propia determinación, si verifica la infracción que se propuso realizar; pero no llega al extremo de exigir que la decisión abstencionista se produzca sin la influencia de algún hecho o circunstancia, que sin privar de espontaneidad a la voluntad del actor únicamente concorra a plantearle la posibilidad de un diverso proceder".

Boletín de Información Judicial, Tomo XI, -  
p. 380.

"El cuerpo del delito en grado de tentativa consta de dos elementos; la ejecución de

hechos encaminados directa e inmediatamente a la comisión de un delito y la imposibilidad de cometerlo por causas ajenas a la voluntad del agente; de donde se concluye, - que el elemento de voluntad para la consumación de algún ilícito penal debe comprobarse, ya que dicha voluntad es persistente en la tentativa hasta el momento en que no se consuma el acto por causas ajenas a ella, - pues si el agente desiste voluntariamente de la ejecución de la tentativa deja de - - existir, perdurando los hechos ejecutados, - los que, si configuran algún delito, por sí mismos, sin motivo de acusación, pero no como tentativa sino como hechos consumados".

Boletín de Información Judicial, I. VII, p.

287

Por lo que hace al principio de ejecutividad de los actos, la Corte se ha pronunciado por determinarlo como elemento para punir la tenta

*tiva y así lo ha establecido en varias ejecutorias.*

*El Código Penal no define la tentativa, sino que señala cuándo es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*La tentativa surge para nuestro Derecho 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 razón 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 se encaminan directamente a la realización del delito proyectado o sea, que por su naturaleza se le vín*

cuten íntimamente; dentro de esta técnica, no pueden reputarse como actos de ejecución, aquéllos 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 coordinación, una contemporaneidad entre los actos ejecutivos y el hecho mismo que aquellos sean precisamente inmediatos a éste; - requisito que distingue notoriamente, una posible confusión entre los actos preparatorios y los ejecutivos, pues los primeros demandan forzosamente un transcurso de tiempo, que los segundos no requiere".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo -  
LVIII, Pág. 1235.

"La esencia de la tentativa tiene como presupuestos en primer lugar, "un principio de ejecución", conscientemente dirigido a pro-

ducir un daño del bien jurídicamente protegido, es decir, que se caracteriza porque se da el título de lesión, y en segundo lugar, un acto subjetivo del autor de consumarlo; en la inteligencia de que una y otra de las acciones, deben estar referidas a realizar las características objetivas del tipo perseguido y la no producción del resultado ha de deberse no a desistimiento voluntario del agente, sino a causas ajenas a su voluntad".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo CXV, p. 332.

En cuanto a la diferenciación de la tentativa con los delitos imposibles, la Suprema Corte no se ha expresado con el mismo criterio y en ocasiones ha resuelto que son equiparables, pero en la mayoría ha sostenido que éstos no pueden ser castigados como tentativa, en seguida transcribiremos algunas ejecutorias.

"La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista la tentativa punible basta que quede evidencia con hechos materiales el propósito de delinquir independientemente de que los hechos sean o no idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de su propósito, no se le considerará punible la tentativa".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV, Pág. 614.

"La falta del sujeto pasivo en la consumación hace desaparecer la tentativa, entendiéndose por sujeto pasivo de la consumación todo aquello sobre lo que debe recaer el ac

to de ejecución, por lo que hallarla en la mera intención, aunque firmemente resuelta a causar daño, sin la realidad del peligro de este daño inherente a la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el principio moral, como fundamento de la impunibilidad".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXXVII, Pág. 212.

"La imposibilidad para consumar un delito - elimina la punibilidad de una tentativa, - cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos o bien cuando el delito es irrealizable porque es imposible".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo CIII, Pág. 460.

## C A P I T U L O VII

CONCLUSIONES.

1. - Para el caso de la tentativa, no debe limitarse una frontera entre los actos preparatorios y los actos ejecutivos, debido a que estos están sumamente ligados, siendo imposible ofrecer una regla general para diferenciarlos, en la aplicación de una Ley General a un caso concreto.
  
2. - Es de fundamental importancia diferenciar al delito frustrado de la tentativa, debido a que estos conceptos difieren radicalmente.
  - El delito frustrado presenta una consumación psicológica o subjetiva por parte del agente, la cual se vió frustrada en cuanto al resultado, por causas ajenas a su voluntad, por lo tanto el delito está consumado - desde el punto de vista psicológico, independientemente de haberse provocado un riesgo real al bien jurídico tutelado, es decir una ejecución competente de los actos necesarios para la consumación de un delito.
  
  - En cambio, la tentativa no obedece a las mismas características, ya que ésta es la acción que tiene por objeto la consecución de un proyecto, intentar, probar, es decir el principio de ejecución de un delito, tentar, examinar.

Por tanto se desprende que la tentativa no es un sinónimo de ningún tipo de consumación, subjetiva u objetiva, ya - que la tentativa es la ejecución incompleta de actos enca minados directa e inmediatamente a cometer un delito, en esta inteligencia, la tentativa tiene un ámbito de aplica ción mayor que el que la ley le otorga al confundirlo con el delito frustrado, toda vez que la ejecutividad de una conducta delictiva puede estar compuesta de un sinnúmero de actos ejecutivos independientes para llegar al propòsi to delictivo.

- 3.- La punibilidad de la tentativa se debe fundamentar, en - apoyo a la teoría subjetiva, en la peligrosidad del agen te debido a que en el ámbito de aplicación de ésta, nunca se produce el daño, y tomando en consideración al delito frustrado, ni siquiera el peligro de que este se produzca pero si un peligro de riesgo, siendo en este caso el ele mento subjetivo un elemento manifiesto a través de los -- actos preparatorios y principios de ejecutividad y el ob jetivo un elemento ambigüo pero existente, consistente en el peligro de riesgo.

- 4.- El problema de la tentativa debe ser resuelto con relación a la figura jurídica principal de que se trate, pues la noción de ésta es subordinada, por lo que no es posible hablar del delito de tentativa, sino de tentativa de un delito.
  
- 5.- La tentativa deberá tener un ámbito de aplicación mayor de la de los actos primarios de ejecución o principales de ejecución, sino que debe contemplar también a los actos preparatorios que sin constituir un delito autónomo, -- distinto de la tentativa, importen un peligro social, -- siempre y cuando estos actos preparatorios exhiban la intencionalidad delictiva del agente como en el caso del -- franco-tirador con licencia de caza, apuntando a un político, descubierto antes de disparar.
  
- 6.- La tentativa debe ser sancionada de un cuarto a la mitad de la pena del delito de que se trate, aplicándose la mayor o menor penalidad a criterio del juzgador.

- 7.- El delito frustrado debe ser considerado en nuestra Legislación como un delito autónomo y debe sancionarse con la misma pena que el delito plenamente consumado, en los casos de gravedad extrema, y con la mitad de la pena en caso de una gravedad mínima a criterio del juzgador, esto en la inteligencia de darle la importancia que merece a la sociedad, en cuanto a la peligrosidad de un sujeto que es capaz de consumir un delito (desde el punto de vista psicológico del agente) y arriesgar un bien jurídicamente tutelado.
- 8.- En cuanto al delito de imposible realización, debe ser -- elevado a una figura jurídica autónoma, sujeta a medidas de seguridad, tomando en cuenta solamente la peligrosidad del agente.
- 9.- En cuanto a los delitos de imposibilidad relativa, en donde de los medios y el objeto son idóneos pero no suficientes para llegar al acto delictivo, se debe considerar como -- una tentativa sujeta a las reglas antes descritas en este Capítulo.

## I N D I C E

## CAPITULO I

## EL DELITO

- a). - Acción u omisión.
- b). - Tipicidad.
- c). - Antijuricidad.
- d). - Imputabilidad y Culpabilidad.
- e). - Punibilidad y sus condiciones objetivas.

## CAPITULO II

## LA TENTATIVA.

- a). - Antecedentes históricos.
- b). - Legislaciones anteriores en nuestro Derecho.

## CAPITULO III

## FUNDAMENTACION DOCTRINARIA

- a). - Teoría Subjetiva.
- b). - Teoría Objetiva.
- c). - Teoría Jurídico-formal.  
Crítica.

#### CAPITULO IV

##### ELEMENTOS.

- a).- Elemento Subjetivo.
- b).- Elemento Objetivo.
  - Actos Preparatorios.
  - Actos Ejecutivos.
- c).- Elemento Material.
  - Desistimiento voluntario.
  - Arrepentimiento activo.

#### CAPITULO V

##### PUNIBILIDAD

- Delitos Intencionales
- Delitos Preterintencionales.
- Delitos Imposibles.

#### CAPITULO VI

##### LA TENTATIVA EN NUESTRO DERECHO.

Artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal.

Criterio de la Suprema Corte.

**CAPITULO VII****CONCLUSIONES.**

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

- 1.- DERECHO PENAL.- Carrancá y Trujillo.
- 2.- NOCIONES DE DERECHO PENAL.- Carlos Franco Sodi
- 3.- LEY Y DELITO.- Luis Jiménez de Asúa.
- 4.- EL CRIMINALISTA.- Luis Jiménez de Asúa.
- 5.- DERECHO PENAL.- Eugenio Cuello Calón.
- 6.- DERECHO PENAL.- Sebastián Soler.
- 7.- LA TENTATIVA.- Ramón Palacios Vargas.
- 8.- DERECHO PENAL.- Eusebio Gómez.
- 9.- NUESTRA LEY PENAL.- Demetrio Sodi
- 10.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Manzini.
- 11.- LA TENTATIVA.- Luigi Scarano.
- 12.- EL DELITO DE LESIONES.- Santiago I. Nudelman
- 13.- TRATADO DE DERECHO PENAL.- Luis Jiménez de Asúa.
- 14.- LA PELIGROSIDAD Y SUS EXPERIENCIAS LEGALES.- Mariano Ruíz Funes.
- 15.- PRINCIPIOS DE DERECHO CRIMINAL.- Ferri
- 16.- CODIGO PENAL.- Raúl Carrancá y Trujillo.
- 17.- LOS DELITOS.- González de la Vega.

- 18.- CODIGO PENAL.- *Rafael de Pina.*
- 19.- JURISPRUDENCIA DEFINIDA DE LA SUPREMA CORTE.
- 20.- SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION.
- 21.- ENCICLOPEDIA ESPASA CALPE.

- |                            |  |
|----------------------------|--|
| 1.- Carrancá y Trujillo.   | DERECHO PENAL.<br>Tomo II, Pág. 136      |
| 2.- Datos tomados          | Enciclopedia Espasa Calpe                |
| 3.- Eusebio Gómez T.       | Cita de Derecho Penal.<br>Pag. 416.      |
| 4.- Jiménez de Asúa        | Derecho Penal<br>Tomo III, Pág. 71.      |
| 5.- Eugenio Cuello Calón.  | Derecho Penal,<br>Pág. 257               |
| 6.- Eusebio Gómez.         | Obra citada.<br>Pág. 416.                |
| 7.- Eugenio Cuello Calón.. | Obra citada.<br>Pág. 270.                |
| 8.- Eusebio Gómez.         | Obra citada.<br>Pág. 418.                |
| 9.- Carrancá y Trujillo    | Obra citada<br>Tomo I, Pág. 231          |
| 10.- Jiménez de Asúa       | Cita. Derecho Penal<br>Tomo I, Pág. 325. |
| 11.- Cuello Calón.         | Obra citada<br>Pág. 292                  |

- 12.- Jiménez de Asúa. *Derecho Penal.*  
Tomo III, Pág. 87.
- 13.- Cuello Calón. *Obra citada.*  
Pág. 290.
- 14.- Jiménez de Asúa. *Derecho Penal.*  
Tomo III, Pág. 87.
- 15.- Carrancá y Trujillo. *Obra citada.*  
Tomo I, Pág. 216.
- 16.- V. Manzini. *Derecho Penal*  
Tomo II, Pág. 41
- 17.- Jiménez de Asúa. *Cita Derecho Penal.*  
Tomo III, Pág. 87.
- 18.- Ferri. *Principio de Derecho Criminal.*  
Pág. 385.
- 19.- Palacios Vargas. *Cita. La Tentativa.*  
Pág. 161.
- 20.- Eusebio Gómez *Obra citada*  
Págs. 466 y 467
- 21.- S. Soler *Derecho Penal Argentino.*  
Pág. 220
- 22.- S. Soler. *Obra citada.*  
Pág. 220

- 23.- S. Soler  
Obra citada.  
Pág. 221
- 24.- Ramón Palacios Vargas.  
Obra citada.  
Pág. 122
- 25.- Ramón Palacios Vargas.  
Obra citada.  
Pág. 106.
- 26.- Beling.  
Esquema de Derecho Penal.  
Pág. 103.
- 27.- Jiménez de Asúa.  
El Criminalista  
Tomo IV, Pág. 251
- 28.- Mariano Ruíz Funes.  
La Peligrosidad y sus experiencias  
legales.  
Pág. 175.
- 29.- S. Soler.  
Obra citada.  
Pág. 216.
- 30.- S. Soler  
Obra citada.  
Págs. 225 y 226.