

83

000930



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

ACATLÁN No. 10 54

DELITOS DE TENTATIVA,
INFRACCIONES DE LEY
Y COMPLICACION

CRÍTICA A LA PUNIBILIDAD ESTABLECIDA POR LA LEY, PARA LOS DELITOS GRAVES COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:

ADRIANA DOMÍNGUEZ RODRÍGUEZ

ASESOR:

LIC. RAFAEL CHAINE LÓPEZ

AGOSTO DEL 2002



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS y DECICATORIAS

A MIS PADRES:

Primeramente por haberme dado la vida, y después porque a lo largo de ésta, han sido un apoyo fundamental en todos los aspectos, uno de ellos, mis estudios: Mi padre, JUAN, porque siempre me ha dicho que sabe, que todo aquello que me propongo lo consigo, y en el afán de no defraudarlo, he llegado a este punto. Mi madre, EVA, porque para mi es un claro ejemplo de lucha, que no se abate y que a pesar de todo sigue adelante, es mi impulsora, pues el saber que soy un orgullo para ella, me obliga a seguir siempre adelante.

A MIS HERMANAS

ROCIO, ANGELICA Y PATRICIA, la primera, porque en muchas ocasiones, fue como mi madre, llevándome de pequeña a la escuela y cuidándome cuando estaba enferma; la segunda porque se mereció mi respeto, al sacrificarse por la felicidad de dos seres a los que mas ama, JUAN JOSE Y JUAN ANGEL y a quienes también dedicó este trabajo, esperando que algún día lo vean; y la tercera porque aunque en ocasiones me puede hacer pasar enojos, debido a la diaria convivencia desde hace veintiocho años, es por esta misma, que es una de las personas más importantes y con más significado en mi vida, a la que me siento ligada, no por el lazo de sangre que nos une, sino por el amor que le tengo y que siempre será infinito.

*El dinero que tiene su origen sucio denigra el poder,
pero éste es nada en sí mismo. lo hermoso es el poder
que permite hacer el bien.*

AL AMOR DE MI VIDA, ZURY

Porque el día que apareció en mi vida con su amor la cambió totalmente, dándole el sentido que había perdido, porque me ha enseñado la verdadera libertad, la lucha y la vida misma, porque junto a él he tenido la necesidad de aprender, porque me enseñó a ver la realidad de nuestro mundo, un mundo que necesita urgentemente personas como él.

AL LICENCIADO RAFAEL CHAINE LOPEZ

Porque, a lo largo de la carrera, y en la elaboración de esta tesis, conté en todo momento con su ayuda y con sus conocimientos que son bastos.

**A LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO,
PORQUE ES ATRAVES DE ELLA QUE SE FORMAN LOS FUTUROS
PROFESIONISTAS, SIENDO UN HONOR Y UN ORGULLO HABER
FORMADO PARTE DE SU ALUMNADO.**

*Nosotros, de las costumbres de nuestros antepasados somos.
Contra lo que fuimos y por lo que fuimos, es que seremos...*

INDICE

Introducción. 1

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

A) Derecho Romano. 3

B) Derecho Germánico. 4

C) Derecho Longobardo. 5

D) Código Martínez de Castro 1871. 6

E) Código de Almaraz 9

F) Código Penal Vigente para el Distrito Federal. . 11

CAPITULO SEGUNDO

DE LAS PENAS

A) Facultad punitiva del Estado (ius puniendi). . . .	17
B) Noción de pena.	21
C) Fundamento de la pena.	24
D) Justificación o finalidad de las penas	26
E) Determinación de las penas, de acuerdo a los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.	28

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES DE LA TENTATIVA

A) Naturaleza jurídica de la tentativa	40
B) El iter criminis.	44
C) Actos preparatorios y actos de ejecución.	47
D) Fundamento de la tentativa.	52
E) Tentativa acabada o delito frustrado y tentativa inacabada o conato de delito.	56
F) Desistimiento, arrepentimiento eficaz y delito imposible.	58

CAPITULO CUARTO

LOS DELITOS GRAVES COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA Y SU PUNIBILIDAD

- A) Delitos contemplados como graves por la ley. 66
- B) El bien jurídico tutelado por la ley, su lesión (delito consumado) y su puesta en peligro (tentativa). 69
- C) La inaplicabilidad actual de la punibilidad establecida en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal para la imposición de penas a delitos graves en general cometidos en grado de tentativa. 75
- D) Jurisprudencia existente. 81

Conclusiones. 100

Propuesta. 103

Bibliografía. 104

INTRODUCCION

Es el Estado, quien tiene la potestad de sancionar conductas que afectan la convivencia en sociedad. Pero un Estado Democrático de Derecho, se caracteriza por los límites que tiene para aplicar su potestad punitiva, los cuales no debe sobrepasar. En todo momento debe de estar pendiente de las necesidades que tiene que satisfacer para conseguir su finalidad, siendo ésta un equilibrio social, y sólo sobre esa tesitura podrá ejercer su derecho a castigar, lo que le dará pauta a no extralimitarse en sus límites punitivos.

El Estado a través del Derecho Penal, consigue dicho equilibrio, pues es en éste, que se contiene la normatividad protectora de los bienes jurídicos pertenecientes a los individuos, así como las sanciones aplicables a los hombres que trasgrediendo dicha normatividad lesionan o ponen en peligro tales bienes. Sanciones que deben ser proporcionales a la dañocidad producida en la sociedad, porque de no ser así, esto significaría un abuso a la potestad punitiva del Estado. Es en el artículo 51 y 52 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, en el que se establecen la mayor parte de los requisitos que debe de tomar en cuenta el Juzgador al momento de imponer una pena determinada.

El bien jurídico es uno de los conceptos centrales del derecho, en especial, del derecho penal.

La afectación de los bienes jurídicos que tutela el Derecho Penal, puede darse de dos formas: Lesión y puesta en peligro. Se habla de lesión cuando el agente consume su acción, existiendo un cambio en el exterior o también llamado mundo fáctico; y de peligro cuando dicha conducta al no consumarse queda en grado de tentativa, en virtud de no actualizarse el ataque al bien jurídico protegido. Siendo precisamente la figura de la tentativa uno de los temas que estudiaremos, misma que ha sufrido una adecuada evolución, como lo veremos, existiendo actualmente en nuestro código penal de acuerdo a la conceptualización que de ésta se da en el artículo 12, dos modalidades: conato y delito frustrado, las cuales se consideran tentativas punibles, aunque también prevé el desistimiento y el arrepentimiento eficaz. Figuras sobre las cuales ahondamos en el presente trabajo.

Todos los intereses o bienes que el derecho intenta proteger son de importancia incalculable, sin embargo de todos ellos hay algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa por ser fundamentales en todo tiempo para garantizar la supremacía misma del orden social y de los valores más íntegros por su naturaleza en el ser humano.

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

Anteriormente los delitos graves que afectaban de manera importante bienes o valores fundamentales, estaban bien determinados, en la actualidad ya no es así, pues ahora para que un delito se considere grave, deberá atenderse al margen de punibilidad establecida para el, pues en base a ello su medio aritmético excederá de 5 años, elemento éste último que define la gravedad o no, de los delitos según se desprende del contenido del artículo 268 del Código Penal vigente en el Distrito Federal y que entrara en vigor el 1° de octubre de 1999. Lo que se traduce en que actualmente el que un delito sea grave, no garantiza que sea debido a que se afecte de un bien fundamental.

En el presente trabajo motivamos, el porque de la afirmación de que el contenido del artículo 63, párrafo tercero resulta inaplicable en la actualidad; numeral que establece que tratándose de delitos graves cometidos en grado de tentativa, la pena mínima a imponer será aquella señalada como mínima para el delito consumado, lo que implica sancionar un delito tentado como consumado; situación que dada la reforma sobre delitos graves a que hemos hecho referencia, la aplicación de dicho numeral resulta ser una extralimitación del derecho a castigar que tiene el Estado. Pues tal numeral al surgir a la vida jurídica pretendió que delitos que aun y cuando fuesen cometidos en grado de tentativa, por afectar de manera importante bienes fundamentales fueran merecedores de una sanción mayor, por lo que si actualmente no todos los delitos graves afectan bienes fundamentales, dicho artículo al seguir generalizando, resulta ser inaplicable.

Es en esa tesitura que exponemos de acuerdo a nuestro criterio, que bienes consideramos fundamentales, siendo los siguientes: la vida, la integridad física, la libertad física y la libertad psicosexual; por consiguiente, sólo tratándose de delitos que afecten éstos bienes es aplicable la regla establecida en el párrafo tercero del artículo 63, pues debido a la relevancia de los mismos, toda vez que se trata de bienes irremplazables en caso de lesión, es aceptable la imposición de penas de delitos que quedaron en grado de tentativa como si se hubiesen consumado. Planteando por consiguiente en esta investigación una reforma al dicho numeral y párrafo.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

A) EL DERECHO ROMANO.

Los antecedentes más remotos sobre la figura especial del delito tentado los encontramos en el éxodo XXI 12, al irse olvidando el criterio de la ley del talión "ojo por ojo y diente por diente" fórmula que surgió como una necesidad para limitar la venganza privada, y solo reconocer a los ofendidos el derecho de causar un mal en igual proporción e intensidad al sufrido. Se expresó: **1**

"El que hiere a un hombre queriéndolo matar, muere por ello"

Así, comprendemos que el Derecho romano sigue el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, por tanto, no se llegó a integrar el concepto ni la palabra técnica de tentativa, ni se creó un criterio distinto entre la consumación y la tentativa, no obstante, algunos actos concretos de tentativa y de preparación fueron observados y sancionados como delitos consumados. **2**

Por ello es necesario reconocer la inexistencia en el Derecho romano de la teoría de la tentativa, lo cual no implicó en forma alguna que los actos de preparación y ejecución quedaran impunes, ya que en los *Crimina extraordinaria* se llegó a imponer a los causantes una pena similar a la que correspondería a los delitos consumados mediante el uso del arbitrio concedido a los jueces.

En el Derecho penal privado siempre se atendió al daño causado, y por ende únicamente sancionaban los delitos consumados. Sin embargo, en el Derecho Penal Público no sólo se atendió al daño material, sino que a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el periodo de la exteriorización material, no era indispensable que el resultado fuera perfecto, así, en los delitos de *loesa*

manifestatus por ejemplo eran sancionados tanto los actos preparatorios y ejecutivos delictuosos como consumados. **3**

Si bien, los orígenes más remotos del Derecho Punitivo en sus etapas de pena privada y pena pública, se observa el castigo en relación con el resultado material ocasionado, aunque dicho concepto se fue modificando para ir adquiriendo mayor importancia al lado subjetivo del delito, situación por la que les fue concedido el uso de su arbitrio a los jueces para imponer a los delitos tentados una pena atenuada a la del delito consumado, ya que para imponer ésta se tomaba en cuenta la temeridad del autor y el grado a que se hubiese llegado en la ejecución del delito.

En la *Leges Cornelia* algunos actos de preparación y de tentativa fueron sancionados con penas establecidas para los delitos consumados, sin embargo, y a partir de Adriano fue acentuándose la influencia filosófica hacia el lado subjetivo del delito, la voluntad delictuosa exteriorizada en contra posición del éxito, es decir, cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, sin que este llegue a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, y por lo tanto, el delito tentado en general fue sancionado con penas atenuadas, pero ni siquiera el Derecho romano ulterior llegó a firmar un concepto general de la tentativa. **4**

B) EL DERECHO GERMANICO.

Por principio, la tentativa fue desconocida, sin embargo, posteriormente aún sin establecerse una fórmula diferenciadora, se equiparó principalmente en el concepto de delito flagrante al delito consumado y así en diversas ocasiones fueron castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal aún sin haber sido causado el resultado material. **5**

En el Derecho Italiano de la Edad Media encontramos ya conformada una idea, reconociendo en ella la relación de lo intentado con el resultado no producido. Con la fórmula del *cogitare agere sed non perficere*, buscando su punición atenuada en oposición a las ideas de los Romanos. **6**

Así, posteriormente en diversos ordenamientos se tomó con más precisión los diversos momentos del *iter* que debían ser castigados en forma diversa *conatus remotus* -actos preparatorios- el *pro pinqus* -actos de ejecución- y el *proximus* -tentativa acabada. **7**

El castigo atenuado de la tentativa fue mantenido en general, equiparándose por excepción la tentativa acabada al delito consumado, haciendo notar que el fundamento del derecho común y de los códigos penales de los Estados de Alemania fue constituido por las disposiciones en las *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532 dictada por Carlos V, ésta contenía en su artículo 178 una definición de la tentativa ya con los elementos configurativos: actos externos de voluntad criminal y ausencia de consumación del resultado contra la voluntad del agente.

En la doctrina Italiana, se observa como objeto esencial de las discusiones, la dificultad de encontrar un criterio de distinción plenamente válido y la necesidad de buscar nuevas vías para la delimitación de la tentativa punible.

“...La tentativa constituye no solo el inicio de la ejecución, sino también el acto precedente lógicamente necesario a éste...” **8**

La doctrina Alemana, por tanto, fue desarrollada sobre la base del mismo problema: el inicio del momento de ejecución, buscando afanosamente establecer dicho problema, para explicar la tentativa debe estarse en toda aquella actividad que aún sin precedente pueda aparecer como necesariamente adherida a la acción típica.

C) EL DERECHO LONGOBARDO.

Este derecho, otorgó a la tentativa menor importancia que a la consumación, castigándola con pena atenuada “*extra ordinem*” reglamentando la tentativa inidonea y al desistimiento espontáneo.⁹ En aquella, debemos decir que existe imposibilidad de consumación, es decir, falta de aptitud para llegar el fin deseado y procurado por el actor. Así vemos que se consideró como un camino adecuado para distinguir la tentativa punible de la impune, la idoneidad o la inidoneidad en su caso, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual se dirige la acción.

A las anteriores observaciones, Carrara precisó que en la indagación de la idoneidad se debe mirar a las condiciones exclusivamente materiales de la acción sin ser necesario su conocimiento previo por el agente, lo cual resultaría en evidente contrasentido. En lo que se refiere al desistimiento, encontramos que éste fue concebido como la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad y abandonar el designio criminal iniciado.¹⁰ Siendo así, por tanto, como se desarrollaron los conceptos en general del *conatus remotus* -actos preparatorios-, el *propinquus* -actos de ejecución- y el *proximus* -tentativa acabada-.

D) EL CODIGO MARTINEZ DE CASTRO DE 1871.

En la legislación Mexicana, este Código distinguió en el desarrollo del *iter criminis* cuatro grados sujetos a pena: I) El conato; II) El delito intentado; III) El delito frustrado; y IV) El delito consumado.

I) El conato fue definido en el artículo 19 como la ejecución de uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación de un delito pero sin llegar al acto que lo constituye, agregando en el siguiente artículo que la iniciada y pura es punible sólo cuando no se llega a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Si bien, el artículo 23 exigía, "... que los actos ejecutados dieran a conocer por si solos o acompañados de algunos indicios..." , la voluntad del agente, y en la segunda parte se refirió a un elemento material consistente en un mínimo temporal de punición al delito consumado para poder castigar la acción en grado de conato, cabe hacer notar la importancia de esta observación a que hace referencia el artículo 23, ya que la tentativa requiere actos de ejecución, y tomando en cuenta que los actos preparatorios no la integran si son equívocos (... adquirir una escalera si se imputase un robo con escalamiento...), no así si son unívocos (...adquirir la máquina de fabricación de moneda falsa con la salvedad que se trata de un coleccionista...), así pues los actos preparatorios son por lo general insuficientes por si mismos para demostrar la voluntad de la gente para ejecutar un delito determinado.¹¹

Para la aplicación de la sanción al responsable de conato se exigió, además: primero, que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el agente tenía la intención de ejecutar. Segundo, que la pena a imponerse por el, si se hubiere consumado, no pase de quince días de arresto o quince pesos de multa.

La tentativa del delito bajo la denominación de conato fue delineada por una redacción que parece tener de manifiesto el conocimiento de los inconvenientes de sostener el principio de ejecución como vía para delimitar la tentativa impune de la punible, y como consecuencia de ello, el interés de buscar una vía diversa que lograra rendir frutos más útiles para solucionar los problemas que se presentaba en la práctica.¹² La razón para castigar el conato fue por la perversidad revelada por el sujeto a través de los actos realizados y por la alarma social producida por estos, argumentos anticipados a los invocados por los positivistas al propugnar por el castigo de todo acto con el cual el sujeto pretendía llegar a la consumación del delito, en función a la peligrosidad exteriorizada fuera idónea o inidonea para tal fin.

En atención a lo anterior el capítulo Tercero del Título V relativo a la aplicación de las penas estableció en el artículo 202 para el conato un quinto de las penas aplicadas al delito consumado y cuando se trataba de sujetos de máxima temibilidad en el supuesto de conato por desistimiento se le concedió al Juzgador la facultad de exigir al agente "la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o a confinamiento".

II) El delito intentado fue establecido por el artículo 25 como el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación si este no se verifica por ser un delito irrealizable por ser imposible o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados. En la fórmula de delito imposible (delito intentado), misma que fue estructurada por el Código de Martínez de Castro, quedaron establecidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y relativa que se refieren tanto a los medios empleados como al objeto. Se admite de antemano que todo propósito de la ley para abarcar la punición del delito imposible hace necesaria la previsión legal de éste, en atención a las restricciones impuestas por el principio de exclusividad o de reserva recogido en nuestro sistema constitucional, por lo que se estima que el artículo 25 no debió sancionar toda tentativa aún cuando ésta era totalmente imposible por la inidoneidad total tanto de los medios empleados reveladores de ausencia de peligrosidad como del objeto impiden la antijuricidad de la acción. En relación a lo anterior si las razones aducidas para sancionar el delito imposible, atiende entre otras a la peligrosidad revelada por el sujeto a través de sus actos realizados hacia la ejecución de un delito determinado y a la alarma social que producen por el solo hecho, ante la imposibilidad de la existencia de peligro real, en la hipótesis de idoneidad absoluta de los medios empleados así como del objeto que impide la antijuricidad de la acción, en todo caso debió adoptarse las simples medidas de seguridad y no aplicar sanciones penales ya que este supuesto equiparó al delito imposible en cuanto a su consecuencia penal, con la tentativa punible.

El artículo 24 posteriormente estableció la determinación legal de excluir de sanción a los actos preparatorios los cuales, solamente serían punibles cuando por sí mismos constituyeran un delito concreto con pena señalada previamente en la Ley, en consecuencia podemos señalar que los actos preparatorios no forman parte en el contexto de tentativa punible en ninguno de sus lados, es decir, en conato y frustración.

Por último el Capítulo Tercero del Título V relativo a la aplicación de las penas, sustitución, reducción, conmutación de ellas y ejecución de las sentencias refirió la penalidad para la figura del delito intentado conforme a tres reglas: a) cuando intentándose contra personas y bienes determinados se produzcan en personas y bienes diversos, figura que suponía la existencia del delito en presencia de él, esto es error en personas y en cosas, en cuyo caso se impone la pena del delito consumado; b) cuando la consumación se presenta como imposible sólo en el presente caso, pero no en circunstancias o medios diversos, haciéndose acreedor, el agente, de un tercio a dos quintos de la pena del delito consumado; y c) en presencia de imposibilidad absoluta cuya pena era de 10 a 1000 pesos de conformidad con el artículo 203.

III) El delito frustrado, lo define el artículo 26, como el que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación, y esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente, situación en la que observamos que el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado. Eduardo Mezger al referirse al delito frustrado o tentativa acabada precisa que nos encontramos en este supuesto cuando el agente haya realizado todos los actos requeridos por su parte para la consumación del delito, sin que el resultado se produzca por causas ajenas a su voluntad. Siendo para el propio autor "el sentir subjetivo del agente mismo", la base determinante para llegar al conocimiento de si se ha o no verificado todo lo de su parte necesario a la consumación del delito.

Romagnisi fue de los primeros en establecer la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente la acción, mientras que en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo, pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causa ajenas a la voluntad del agente. Al respecto se puede observar que tanto una como la otra de dichas figuras requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa sólo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo todos los que lógicamente podían producir el resultado, a pesar de lo cual el delito no se consuma. **13**

En cuanto a la punibilidad del delito frustrado, el capítulo tercero del título V al referirse a la aplicación de las penas en el artículo 204, estableció: a) Cuando el delito contra la persona o bienes de alguna se frustrare, pero se consume en la persona o bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resulte consumado; b) exceptuando lo anterior, se impondrá de dos quintos a dos tercios de la pena por el delito consumado.

IV) El delito consumado fue establecido por el artículo 21 en los siguientes términos:

" es el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución, según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el libro tercero de este Código".

En el análisis sobre la esencia de este delito se permite destacar en primer término, los elementos objetivos y subjetivos, siendo referido el primero al hecho físico material del cual habrá de derivarse la existencia del delito; en general, estudiar en sus tres momentos: de conducta, resultado y nexo causal; y el segundo integrado por el factor de intencionalidad que habrá de unir la voluntad del agente con el resultado producido.

E) EL CODIGO DE ALMARAZ DE 1929

El presente Código distinguió en los delitos intencionales a dos figuras especiales: el delito consumado y la tentativa o conato, estableciendo el requisito de que los actos ejecutados den a conocer por si solos o acompañados algún indicio de cual era el delito propuesto; así mismo restringió la noción de la tentativa a una de sus formas, la del conato, al exigir la interrupción del proceso ejecutivo por causa o condiciones diversas al propio y espontáneo desistimiento, siendo este casi literalmente el precepto del Código de 1871.

Al respecto el artículo 22 expresó:

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

Como podemos observar, el legislativo de 1929, pese a la filiación radicalmente positivista, volvió nuevamente al principio de ejecución, fundando en la bipartición clásica de los actos; imprimiéndolo como modalidad las exigencias del doble elemento " idoneidad y dirección", esto es, la concreta relación a la iniciación exterior de la ejecución del hecho delictuoso, directamente por actos idóneos. No obstante restringió la tentativa a una sola de sus formas, la del conato, al exigir la interrupción del proceso ejecutivo por causas diversas al propio y espontáneo desistimiento, no realizándose todos los necesarios o esenciales de ejecución, dejando así fuera al delito frustrado o tentativa acabada. Clara muestra de la postura positivista del Código la observamos en sus artículo 26 y 27 mismos que en el primero de ellos, concede al juzgador la facultad de exigir al agente la caución de no ofender o bien someter a los sujetos a confinamiento o vigilancia, en tanto que el segundo establece la aplicación de las sanciones de una tentativa frustrada por arrepentimiento, cuando el agente realice una nueva tentativa estableciéndose para tal efecto un término de 5 años.

La noción legal sobre la tentativa punible, excluye el delito imposible por inidoneidad total ya por ineficacia de los medios o por inexistencia del objeto, no subsistiendo lo mismo por cuanto a la inidoneidad relativa. La figura típica que podemos mencionar es el supuesto de la inexistencia del objeto ya que no se puede comenzar a matar a una muerto, ni comenzar a robar lo propio. Como acertadamente observa Pavón Vasconcelos, el legislador dejó de considerar la figura del delito como tentativa acabada o delito frustrado así la presencia de la adopción del principio de ejecución, no resultó tan positiva como se hubiera supuesto, ya que la inclusión de los elementos de idoneidad y dirección, evidencia que no fue intento de los legisladores dejar de conocer la importancia de esos dos factores, objetivo y subjetivo respectivamente para la punición de la tentativa del delito. **14**

F) EL CODIGO PENAL VIGENTE EN EL DISTRITO FEDERAL

Hemos referido anteriormente a groso modo los avances que en materia de tentativa se han dado, nuestro Código Penal vigente, en su artículo 12 nos dice cuando existe tentativa punible, sin embargo a partir de 1931, este precepto ha sido abierto de quehacer legislativo, evolución que a continuación analizaremos.

El Código de 1931, en este aspecto fue retrograda, con relación a sus antecesores al establecer en su artículo 12 que la tentativa es punible "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", de lo que se desprende que hay casos en que no es punible, por lo que este texto "responde a los criterios de "univocidad", "dirección" e "inmediatez", de los actos utilizados por dicha fórmula legal de la tentativa".**15**

Este Código, condicionó los actos de ejecución a dos circunstancias: a) causalidad, donde se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado; y b) razón del tiempo, lo que demanda una concordancia entre los actos de ejecución y el hecho mismo en tal forma, que aquellos sean precisamente inmediatos a éste. Pero la insuficiencia de estos criterios motivo a que éstos fueran remplazados en la interpretación de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para así interpretar la ley similarmente a otras legislaciones del mundo que contemplaban la figura de la tentativa de acuerdo al principio de comienzo de ejecución, pero complementando el criterio objetivo con la expresión "resolución de cometer un delito".

Posteriormente en el anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal, elaborado en 1949 estableció en el artículo 12 que la tentativa punible " consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquel por causas ajenas a la voluntad del agente" . En este caso resulta relevante la resolución de cometer un delito exteriorizándose a través de un comienzo de ejecución o la realización de todo el proceso ejecutivo sin llegarse a consumir el delito, apreciándose ya dos formas de tentativa, la propia o conato y la frustración, regresando a la concepción bipartita de (tentativa - consumación).

Para Pavón Vasconcelos, el contenido de este artículo en el anteproyecto, " resulta impecable por integrarse con los reconocidos elementos de la tentativa: resolución de delinquir, comienzo de ejecución o ejecución completa e inconsumación del resultado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. De la propia definición excluye la sanción para la tentativa desistida y el arrepentimiento eficaz..."**16**

Este anteproyecto suprimió el párrafo segundo del artículo vigente, el cual establecía para la imposición de las penas en los casos de tentativa punible: la necesaria consideración por el Juzgador de la temibilidad del sujeto y el grado a que hubiere llegado en la ejecución del delito, determinándose en el artículo 55 que al responsable se le podrá aplicar a juicio del Juez, hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponerse si el delito se hubiese consumado.

El Anteproyecto de Código Penal elaborado por la Comisión de estudios Jurídicos de la Procuraduría General de la República en el año de 1958 estructura la noción de tentativa en el párrafo segundo del artículo 13 del Capítulo I del Título Primero referente a las reglas generales del delito, estableciendo: "la tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente". Este precepto de igual manera que el plasmado en el anteproyecto de 1949 establece las dos formas de la tentativa, es decir, el conato y la frustración, no obstante en su párrafo primero establece la punibilidad de los actos preparatorios "cuando manifesten en forma unívoca el dolo del agente" y en su último párrafo declara que "cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material. El delito imposible, será sancionable". En este caso se siguió un criterio positivista al punir el delito imposible, cuando la posibilidad sea absoluta o relativa, esto es por falta de idoneidad de los medios o la inexistencia del objeto, tomando en cuenta entonces la peligrosidad manifestada por el agente, satisfaciendo todos los supuestos del delito imposible. Así también en este anteproyecto se regresa a la muy discutida dirección unívoca lo que significa un retroceso.

El anteproyecto de Código Penal, elaborado en el año de 1963, adoptó una definición similar a los proyectos anteriores de 1949 y 1958, al expresar en su artículo 15: "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente" Advuértase del texto seguido posteriormente en algunas legislaciones estatales, que se volvió a la tradicional definición de la tentativa construida en el concepto de comienzo de ejecución como

expresión objetiva de la voluntad criminal, complementada con el criterio de la frustración, en cuanto se alude en la definición a la ejecución de todos los actos que debieran producir el resultado. Se completa la fórmula con la referencia a la interrupción de la ejecución y a la inconsumación del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, redondeando así una definición acertada y clara en sus términos, que ha resultado ser modelo en su género. **17** En su artículo 16 contempla el desistimiento voluntario, no imponiéndose sanción alguna; y finalmente en el artículo 17 habla del delito imposible al igual que el proyecto de 1958, ya sea por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico y objeto material.

Reformado el precepto en los años 1984 y 1985 quedó ahora en el artículo 12 como sigue:

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

En este artículo de nueva cuenta en el párrafo segundo se establece que para imponer la pena de la tentativa, los jueces deberán tomar en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito. Y es en la reforma de 1984 que a este artículo se le adiciona un tercer párrafo referente al desistimiento al establecer: "si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

Por lo que respecta a la aplicación de la pena en casos de tentativa el artículo 63 refiere que a juicio del Juez y teniendo en cuenta las prevenciones del artículo 52 y 59 será hasta las dos terceras partes de la sanción que debería imponerse en caso de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

Posteriormente el artículo 12 nuevamente fue reformado en el año de 1994 quedando de la siguiente manera:

"existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."**18**

Con la última reforma se incorporó con mayor claridad la expresa posibilidad de la tentativa tanto acabada como inacabada, asimismo, expresamente se hizo referencia a la tentativa en los delitos de omisión, evitando la necesidad de interceptar extensivamente el texto o aún de integrar la ley, ante la falta del tipo respectivo, con lo que se alcanzó un importante avance en el respeto al principio de legalidad. **19**

Esta vez la reforma en cuanto a la imposición de las penas tomó en cuenta dos factores lo establecido en el artículo 52 y el grado de ejecución del delito, quedando por fin derogado la referencia que se hacía a la temibilidad del autor. El artículo 63 también sufre una reforma pues ahora se debe de tomar en cuenta para la punición las prevenciones que hace el artículo 12 y 52 de la ley sustantiva, dejando fuera al artículo 59. Así mismo se agrega un segundo párrafo al artículo 63 que establece " en los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior". **20**

Las reformas que ha sufrido el precepto de la tentativa en nuestra legislación va desde establecer en ella los criterios de univocidad, dirección e inmediatez de los actos, punir actos preparatorios e incluso el delito imposible, hasta llegar al concepto bipartita de tentativa y consumación mayormente aceptado, encontrándose inmersos en la primera el conato y el delito frustrado, y tomado en cuenta a partir de 1984 el desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz, siendo prácticamente la reforma de 1994 la que se encuentra vigente hasta nuestros días, resultando obsoleta su repetición, por lo que hace al primero y segundo párrafo; pues el 13 de Mayo de 1996, mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación en 1996 que al artículo 63 se le adicionó un tercer párrafo el cual a la letra dice:

" En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado." **21**

Precisamente, es este párrafo, el tema de estudio del presente trabajo, el cual a consideración personal resulta inaplicable en la actualidad, dada la reforma sufrida por el artículo 268 párrafo quinto y sexto del Código de Procedimientos Penales, misma que entró en vigor el 1 de octubre de 1999, pero sobre ello nos enfocaremos y ahondaremos más adelante.

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO PRIMERO

- 1 - Palacios Vargas J. Ramón . La Tentativa. Pag 19.
- 2.- Pavón Vasconcelos Francisco. Tratado de Derecho Penal . Pag 14.
- 3.- Jiménez de Asúa Luis. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Pag 5.
- 4.- Palacios Vargas J. Ramón. La Tentativa. Pag 20.
- 5.- Mezger Eduardo . Tratado II. Pag 212.
- 6.- Mezger Eduardo . Tratado II. Pag 213.
- 7.- Malo Camacho Gustavo. Tentativa del Delito. Pag 40.
- 8.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV. Pag 79.
- 9.- Mezger Eduardo . Tratado II. Pag 213.
- 10.-Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Pag 95.
- 11.-Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito. Traducción Sebastián Soler Pag102
- 12.-Malo Camacho Gustavo. Tentativa del Delito. Pag 45.
- 13.-Comentarios al Código Penal por Joaquín Francisco Pacheco. Pag 56.
- 14.-Pavón Vasconcelos Francisco. La tentativa. Pag 139.
- 15.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 476.
- 16.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 184.
- 17.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 189.

- 18.-Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista 1994 .
- 19.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 476.
- 20.-Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista 1994.
- 21.-Código Penal para el Distrito Federal. Editorial Sista 1997 .

CAPITULO SEGUNDO

DE LAS PENAS

A) FACULTAD PUNITIVA DEL ESTADO (IUS PUNIENDI)

Ninguna persona gratuitamente ha hecho donación alguna de su libertad en atención al bien público, por ello es indiscutible que en toda comunidad social hay una regulación normativa que fiscaliza y controla, las relaciones de los miembros de esa comunidad. Pues si los seres humanos respetaran voluntariamente esas normas, el Derecho penal sería innecesario, pero por el contrario el ser humano es constante violador del orden jurídico establecido, de ahí que sea necesario el derecho sancionador, represivo o garantizador del debido acatamiento de las normas. Por ello si el fundamento de castigar reside en la necesidad de la protección de la sociedad, su justificación desaparecerá en el instante en que dicha necesidad falte.

Para los absolutistas la fundamentación del *ius puniendi* es realizar la justicia mediante la pena; al contrario de los positivistas quines aseveran que es la necesidad de protección de la sociedad.

Fue precisamente el Marqués de Beccaria el que indicó: fue por tanto la necesidad quien obligó a los hombres a ceder parte de su libertad propia... El agregado de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles forma el derecho de castigar; todo lo demás es abuso y no justicia: es hecho y no derecho.¹

El *ius Puniendi* le ha sido otorgada al Estado por la necesidad racional de que exista alguien que se encargue de regular las relaciones sociales de una comunidad, se preocupe por que en ella impere cierta armonía necesaria para la convivencia humana; por ello, debe regular las actividades o inactividades de los sujetos pertenecientes a una sociedad, castigando aquellas que sean contrarias a mantener dicha convivencia, pero el poder del Estado a castigar debe ser ejercido de una manera moderada, no puede ni debe ejercitarse de una manera libre y sin barreras que determinen el carácter de un sistema de principios políticos benéficos

para su ejercicio, el detentador del poder tendrá que agotar todas las posibilidades materiales a efecto de erradicar las conductas antisociales, pero de la manera correcta y no empezando a crear normas que prohíben todo lo malo, sin antes agotar sus recursos antirepresivos que tenga a su alcance, pues primero la labor del Poder Ejecutivo será identificar y explicar con precisión las diversas clases de acciones u omisiones antisociales que se están cometiendo y una vez plenamente identificadas éstas, los detentadores del poder público deberá echar a andar todas las medidas idóneas para eliminar o por lo menos neutralizar los factores negativos que influyen para la comisión de conductas desviadas. Pues la prevención penal deberá ser considerada por el legislador como la última medida que tiene el Estado para erradicar estas conductas desviadas, por lo que es de vital importancia que en un primer momento el legislador elabore normas jurídicas de contenido no penal, pero con un carácter coercitivo, sin llegar a la restricción de bienes fundamentales y de importancia suprema como es la libertad, típica del sistema jurídico -penal, es decir, se deberá de ocupar en la creación de normas civiles, mercantiles, laborales, administrativas, etcétera, tratando con ello de disminuir en una medida considerable la antisocialidad.

A veces es suficiente con una sanción de carácter privado, así la restitución de la cosa, la nulificación del acto, la reparación de los daños y perjuicios causados, etcétera. Sin embargo, cuando la importancia del bien jurídico afectado lo exige, interviene el Estado y se requiere de la aplicación de formas coercitivas más enérgicas y consecuentemente se impone la pena. **2**

A este respecto Avelina Alonso sostiene:

El ordenamiento penal solo debe ser utilizado cuando sea imprescindible, para determinar dicha circunstancia debe de pretenderse que en el, únicamente se regulen las conductas que afecten gravemente la convivencia social y en virtud de la misma gravedad no sea posible que otro ordenamiento jurídico las pueda proteger con la amplitud necesaria... , este medio de control social se debe de utilizar como último recurso, cuando los otros instrumentos de control social, ya sea formales o informales hayan fracasado. **3**

No obstante, la vía penal se ha convertido en un medio mucho más eficaz que cualquier otro para lograr una adecuada convivencia social, fin a que aspira el Estado de derecho. Es bien sabido que para que exista un estado de derecho se requiere contar con leyes que además de contener los principios jurídicos formales, estos sean esencialmente justos, ya que las exigencias de justicia constituyen un reclamo social actualmente. Pero no deben solo establecerse disposiciones en

forma de ley, sino lo más importante es que esta responda al ideal de justicia ya que nunca habrá un estado de derecho con leyes de contenido injusto.

El derecho a castigar que tiene el Estado está supeditado al conjunto de normas existentes pues es a través de éstas, que se regula dicha facultad punitiva, para Eduardo López Betancourt el Derecho Penal puede ser: subjetiva y objetiva.

" El Derecho Penal subjetivo se identifica con el *ius puniendi*, que significa el derecho o facultad del Estado para castigar. El *ius puniendi* sólo es potestativa del Estado, pues es el único con facultades para conocer y decidir sobre la existencia de un delito y la aplicación de una pena. El derecho Penal objetivo o *ius penale* se define como el conjunto de normas dirigidas a los ciudadanos a quienes se les prohíbe, bajo la amenaza de una sanción, la realización o comisión de delitos " 4

De lo anterior podemos establecer que el derecho objetivo o *ius penale* al establecer penas y medidas de seguridad, es de vital importancia pues sin éste el Estado no podría llevar a cabo su función punitiva, de ahí el principio de *nulla poena sine lege* (no hay pena sin ley), pues el Estado no puede castigar la conducta de un individuo, si esta no se encuentra sancionada a través de una norma.

Por lo antes expuesto es acertado lo que Gustavo Malo Camacho manifiesta a este respecto: si el Derecho Penal en sentido objetivo se integra por el universo jurídico total, cuyo objeto se orienta a la sistematización de las normas jurídicas penales, el derecho penal en sentido subjetivo, en cambio, hace referencia a la potestad punitiva.... La estabilización en la forma de resolver los conflictos sociales, con el tiempo hubo de generar las bases que determinaron la concepción de un Derecho Penal en sentido objetivo. Una vez creado y establecido el Derecho Penal en sentido objetivo es de entenderse que a partir de entonces, correspondió al Derecho Penal objetivo fijar las bases del Derecho Penal subjetivo o facultad punitiva del Estado. 5

El derecho a castigar que tiene el Estado, de acuerdo a las normas establecidas, que como ya se dijo le sirven de base, se debe de regir por diversos principios, los cuales constituyen los límites de tal derecho, como son:

1.- Principio del Estado de Derecho: este principio dió vida al denominado de intervención legalizada. Se estructura sobre el imperio de la ley, la división de

poderes, la legalidad de la actuación administrativa y la garantía de derechos y libertades fundamentales.

2.- Principio de legalidad: *nulum crimen nulla poena*; esto es, que tanto el delito como la pena deben estar, precisamente a su comisión e imposición, previstas con anterioridad en la ley penal.

3.- Principio de reserva de la ley o de concentración legislativa; es decir, la materia penal debe ser expresamente disciplinada por un acto de voluntad del poder del Estado, al cual le es asignada la facultad de legislar.

4.- Principio de intervención mínima; el Estado con la facultad que le fue asignada, de penar y proteger la humana convivencia, garantizando la paz social, en su función represiva y preventiva, debe hacer uso del derecho, cuando otros medios de control social de carácter no penal sean suficientes, empero, sólo para proteger los bienes jurídicos más importantes y contra los ataques más insoportables o intolerables. Gracias a este principio, el Derecho Penal es la última ratio *legis* o razón legal del Estado, para mantener el equilibrio social, ya que si abusara del Derecho Penal se entraría al llamado terror penal.

5.- Principio de determinación del tipo y las penas y medidas de seguridad; con esto se debe tener presente que tanto el precepto como la sanción deben ser precisos, certeros. En el tipo penal deben emplearse el menor número de elementos normativos. La pena debe ser lo más exacta posible.

6.- Principio de irretroactividad; este principio está contenido en el artículo 14 párrafo inicial de Nuestra Carta Magna, el cual dice que a ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

7.- Principio de prohibición de interpretación analógica; este principio también está contenido en el artículo 14 Constitucional... Lo que significa apego estricto a la ley, lo que no contenga un tipo penal como delito, no debe crearse apoyado en su similitud con otro; es decir, un hecho que no está plenamente contenido en un tipo penal, no debe pensarse que es semejante a otro, o bien no debe buscarse otro que se le parezca, cuando no se integre el tipo.

8.- Principio del hecho; esto es, es evidente que para que el Estado intervenga en materia penal, debe previamente cometerse un hecho (acto u omisión), por parte de un sujeto. Merced a esto, se excluyen del ámbito penal los actos internos, *cogitationis poenan nemo patitur* (el pensamiento no delinque).

9.- Principio de culpabilidad; no hay pena sin culpabilidad. Entendiéndose como quiera este elemento del delito, o se afle a la postura que sea (causalista o finalista), este principio excluye penar por la conducción de vida o carácter del agente (criterio de peligrosidad).

10.- Principio de retribución; como respeto a la dignidad de la persona humana, sólo cabe aplicar pena a todo acto culpable. Toda pena debe ser proporcional al grado de culpabilidad.

11.- Principio de humanidad; en virtud al mismo, el Estado debe apoyar a sus gobernados a su realización como personas; readaptación social, libre disposición hacia la ayuda y decidida voluntad de recuperar a los condenados. Estos son los más importantes límites al derecho de castigar. " 6

Agregaría uno más, y que también algunos otros autores contemplan, siendo de los más importante, si no es que el más; el de atender al bien jurídicamente tutelado por la norma penal, pues es precisamente el legislador a través de la norma penal, quien determina como conducta atípica, aquella que lesiona o pone en peligro el mismo. Es bien sabido que los bienes jurídicamente tutelados son de diversa índole, mas sin embargo, la doctrina e incluso la misma ley en un momento dado ha contemplado algunos de ellos como fundamentales, por lo que no se les puede dar el mismo trato, y es precisamente sobre esto que ahondaremos en nuestro último capítulo.

B) NOCIÓN DE PENA

La palabra pena deriva de la voz latina *poena* que significa, castigo impuesto por autoridad legitima al que ha cometido un delito o falta. 7

En lenguaje corriente la pena contiene la idea de castigo, en sentido jurídico " es el contenido de la sentencia de condena al responsable de una infracción penal y que el órgano jurisdiccional competente que puede afectar su libertad, su patrimonio o el ejercicio de sus derechos: en el primer caso privándolo de ella; el segundo infringiéndole una norma en su bienes y en el tercero restringiéndolos o suspendiéndolos. 8

Nuestra legislación penal, no contiene ni definición ni noción de la pena, tan sólo se limita a enumerar conjuntamente penas y medidas de seguridad en el artículo 24 del Código Penal para el Distrito Federal sin hacer ninguna distinción, estableciendo como tales:

- Prisión.
- Tratamiento en libertad, semilibertad y trabajo a favor de la comunidad.
- Internamiento o tratamiento en libertad de inimputables y de quienes tengan el hábito o la necesidad de consumir estupefacientes o psicotrópicos, o tratándose de violencia familiar de quienes tengan necesidad de consumir bebidas embriagantes
- Confinamiento
- Prohibición de ir a lugar determinado
- Sanción Pecuniaria que comprende la multa, la reparación del daño y la sanción económica
- Decomiso de instrumentos, objetos y productos del delito
- Amonestación
- Apercibimiento
- Cautión de no ofender
- Suspensión o privación de derechos
- Inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos
- Publicación especial de sentencia
- Vigilancia de la autoridad
- Suspensión o disolución de sociedades
- Medidas tutelares para menores
- Decomiso de bienes correspondientes al enriquecimiento ilícito

Sin embargo la doctrina se ha ocupado de emitir diversos criterios de lo que para ella es la pena, así tenemos que para algunos la pena es esencialmente un mal, por lo que significa la privación a la persona de algo de lo cual que; para otros es una retribución desde el punto de vista de la sociedad que se ha sentido agraviada por el delito cometido; para el delincuente es la moneda con la que él paga su delito.

Siguiendo este mismo orden de ideas de lo que significa la pena, veremos algunas nociones que han dado algunos tratadistas que se consideran importantes:

Para el jurista Francisco Carrara la pena es " un mal infligido por los magistrados, conforme a la ley del Estado, a aquellos que han sido reconocidos, en debida forma culpables de un delito. 9

Mezger infiere que " la pena es retribución, esto es, una privación de bienes jurídicos que recaen sobre el autor, como arreglo al acto culpable" **10**

Carranca y Trujillo opina, que la pena es un tratamiento que el estado impone al sujeto que ha cometido una acción antisocial o que representa una peligrosidad social, pudiendo ser un mal para el sujeto y teniendo por sí la defensa social. **11**

Por su parte Osorio y Nieto define la pena, como la consecuencia que sufre el sujeto activo de un delito, como resultado de la infracción a la norma de la pena. **12**

Cuello Calón la define diciendo, es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal. **13**

Para Zaffaroni, la pena es la privación de bienes jurídicos que el estado impone al autor de un delito en la medida tolerada por sentimiento social medio de seguridad jurídica y que tiene por objeto resocializarle para evitar nuevos ataques a bienes jurídicos penalmente tutelados. **14**

Al respecto la autora Avelina Alonso Escamilla indica, la pena es un elemental recurso al que tiene que acudir la sociedad para hacer posible la convivencia humana. **15**

La pena para la profesora Olga Islas, es un concepto particular, concreto y temporal, que se constituye al individualizar el intervalo de punibilidad mediante el reproche de la culpabilidad. **16** Debe entenderse que la pena es un concepto particular porque se aplica a la persona de manera individual y por el tiempo que determine el juzgador, ya que este tomará como margen el establecido en el tipo delictivo correspondiente y el grado de culpabilidad.

Atendiendo a todos y cada uno de los conceptos antes señalados, nuestro concepto personal concluye en establecer: la pena, es un medio represivo que tiene el estado para conseguir una adecuada convivencia social, imponiendo un castigo a un sujeto que ha infringido una norma penal previamente establecida y sancionada, pero a través de la misma evitar violaciones normativas futuras por los entes pertenecientes a una sociedad.

C) FUNDAMENTO DE LA PENA

A medida que el Derecho Penal evoluciona provoca el conocimiento de las ciencias penales a fin de ser necesario justificar el porque de la aplicación de una pena. En esta forma han surgido diversas teorías que tratan de explicar la fundamentación de la pena que pudieran clasificarse en:

a) **TEORIAS ABSOLUTAS**, son aquellas que descansan en la naturaleza intrínseca de la pena cuyo concepto predominante es la de retribución justa como consecuencia necesaria inseparable del delito. **17** Cabe destacar que en estas teorías la pena responde fundamentalmente a la realización de la justicia y no tiene un fin, ya que la razón de su aplicación esta conferida por la sola comisión del delito.

b) **TEORIAS RELATIVAS**, son aquellas que en cambio, observa Rodríguez Manzanero, no asignan a la pena un fin de agotamiento en si mismas, sino que le dan carácter de instrumento político con fines de reparación y resarcimiento para evitar futuras violaciones al orden y reparar los efectos del delito. **18**

Castellanos coincide con el autor antes citado al señalar que estas teorías a diferencia de las absolutas no consideran que la pena es un fin en si misma, sino que tiene un fin, ya que la toman como un medio necesario para asegurar la vida en sociedad concedida, esto es asignan a la pena una finalidad en donde encuentra su fundamento. **19** Podemos observar que las teorías relativas tienen un fin: combatir el peligro de delitos futuros, por la generalidad de las personas sujetas al orden jurídico.

c) **TEORIAS MIXTAS**, son aquellas que intentan la conciliación de la justicia mediante la ejecución de las penas, pues se paga al delincuente por el mal que él previamente hizo. **20**

Con base en lo antes expuesto cabe hacer mención que el fin de estas doctrinas, no es retribuir un hecho pasado, sino evitar la comisión de un hecho ilícito futuro por el autor del delito ya perpetrado.

De las teorías antes mencionadas podemos decir que la última es la más difundida, ya que toma como base el orden moral, eterno e inmutable preexistente en todas las cosas; junto a él existe el orden social igualmente obligatorio, correspondiendo a estas dos ordenes, una justicia absoluta y una relativa. Esta no es la misma justicia absoluta que desarrolla toda su eficacia en la sociedad humana por medio del poder social. La pena, considerada en sí misma, no es únicamente la remuneración del mal, hecha con peso y medida por un juez legitimado, pues es lícito prever y sacar partido de los efectos que puede causar el hecho de la pena, mientras con ello no se desnaturalice y se le prive de su carácter de legitimidad.

Cuello Calón parece adherirse a las teorías mixtas, al afirmar que si bien la pena debe aspirar a la realización de fines de equilibrio social y principalmente de prevención del delito, también no puede prescindir en modo absoluto de la idea de justicia cuya base es la retribución, pues la realización de la justicia es un fin socialmente útil y por eso la pena aun cuando tiende a la prevención ha de tomar en cuenta aquellos sentimientos adicionales hondamente arraigados en la conciencia colectiva, los cuales exigen el justo castigo del delito y dan a la represión general un tono moral que eleva y ennoblece. **21**

De manera personal coincidimos con la idea de la teoría mixta, pues es la más aceptable actualmente, pues si bien toma en cuenta la retribución, no lo hace meramente como venganza, si no como una idea de justicia, pues no debe olvidarse que el sujeto que conoce que una conducta es contraria a la ley, pues interrumpe la convivencia en sociedad, dicho sujeto debe responsabilizarse de su conducta, y esto lo va a hacer a través del castigo impuesto, o lo que es lo mismo a través de una pena, sin embargo, no se trata de penar por penar, si no también de retribuir, la pena debe servir como medio para evitar conductas delictivas futuras, pues en ello también estriba su principal fundamentación, pues si la pena hubiese sido creada únicamente como castigo, no cubriría las expectativas del Estado, siendo una de ellas la convivencia social.

La pena sólo se justifica por la necesidad de prevenir los delitos. Cuando la seguridad jurídica no se conforma con la reparación de la afectación causada por una conducta, o bien dada la naturaleza de la conducta, una sanción reparadora se muestra inidonea para la misma, la seguridad jurídica demanda una coerción preventiva, cuya principal manifestación es la pena, y la demanda de coerción penal receptada por el legislador, es lo que da a la conducta su calidad de merecedora de pena. **22**

De tal manera, podemos establecer que la pena es desgraciadamente, fundamentalmente necesaria para vivir en sociedad, pues es el hombre quien a través del tiempo ha desvirtuado la conducta que debe de seguir como ente racional y pensante perteneciente a una sociedad, trasgrediendo el derecho de los demás, conducta que debe de ser penada, o de lo contrario escaparía de las manos del Estado: la pena sirve de medio para limitar tales conductas, de ahí su fundamentación.

D) JUSTIFICACIÓN O FINALIDAD DE LA PENA

Históricamente las penas han tenido diversas vicisitudes, particularmente se han desenvuelto en un ámbito de crueldad, injusticia y venganza, demostrando en buena medida su ineficacia para lograr una satisfactoria convivencia social. **23** Conforme ha transcurrido el tiempo se le fue dando un trato más humanitario, donde aparte de la retribución por el daño causado, se logre la readaptación del delincuente.

López Betancour a este respecto refiere, si la pena únicamente sirviera para castigar al delincuente su papel sería muy pobre; se podría equiparar a una simple venganza por parte de quien la impone, en este caso, el Estado. La pena tiene una finalidad de mayor jerarquía pretende evitar la comisión de delitos; se busca mediante su justa aplicación, obtener una grata convivencia social...**24**

Tenemos también que en opinión del tratadista Cuello Calón, la pena debe aspirar a los siguientes puntos: obrar sobre el delincuente creando en el, por temor al sufrimiento motivos que los aparten del delito en lo porvenir (intimidación) , y sobre todo, como finalidad preponderante reformarlo para readaptarlo a la vida social (corrección), tratándose de delincuentes insensibles a la intimidación y que no son susceptibles de reforma, la pena debe procurar su separación de la comunidad social (eliminación). Así mismo comenta que debe perseguir la ejemplaridad, patentizando a los ciudadanos pacíficos la necesidad de respetar la ley. **25**

Al respecto el maestro Rodríguez Manzanera apunta; el fin de la pena es el castigar al criminal, proteger a la sociedad, garantizar los intereses de la misma, o intimidar para evitar que se cometan conductas indeseables. **26**

Osorio y Nieto coincide también en señalar que los fines de la pena son: salvaguardar los valores esenciales de la colectividad, preservar la organización y el funcionamiento de la comunidad y tutelar los bienes jurídicos individuales y colectivos; así como lograr su reincorporación de forma positiva para el grupo social. **27**

Por su parte Ignacio Villalobos considera, que la pena tiene como fines últimos: la justicia y la defensa social, pero como mecanismo para su eficacia o como fines inmediatos debe ser: **28**

a) Intimidatoria, sin lo cual no sería un modo capaz de prevenir el delito, ya que si la pena no se realiza con el fin de intimidar a la persona para que no realice la conducta delictiva, no sería capaz de prevenir el delito.

b) Ejemplar, para que no solo exista una comunicación teórica en los códigos, sino para que todo sujeto que virtualmente pueda ser un delincuente advierta que la amenaza es efectiva y real.

c) Correctiva, esto es, cuando la pena afecta la libertad se aprovecha el tiempo de su duración para llevar a cabo los tratamientos de enseñanza, curativos o reformativos que en cada sujeto sean los indicados para prevenir su reincidencia.

d) Eliminativa, la cual contempla dos aspectos; temporalmente, mientras se crea lograr la enmienda del penado y suprimir su peligrosidad, readaptándolo a la vida social o perpetuamente cuando se tratan de sujetos incorregibles.

e) Justa, debido a que si el orden social que se trata de mantener descansa en la justicia sería absurdo defender la justicia mediante la injusticia, pero además, porque no se lograría la paz pública sin dar satisfacción, a los individuos, a las familias y a la sociedad ofendida por el delito, ni se evitaría de otra manera las venganzas que renacerían ante la falta de castigo.

Hay quienes afirman también, que su finalidad es la retribución justa del delito y de la culpabilidad, la prevención especial del sentenciado, la protección de la comunidad frente al delincuente peligroso, la defensa del ordenamiento jurídico y que finalmente tiene un efecto sociopedagógico en la comunidad.

Podemos decir pues, que el fin de la pena tiene como objetivo, el establecimiento del orden externo de la sociedad, mediante la corrección y readaptación social del delincuente, a través de la ejecución de la sanción penal impuesta por el delito, evitando con ello la comisión de nuevos delitos

Sin embargo, la pena es ineficaz y está en periodo de decadencia al no dar contestación a los problemas actuales, esto se debe en mi opinión, a que el legislador se preocupa únicamente por elevar cada vez más los rangos de punibilidad de los delitos, como si esto fuera suficiente o realmente fuera la solución a los problemas de delincuencia que presente en la actualidad nuestra sociedad, pues el aplicar una pena cada vez más elevada o ampliar un catálogo de delitos graves atendiendo única y exclusivamente a la penalidad establecida, no cumple el fin que persigue la pena tal y como lo han manifestado los doctrinarios, luego entonces, mientras se siga castigando de esta manera, sin tomar en cuenta verdaderamente al individuo que ha infringido la ley, no daremos la respuesta que necesita con urgencia nuestra sociedad.

E) DETERMINACIÓN DE LAS PENAS, DE ACUERDO A LOS ARTICULOS 51 Y 52 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.

En el antiguo derecho las penas estaban determinadas de modo absoluto, tanto por lo que hace a su naturaleza, como a su cuantía, fue hasta después del imperio Romano que se le empezó a dar más facultades al juez en este aspecto, pero en un inicio desgraciadamente fue para beneficio de los poderosos, no obstante con el tiempo esta situación fue cambiando.

Fue entonces que las escuelas penales tradicionales consideraron que la pena debe tener una relación de proporcionalidad entre ésta y el delito.

Es así que, "la Escuela Clásica afirmó que las penas deben ser de diversas clases a fin de ser castigados los delitos con las que cuantitativa y cualitativamente les correspondan; y que por ser los delitos de diversa gravedad las penas igualmente deben serlo, y al efecto, deben ofrecer escalas. Consecuencia de ello fue el sistema de atenuantes y agravantes, que fijara la gravedad del delito y el de las escalas penales que adaptaría la pena a dicha gravedad. La pena fue, pues, una ecuación matemática; el juez un autómatas que pronunciaba la solución."**29**

De lo anterior podemos establecer que como siempre la escuela clásica sigue con su línea, de preocuparse más por la elaboración del sistema jurídico represivo y no toma mucho en cuenta para determinar las penas la peculiaridad de individuo, dejándolo a un lado, por lo que establece que el Juez tendrá la facultad para fijar la pena según sea señalada por la ley para cada delito.

Cosa contraria es lo estipulado por la escuela positiva, quien expuso que para determinar la pena, debía atenderse a la peligrosidad del sujetos, pues Lombroso como uno de sus expositores decía que antes de verse el delito como una infracción a las normas debía verse como una conducta humana. " Desde el punto de vista jurídico la peligrosidad criminal es un estado de antijuridicidad de un sujeto, que tiene por consecuencia jurídica la aplicación al mismo de una sanción criminal. Se pudo así señalar el criterio básico para la fijación de las sanciones."**30** Para esta escuela la facultad del juez para imponer penas, atenderá en forma indeterminada, según sea el infractor.

Por su parte "las escuelas modernas toman, desde luego en cuenta la gravedad del hecho objetivo, pues cuanto más corresponde el delito a la personalidad del agente es tanto más grave; pero el hecho objetivo no es más que el índice de la personalidad subjetiva; de aquí la especial consideración que debe dedicarse al individuo mismo, junto con la importancia del derecho violado por medio de su acción y de las circunstancias de ejecución. "**31**

Podemos decir que tanto la escuela clásica como la positiva, tienen razón en la determinación de las penas, pues si bien es cierto debe atenderse a la normatividad establecida, es decir a los tipos descriptivos en ella, con sus agravantes y atenuantes, como lo refiere la primera escuela en mención, también lo es, e igual de importante, que debe tomarse en cuenta al sujeto infractor de dicha normatividad, como lo refiere la segunda; claro con ciertos ajustes a lo largo

del tiempo y que se han visto plasmados en nuestra legislación, como se refleja en los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, numerales en los cuales se establecen las formalidades que el juzgador debe contemplar al momento de fijar o determinar las penas.

Antes de entrar en materia de estos artículos, debemos decir que existen tres sistemas de indeterminación de la pena: a) absoluta b) legal relativa y c) judicial relativa.

El primero se considera una propuesta doctrinal, en el que no existe un límite a las penas aplicables, ni en el código sustantivo, ni en la sentencia, quedando la decisión a la autoridad administrativa penitenciaria.

El segundo, es un sistema intermedio entre una cantidad precisa y la absoluta ausencia de límites legales a la decisión judicial. Suponen el establecimiento de un límite máximo, mínimo o ambos a la vez; los cuales no pueden ser rebasados por el juez en la fijación de la pena al caso concreto.

En el tercero, el juez fija el término mínimo y máximo de la condena, sin establecer la cantidad exacta.

De lo anterior, podemos establecer que nuestro Código Penal adopta el sistema de indeterminación legal relativa. Nuestro sistema penal es flexible al establecer un mínimo y máximo de punibilidad en las conductas que describe, otorgando de esta forma una facultad discrecional al Juez para establecer la pena dentro del margen establecido por el orden jurídico.

Este sistema de indeterminación legal relativa atraviesa por tres fases según consideración de varios autores que son:

a) Individualización legal o que otros llaman legislativa; esta no es más que el establecimiento de la norma jurídica, la cual sirve de base al Juzgador al momento de emitir la resolución correspondiente, para ello el legislador deberá tomar en consideración los bienes jurídicamente tutelados, de acuerdo a ello establecer la punibilidad correspondiente; sobre ésta debe decirse que no puede tomarse propiamente como una individualización, pues el legislador no conoce a los individuos, sólo elige la clase de pena según el delito de que se trate atendiendo a las posibles circunstancias que alrededor de él se puedan presentar,

pero nunca podrá conocer con exactitud las mismas, dejando fuera también la personalidad del individuo.

b) Individualización judicial; esta es la que hace la autoridad jurisdiccional, al señala en la sentencia la pena aplicable al infractor.³² Se cree que esta es la fase de verdadera individualización, pues el juzgador al realizarla toma en consideración al delincuente en lo individual, su perfil, además del hecho que se le incrimina con sus circunstancias, para ello éste se allegará de auxilios técnicos, pues de lo contrario le será imposible conocer con exactitud el por qué se realizó la conducta que juzgará. Luego entonces, el juez deberá requerir los dictámenes periciales tendientes a conocer la personalidad del sujeto y demás elementos que crea necesarios, para llevara a cabo una adecuada individualización de la pena al caso concreto.

Concretamente la individualización judicial de la pena, es la aplicación de la norma jurídico penal al caso concreto aplicándole las circunstancias jurídicas de tipo penal, la naturaleza, forma de ejecución, participación, medios empleados en que se cometió el delito. De igual forma se tendrá que valorar las condiciones personales, económicas, sociales y culturales del sujeto activo del delito, y en algunos casos la calidad de éste y de la víctima. Por ello el legislador al fijar amplios espacios entre el mínimo y máximo favorece la individualización judicial de la pena ya que el juzgador tiene suficiente holgura para adaptar la pena según las condiciones personales del delincuente, no rebasando los límites impuestos. Esto es, el juez tiene libertad de elegir entre las diversas alternativas proporcionadas por la ley fundándola y motivándola debidamente.

c) Individualización administrativa o también llamada ejecutiva, esta resulta mediante la individualización judicial, y atiende a la necesidad del penado a lo largo de su condena.

Anteriormente hicimos referencia de cuales son los límites del derecho a castigar, mismos que están íntimamente ligados a la individualización judicial de la pena, mencionando entre los más destacados para el caso que nos ocupa, el de la protección al bien jurídico, la culpabilidad y la proporcionalidad.

El primero, se refiere a que el juez únicamente deberá considerar el bien jurídicamente tutelado por la norma y no otro distinto a el, esto es, en la desvalorización de la conducta ilícita que el juzgador sólo debe tomar en consideración el perjuicio o el peligro al interés protegido en la norma penal. Este tema se ahondará más adelante.

El principio de culpabilidad, lo podemos calificar como la existencia de que el injusto penal cometido sea reprochable a su autor y por lo tanto debe de realizarse un análisis de cada uno de los elementos de la culpabilidad; como son la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, la posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad del hecho, la libertad de decisión y exigibilidad de un comportamiento distinto al realizado. Concepto que permite una graduación, así por ejemplo el Juzgador tendrá que valorar la mayor o menos capacidad psicológica para comprender el injusto del autor conseguido. En el caso de la posibilidad de la conciencia de la antijuridicidad se realizará las mayores o menores posibilidades que tenía el sujeto de conocer el injusto en el momento del hecho, es decir, que tanto era sabedor de que su conducta es prohibida por la ley. Por último en la exigibilidad de conducirse con arreglo a la ley, el juzgador verificará el mayor o menor grado de libertad que tenía el sujeto en el momento del hecho para conducirse con arreglo a ésta, y por lo tanto la exigibilidad de realizar una conducta distinta a la llevada a cabo.

Con respecto al principio de proporcionalidad establece que el sujeto activo del delito deberá recibir la sanción que corresponda al daño o peligro causado, y los demás elementos que integran el injusto penal, situación a la que también nos avocaremos con posterioridad.

Para llevar a cabo una adecuada individualización judicial de la pena, el Juzgador deberá de tomar en cuenta la sanción establecida para el tipo penal, o más bien, la punibilidad establecida para este, la culpabilidad y la magnitud del injusto, consistente en la naturaleza de la acción u omisión, los medios empleados para ejecutarlos y la extensión del daño o el peligro causado, la gravedad del injusto equivale al desarrollo de la conducta integrante de la infracción, tanto en su acto como en su resultado, no se refiere a agravante o atenuante. El injusto como la culpabilidad son elementos materiales del delito y también son graduales.

En el párrafo anterior nos hemos referido a sanción y punibilidad, dándole de alguna manera el mismo significado, es más el mismo legislador al referirse a estos conceptos y al de punición lo hace de manera sinónima, es por ello que aquí hacemos la distinción que hay entre estos conceptos.

La punibilidad la caracterizamos como el margen que hay entre el mínimo y máximo establecido por el legislador como consecuencia jurídica al realizar u omitir lo establecido en la ley penal, y el que no puede ser rebasado por el juzgador.

Como hemos dicho la pena es la real privación de bienes jurídicos o derechos de los sentenciados. Pudiendo ser la afectación en su patrimonio al imponerse el pago de alguna multa y el cumplimiento de la misma; en su libertad de acuerdo a la punibilidad que se establezca para cada tipo penal..

Mientras que la sanción puede ser definida como consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado.**33**

Entrando en materia, es en el Título Tercero, Capítulo Primero del Código Penal para el Distrito Federal, donde se establecen las reglas generales para la aplicación de las sanciones y las cuales el juzgador deberá atender para realizar una adecuada individualización de la pena, enfocándonos principalmente para el presente trabajo los artículos 51 y 52 de la ley en comento.

El artículo 51 establece:

"Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente."**34**

Esto es, como lo hemos venido reiterando, el arbitrio judicial para la fijación de las penas ha sido establecido expresamente en nuestro derecho.

Por su parte el artículo 52 establece:

"El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente..."**35**

A este respecto, hacemos una apreciación según nuestro entender: de los textos antes citados, apreciamos que con diversidad de palabras, ambos dicen lo mismo, por lo que es absurdo que el legislador así los haya plasmado, pues el decir "dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito", es lo mismo que referir; el Juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los

límites señalados para cada delito, así como es lo mismo, "teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiaridades del delincuente que "con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente" pues teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución, llegaremos a conocer la gravedad del ilícito, y atendiendo a las peculiaridades del delincuente sabremos el grado de culpabilidad del agente, pero esto no debe extrañarnos, pues es bien sabido que existen varios absurdos en nuestra legislación penal.

Pero lo acertado es que el artículo 52 de manera enunciativa específica lo que debe de tomar en cuenta el juzgador para concluir cuál fue la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, y entonces estar en posibilidad de determinar en particular la pena aplicable, esto es:

En las fracciones I, II, III y IV de dicho numeral se establece la magnitud del injusto. En la primera indica que el juzgador tomará en cuenta el daño causado al bien jurídicamente protegido en los delitos consumados o el peligro a que hubiere sido expuesto en los delitos tentados.

El bien jurídico es de interés colectivo y la misma sociedad le otorga el valor correspondiente y el legislador lo establece en los conceptos legales correspondientes, teniendo como fin la convivencia social. Tema que posteriormente retomaremos.

En la fracción segunda se indica la naturaleza de la acción u omisión, pudiendo ser esta dolosas o culposas. A este respecto el Código Penal en su artículo 9 refiere:

Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previo siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales.

En la misma fracción segunda, se establece que se deberán considerar los medios empleados para la ejecución del hecho, los cuales son diferentes a los elementos que integran el tipo penal.

La fracción tercera establece las particularidades del tiempo, lugar, modo y ocasión del hecho realizado o la tentativa del mismo.

De la fracción cuarta se desprende la forma o grado de participación del sujeto activo, su calidad, así como la calidad de la víctima u ofendido.

Cabe mencionarse que en la realización descrita por la norma jurídico penal, pueden existir autores y partícipes a quienes se les aplicará una punición diferente, como se desprende del artículo 13 de la Ley sustantiva, numeral que en sus fracciones primera a quinta menciona a los autores de un delito y en sus fracciones VI, VII Y VIII a los partícipes del mismo; aplicándose a estos últimos la punibilidad establecida en el artículo 64 bis de la ley en cita, de acuerdo al hecho típico de que se trate.

Por lo que hace a la calidad del sujeto activo y pasivo, debe decirse que existen tipos penales que requieren de cierta calidad de uno y otro sujeto como elemento integrante del mismo tipo; ó en otros casos la calidad del agente es determinante para la determinación del quantum de la pena. Verbigracia **

Lo anterior es aplicado por el Juzgador para ubicarse en las circunstancias en las cuales se encontraban los sujetos del delito en la realización del tipo penal, como se llevo a cabo tal ilícito, la afectación al bien jurídicamente tutelado, o el peligro corrido, los medios empleados y la forma de ejecución.

Así también, el artículo 52 en sus fracciones V, VI y VII considera el otro elemento que el juzgador debe de tomar en cuenta para determinar la punición, como es el grado de culpabilidad del agente, pues esta tiene una función básicamente limitadora de la pena, ya que ninguna punición deberá rebasarla.

Pues la fracción quinta refiere que el Juez deberá de tomar en consideración la edad, el nivel de educación, las costumbre, las condiciones sociales, económicas y culturales del sujeto. Según Zafaroni, , la edad nos indica el grado de madurez que podía haber alcanzado el sujeto, o bien el grado de asentamiento de ciertos caracteres de la personalidad. **36**

Respecto a la educación que tenga el agente, de ésta dependerá el menor o mayor grado de exigibilidad del cumplimiento a la norma jurídica. Continuando con el análisis de ésta fracción, ésta también establece que deben de tomarse en cuenta los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir, es decir, cuales fueron los estímulos para la comisión del hecho delictivo, siendo consciente o inconsciente, conocido también como móvil. Pues tratándose de grupos étnicos o pueblos indígenas, se tomará en cuenta sus usos y costumbres.

La fracción sexta nos indica que se deberá analizar a la persona una vez que cometió el ilícito, para ver como reaccionó y valoró la situación que con su conducta provocó. Debe decirse que en su gran mayoría los sujetos activos de un delito niegan haber perpetrado el mismo, aun y cuando del cúmulo de actuaciones se demuestra certeramente lo contrario.

La fracción séptima, establece que de igual manera deberán de considerarse las condiciones especiales y personales en que se pudo haber encontrado el sujeto al momento de cometer el hecho, siempre y cuando sean relevantes para el mismo, es decir, para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma, esto es, analizar las alternativas que tuvo el individuo y las posibilidades de éste para no realizar el delito.

Por lo que hace a la determinación de la punibilidad, la regla general es la señalada en el delito, sólo en los casos de punibilidad proporcional se presenta el problema que es solucionado por el segundo párrafo del artículo 51 del Código Sustantivo que dice " en los casos de los artículos 60 fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualquiera otros que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado la punibilidad aplicable es para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución según corresponda de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquel. Cuando se trate de prisión la pena nunca será menor de 3 días". **37**

En dicho dispositivo se regula la forma en como se determinará el margen de punibilidad, que le servirá de base al juzgador para establecer la pena correspondiente, proporcional al delito tentado, culposo o en caso de concurso de delitos, delitos continuados, complicidad reincidencia y error vencible, dejando abierto también a otra situación que la misma ley disponga.

Atendiendo a nuestro tema, la punibilidad establecida para los delitos cometidos en grado de tentativa se encuentra establecida en el artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que analizaremos con posterioridad.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO SEGUNDO

- 1.-Becaria Cesar. De los Delitos y de las Penas. Pag 27 y28.
- 2.- Mayo Augusto. La Fundamentación Básica del Derecho Penal. Revista Criminalia Pag4.
- 3.- Alonso Escamilla Avelina. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Pag 15.
- 4.- López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 65.
- 5.- Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag
- 6.- López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 69 a 72.
- 7.- Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas Tomo VII. Pag 176.
- 8.- De Piña y Vara Rafael. Diccionario de Derecho Aumentado y Actualizado. Pag 387.
- 9.- Carranca Francisco citado por Abarca Ricardo. El derecho Penal Mexicano. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Serie B. Vol III. Pag 381.
- 10.-Mezger citado por Abarca Ricardo. El derecho Penal Mexicano. Jus Revista de Derecho y Ciencias Sociales, Serie B. Vol III. Pag 381.
- 11.-Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano Parte general. Pag 95.
- 12.-Osorio y Nieto Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte general. Pag 95.
- 13.-Cuello Calón citado por García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Pag 305
- 14.-Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo I. Pag 77.
- 15.-Alonso Escamilla Avelina. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Pag 15.
- 16.-González Mariscal Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la Vida . Pag 42.
- 17.-Rodríguez Manzanera Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la Prisión. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pag 343.

- 18.-Rodríguez Manzanera Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la prisión. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pag 24.
- 19.-Castellanos Tena Francisco. Lineamientos Elementales del Derecho Penal Parte general. Pag 318.
- 20.-Rodríguez Manzanera Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la prisión. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pag 24.
- 21.-Cuello Calón Eugenio citado por Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal Parte general. Pag 319.
- 22.-Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo I. Pag 77.
- 23.-López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 249.
- 24.-López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 249.
- 25.-Cuello Calón Eugenio citado por Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal Parte general. Pag 319.
- 26.-Rodríguez Manzanera Luis. La Crisis Penitenciaria y los Sustitutivos de la prisión. Instituto Nacional de Ciencias Penales. Pag 23.
- 27.-Osorio y Nieto Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal Parte general. Pag 96.
- 28.-Villalobos Ignacio. Derecho Penal Mexicano Parte general. Pag 523.
- 29.-Carranca Francisco. Derecho Penal Mexicano. Pag 846.
- 30.-Carranca Francisco. Derecho Penal Mexicano. Pag 158.
- 31.-Carranca Francisco. Derecho Penal Mexicano. Pag 847.
- 32.-Carranca Francisco. Derecho Penal Mexicano. Pag 847.
- 33.-García Maynez Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho Penal. Pag 295.
- 34.-Código Penal para el Distrito Federal vigente. Editoria Sista.
- 35.- Código Penal para el Distrito Federal vigente. Editoria Sista.
- 36.-Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo IV. Pag 232.
- 37.- Código Penal para el Distrito Federal vigente. Editoria Sista.

CAPITULO TERCERO

GENERALIDADES DE LA TENTATIVA

A) NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

La tentativa se encuentra regulada en la legislación penal para el Distrito Federal en su artículo 12 el cual en su primer párrafo establece:

"existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente." 1

De lo anterior es posible observar que la ley penal no se limita a punir exclusivamente los delitos consumados, es decir, aquellas conductas que se realizan en su totalidad y que producen resultados típicos, lesivos de bienes jurídicos penalmente protegidos; sino que la ley penal también establece las bases para la punición de las conductas que no logrando llegar a su consumación, integran, sin embargo, elementos típicos suficientes como tentativa de delitos punibles, pues con estas se realizan actos encaminados a la ejecución de un tipo delictivo que no llegan a su fin por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para entender mejor la naturaleza jurídica de la tentativa, primeramente tenemos que conceptualizar a la misma, y así tenemos que:

Mir Puig Santiago señala : Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.2 Este autor en su concepto restringe la tentativa a una sola de sus formas; la del conato, dejando fuera al delito frustrado, también previsto por nuestra legislación; y que los actos ejecutados no producen

el delito, pero debe decirse que lo que no se produce es el resultado, más el delito queda en grado de tentativa.

Jiménez de Asúa indica: cuando la voluntad criminal se traduce en un caso externo que entra en la esfera de consumación de delito, sin llegar a llenarla, y va dirigido claramente a conseguir la objetividad jurídica del delito, pero sin llegar a lesionarla, el acto se llama ejecutivo y la figura a que da lugar se denomina tentativa. Esta puede definirse sistemáticamente como la ejecución incompleta de un delito. 3

Para López Betancourt: la tentativa aparece cuando el sujeto ha realizado todos los actos encaminados para la consumación del delito, y éste no se presenta por causas ajenas a su voluntad. En ese contexto, la tentativa tiene un inicio, un comienzo en la ejecución, donde se analizan actos idóneos; pero en el transcurso de los actos necesarios o al final de los mismos, el resultado deseado no llega a presentarse. 4

Malo Camacho apunta: Por tentativa se entienden los actos realizados con el fin de cometer un delito que no llegan a su consumación por causas ajenas a la voluntad del agente...5

Consideramos que, la tentativa es la realización en parte o totalmente, de los actos externos y materiales, los cuales tienen como finalidad lesionar el bien jurídico que tutela la norma penal (consumación), sin lograrlo por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo o agente, y sólo conseguir la lesión del mismo. Aunque el concepto de tentativa es una noción que excede el campo del derecho penal, así intentar es tratar de alcanzar un objetivo a través de la conducta realizada, tal concepto aparece recogido por el derecho y, concretamente por el derecho penal, que lo limita en términos del concepto de tentativa punible, al relacionarlo con la acción orientada por la voluntad de cometer un delito, ámbito en el cual es necesario limitar su alcance y precisar su punibilidad.

Pero cualquier concepto que se quiera dar de la tentativa debe darse en función del delito perfecto o consumado, por ello varios autores han denominado a la tentativa como un delito imperfecto o secundario, entre ellos Carrara, quien ha considerado a la tentativa como un delito degradado en su fuerza física y en consecuencia de acción imperfecta, para él, el delito perfecto es cuando se consuma la violación del derecho tutelado por la norma penal, y es en cambio imperfecto cuanto tal violación no se verifica, a pesar de la realización por el agente de los actos externos idóneos para procurarla. Además el propio Carrara

estimó que los delitos imperfectos no pueden, por su naturaleza presentar el elemento de un daño inmediato sino un daño inferior y en ocasiones ninguno; a pesar de ello los delitos imperfectos son políticamente imputables porque las funciones del daño inmediato ausentes, las cumple el peligro corrido por el ciudadano atacado.**6**

La presente teoría sostenida por Carrara, radica su punto de partida en la consideración de que, aun cuando la tentativa no produce un daño real de carácter inmediato, en virtud de la consumación, pone no obstante en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado, a través de las sanciones impuestas a todos aquellos sujetos que exteriorizan su voluntad delictuosa produciendo una alarma social.

Por su parte **Antolisei** considera a la tentativa como el resultado de la combinación de dos normas, una principal (norma incriminadora especial) y una accesoria (norma extensiva), originándose así un nuevo título de delito de carácter autónomo. En esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto.**7** Para este autor, la tentativa constituye un delito perfecto, atendiendo a la voluntad del agente a cometer un delito, lo cual es exigido tanto en el delito consumado como en la tentativa, aunado a que tanto una como la otra persiguen el mismo fin, además de que a la tentativa también el ordenamiento jurídico le atribuye como consecuencia una pena.

Primeramente **Max Ernesto Mayer** y después **Edmundo Mezger**, han considerado a la tentativa como una causa extensiva de la pena que amplifica el carácter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los códigos y que, por ello, establece una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado. **8** No coincidimos en la idea de que la tentativa sea una causa extensiva de la pena, pues de ser así deberíamos entender que al punirla se aplicará la pena del tipo legal de que se trate, más la pena impuesta para la tentativa, cuando esto no es así, pues la segunda siempre será en proporción a la primera. Salvo excepción en los delitos considerado como graves por la ley, pero en ninguno de los casos será tomada como extensiva.

Hay autores como **Bettiol**, quien pone en claro la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito cuanto no se llega al fin propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente, de no existir la norma secundaria de la tentativa cuya función es extender la incriminación de la norma principal.**9** En este caso, la aplicación de la tentativa se ve supeditada a la norma principal, pues de no existir la primera no podrían ser punidas ciertas conductas y por lo tanto quedarían carentes de ilicitud. La tentativa resulta ser entonces la combinación de dos normas incriminatorias; una principal y una secundaria, dando en su conjunto

el llamado delito tentado, teniendo éste su propia objetividad, atendiendo a la lesión del bien jurídico tutelado, su estructura por los actos realizados y su propia sanción. Conclusivamente Bettiol afirmaba que si la tentativa es un título de delito autónomo, eso supone que constituye un delito perfecto " en todos sus elementos constitutivos y en su objetividad jurídica. **10**

Ramón Palacios de alguna manera se une a la idea de Bettiol, pues empieza por observar que las acciones inconsumadas no serían delictuosas ni merecerían penas de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto tendiente a la lesión sin obtenerla deduciendo de ahí que se requiere una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya naturaleza es accesoria de la norma principal... Además estima que el concepto de perfección, usado con referencia a la tentativa y consumación se puede entender desde un punto de vista natural o jurídico, bajo el primero, dice que es obvio que la consumación es perfección, por corresponder el acto humano con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que la tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente, es consumación y perfección el delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado por el peligro... **11**

Pavón Vasconcelos dice: No es posible negar a la tentativa su carácter de norma autónoma, aunque ésta se subordine para su punición a la referencia típica concreta. Si relacionamos a la tentativa con el delito consumado surge, en el contraste entre ambas figuras su naturaleza imperfecta y subordinada, pero si la consideramos por sí misma ésta constituye un delito perfecto, pues es una figura con caracteres propios y punible. **12** Lo determinaba así porque afirmaba que la tentativa tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica.

En este sentido **Mariano Jiménez Huerta**, da a la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos que de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues sólo entra en función cuando se conecta con un tipo específico. **13** Siguiendo esta idea, otros autores tampoco le dan a la tentativa autonomía, pues refieren que la misma es un tipo dependiente, porque sus elementos deben de estar referidos a una determinada forma de delito.

Hemos analizado el criterio de varios autores, respecto a la naturaleza jurídica que le dan a la tentativa, hay quienes afirman que ésta, es un delito autónomo y perfecto, en contradicción a lo opinado por otros, aunque la mayoría

coincide en el hecho que de no existir la misma varias conductas quedarían impunes, por no quedar tipificadas; en lo personal apoyamos la idea de los segundos.

Consideramos primeramente que la tentativa no es un delito en sí, sino es una figura jurídico penal que encuentra su descripción en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, y que precisamente de dicha descripción se desprende que para que tenga vida en el mundo jurídico debe necesariamente combinarse con un delito específico, al cual estará supeditada; consecuentemente la tentativa no puede prescindir del hecho constitutivo al cual se le refiere, pues en razón de la conducta o del hecho principal podrá constituir su propia tipicidad; pues no existe el delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, situación que es diferente, y que partiendo de ella, entonces podemos decir que es un delito perfecto, pues la no consumación del hecho querido, es decir, la lesión del bien jurídico tutelado, se sustituye por la puesta en peligro del mismo.

En el mismo orden de ideas y retomando lo dicho por algunos autores en el sentido que la tentativa es un delito y además perfecto, porque tiene estructura por los actos realizados, además de su propia sanción, debemos decir, aunque suene repetitivo, que todo esto está supeditado al delito específico, porque de nada serviría realizar actos ejecutivos, si estos no constituyen parte de una conducta que este tipificada como delito, por lo mismo, dicha conducta no sería ni típica, ni antijurídica y mucho menos culpable y por consiguiente no existirá pena alguna.

Una vez analizada la naturaleza de la tentativa, debemos referirnos a su punibilidad, la cual se encuentra regulada en el artículo 63, párrafo primero, segundo y tercero, siendo este último el que estudiaremos con gran amplitud en el siguiente capítulo.

B) EL ITER CRIMINIS

El delito se desplaza a lo largo del tiempo, desde que apunta como idea e intención en la mente hasta su terminación, recorre un sendero o ruta desde su iniciación hasta su total agotamiento, a este precepto se le llama *iter crimins*, es decir camino del crimen.

Desde que el designio criminal surge como un producto de la imaginación en el fuero íntimo del sujeto, hasta que se opera el agotamiento de la ejecución del delito, tiene lugar un proceso, parte del cual no se exterioriza necesariamente en forma que pueda ser advertida por ningún observador fuera del propio autor. A este proceso se denomina *iter criminis* o camino del crimen, significando así al conjunto de etapas que se suceden cronológicamente en el desarrollo del delito.

14

El estudio del *iter criminis* puede ser enfocado: bajo una concepción criminológica donde el análisis de la conducta interesa sólo en cuanto a la manifestación externa de la voluntad del hombre, y bajo una concepción jurídica donde se analiza el camino del delito refiriéndose a los diversos momentos psicológicos y físicos por los cuales atraviesa la conducta y previendo la misma implícita en la ley penal. El *criminis* comprende por tanto el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su agotamiento, aunque hay quienes dicen que no es, sino hasta su consumación.

En el proceso de generación del delito o *iter criminis*, es posible observar o se distingue por la presencia de dos fases fundamentales: una fase interna o subjetiva que se desarrolla en el interior del sujeto en espera de la psique del individuo, es decir, corresponde estrictamente al ámbito psicológico o subjetivo del autor; y una fase externa u objetiva desarrollada en el ámbito de la realidad física.

1.-El *iter* se encuentra en su fase interna cuando no ha sido manifestado o exteriorizado por el autor, es decir no ha salido de la mente de éste y por lo tanto se integra por la ideación, la deliberación y la resolución. La parte externa viene integrada por la realización de los actos preparatorios y los actos ejecutivos; pero también por la manifestación o resolución manifiesta, como algunos autores acertadamente señalan.

En la fase interna se presenta la **ideación** cuando nace en el sujeto la idea de cometer un delito; es el momento que se presenta bajo la presión de un sentimiento negativo, el individuo hace nacer en su mente la posibilidad de cometer una conducta, que de verificarse, se presentará como delictiva, esto es, que el sujeto mismo le determina como consecuencia de un impulso interno, originado como resultado de una determinada situación que lo motiva de manera voluntaria o involuntaria. **15** La ideación es sólo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene encadenado bien con el impulso interno que provoca el desarrollo normal del proceso de elaboración de la idea, o bien por un estímulo interno diverso que encuentra su proceso generativo directamente en la memoria puede suceder que la idea de cometer un delito sea rechazada en

forma definitiva sin llegar a ser decisión volutiva tendiente a una actuación exterior y material; pero si las fuerzas inhibitorias no son bastantes y la idea persiste, surge el segundo momento que es la deliberación.

La **deliberación** corresponde al momento que el sujeto, haciendo uso de sus facultades decisorias habrá de optar entre los caminos que representan socialmente lo bueno y lo malo, y en donde se observa ampliamente los frenos psíquicos de la conducta y la manifestación aun interna de los instintos.¹⁶ Es la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra, si la idea resulta rechazada es anulada en la mente, pero puede suceder que salga triunfante, dando paso al tercer momento dentro de la fase Interna que es la resolución. En si por ésta debe entenderse el proceso síquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella. La deliberación supone por tanto, facultad de determinar libremente pues el antagonismo surgido entre la idea criminal y los factores señalados que pugnan contra ella hacen preciso en el sujeto la plena capacidad de discernimiento y autodeterminación.

La **resolución**, como tercer momento de la fase interna del *iter criminis*, implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar para el inicio de la actividad delictuosa. A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la practica su deseo de cometer el delito, pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior sólo está como propósito en la mente.

La fase interna no tiene trascendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabra, es imposible la lesión del bien jurídico penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción al orden jurídico que regula relaciones entre personas, y por ello el pensamiento no delinque.

2) La fase externa u objetiva del *iter criminis*, como ya lo referimos esta integrada por: la realización de los actos preparatorios y los actos ejecutivos; pero también por la manifestación o resolución manifiesta, siendo ésta última la que da inicio precisamente a la fase externa.

El ámbito de la fase externa implica la exteriorización de la voluntad, es decir, cuando el acto deja de plantearse como un simple acto del pensamiento, aún sin manifestación exterior, para traducirse en el futuro a través de actos que tienen su realización en la realidad social. Un primer momento de la exteriorización

de la voluntad se da en los casos de la "resolución manifiesta" que es impune, salvo que expresamente aparezca castigada en la ley como tipo penal específico...**17**

Resolución manifiesta: A la simple resolución interna de delinquir sucede la resolución manifestada que consiste en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal por medio de la palabra.

La idea criminosa aflora al exterior, surge ya el mundo de la relación, pero simplemente como ideal o pensamiento exteriorizado, antes existe sólo en la mente del sujeto. La manifestación no es inculpa aunque por excepción existen figuras de delitos cuyo tipo se agota con la manifestación ideológica. En algunos casos la manifestación consume o tipifica el ilícito, normalmente, sin embargo no integra delito.

A este respecto nuestra Constitución ha establecido como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o inquisitiva a menos que ataque a la moral, los derechos de terceros, perturbe el orden público o provoque algún delito. Dentro de estas conductas excepcionales y las cuales son punibles se encuentran la proposición, provocación inducción, excitación, conspiración, entre otros. En conclusión la manifestación solo será punible cuando por si sola tipifique delito contemplado por la ley.

C) ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCIÓN

Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución, dice Jiménez de Asúa. Son actos preparatorios aquellos a través de los cuales el agente prepara lo necesario para alcanzar el éxito en el objeto de su conducta criminosa (la persona sigue a su futura víctima para saber sus movimientos y tiempos...) **18** En si son la preparación material, las operaciones necesarias para llevar a cabo su propósito, sin llegar a ser todavía ejecutivos del delito.

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en si mismos, ya que no revelan de manera clara o precisa la intención de delinquir. Para la mayoría de los autores en el acto preparatorio no hay todavía un principio

de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dichos actos, principalmente por la ausencia de peligro en esta etapa, por resultar equívocos cosa contraria de los ejecutivos, pues éstos son unívocos generalmente, es decir, por sí mismos son capaces de expresar la voluntad del agente a cometer un ilícito.

Los actos ejecutivos son aquellos a través de los cuales el agente inicia la ejecución del delito; ciertamente este es el momento más relevante desde la perspectiva penal, en que se hace necesario precisar a partir de que momento puede considerarse el inicio de la tentativa punible. **19**

Si hay relación inmediata entre lo pensado y lo exteriorizado, mayor manifestación de la voluntad criminal expresará el acto según se acerque al designio final. Consecuentemente es necesario contraponer los actos preparatorios de los actos de tentativa, pues mientras aquellos deben de quedar impunes, éstos deben ser penados. **20**

Existen diversos criterios sobre la adecuada separación de los actos preparatorios y los actos ejecutivos, siendo de gran importancia tal situación, atendiendo a que como ya lo mencionamos los primeros no son punibles, y los segundos sí, por lo que a continuación mencionaremos algunas de las más sobresalientes.

Kostling, con su criterio objetivo de la univocidad, refirió la tentativa a los actos de naturaleza inequívoca, por cuanto revelan, por sí mismos, la intención del autor de cometer el delito. Pues de manera subjetiva los actos carecen en sí mismos de expresión.

Una de las teorías más tocadas al respecto, es la de Carrara, y la Univocidad de los actos, al exponer que cuando un acto puede conducir tanto a un fin inocente como a un delito, debe ser considerado como un acto preparatorio, pues falta en él el comienzo de ejecución, agregando que en caso de existir la precisión de que están encaminados a la consumación del delito estos no dejan de ser preparatorios, en razón de la ausencia de peligro actual; y es más aún cuando los actos representativos de un comienzo de ejecución y por ello de un peligro actual, en forma sólo contingente, seguirán siendo preparatorios por no ser unívocos, es decir por no expresar en forma inequívoca la intención del agente. Por ejemplo para este autor el conato tiene como primer carácter su univocidad pues

manifiesta indudablemente su dirección a un delito dado. Además de la univocidad esta teoría le da al acto externo o ejecutivo, un segundo carácter que es la idoneidad o aptitud de conducir al fin perverso de manera tal que " los actos inidoneos no pueden, pues, imputarse como delito, al pretendido tentador. Si la inidoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa toda imputación de los actos como conato, porque ellos carecieron enteramente de peligro. Si existió en los sucesivos, queda la imputación de los antecedentes cuando éstos sean susceptibles de ello. **21** Su criterio no obstante resultaba inexacto como consecuencia de la frecuente presencia de casos que podían manifestarse ya, como unívocos, pero no por esto ser ejecutivos. Ramón Palacios respecto a esta teoría refirió que hablar de acción sin atención, dada la naturaleza de la tentativa es sepultar un elemento del tipo. Además que el propio Carrara "destacó la naturaleza de la intención pero la menospreció inexplicablemente en la tentativa, pues querer saber si el acto revela la intención de delinquir es querer saber la dirección del pensamiento del sujeto". **22** Por lo tanto este criterio de la univocidad resultó como el mismo Carrara lo dijo ineficaz para establecer la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos.

El mismo Carrara expresó una idea diferente para hacer la distinción en mención, pero ahora basado en el ataque a la esfera de la víctima, "afirmando que el acto preparatorio se desenvuelve y permanece en la esfera del sujeto activo, mientras el acto se convierte en ejecutivo cuando trasciende de esa esfera y se desenvuelve en la del sujeto pasivo". **23** Pero esta teoría también tuvo crítica, en el sentido de que era difícil precisar el concepto mismo de esfera del sujeto pasivo, y las absoluciones cuando los actos no recaen sobre ella.

Por su parte Beling, reduce el problema del comienzo de ejecución, a la relación directa entre el acto y la actividad expresada en el verbo núcleo del tipo. Consideró que por actos ejecutivos debería entenderse la activación de la acción descrita en el tipo legal, es decir, el inicio de la objetivación de la acción típica, ya que sólo la acción iniciada encuadrable dentro del marco del modelo legal descrito en la norma penal, puede y debe ser punida, de esta manera el comienzo de la ejecución se presenta como una referencia objetiva y válida para la determinación de la tentativa punible; esto es, quien comienza a realizar el verbo, núcleo, comienza a ejecutar la acción particular del tipo, pero dicho comienzo de ejecución, además, para configurar una tentativa habrá de ser antijurídico y culpable. **24** El comienzo de ejecución establece por tanto la línea divisoria entre los actos preparativos y ejecutivos, por no ser los primeros en ninguna forma adecuados al tipo. No obstante las ventajas de esta postura se observaban con frecuencia casos en que resultaba difícil un auténtico inicio de ejecución de tipo legal antijurídico, al no introducirse la acción dentro de la periferia del núcleo del tipo. Beling aceptando las críticas hechas a esta teoría la reestructuró con los complementos de la acción, tratando de solucionar aquellos casos en los cuales ésta, aunque peligrosa y reveladora de la intención malévola del agente, por sí no

puede constituir un comienzo de ejecución, al no haber iniciado con ella la actividad descrita por el núcleo de tipo. Los complementos a que se refiere Beling consisten en un acaecer natural, como puede ser el simple transcurso del tiempo, una fuerza o fenómeno físico, o bien un acto de la víctima o de un tercero, éstos, vinculados a la conducta conforman una unidad, la cual puede verse justamente valorada. De esta manera la acción de quien ha comprado el veneno, lo ha llevado a casa y lo prepara en la bebida de la futura víctima, en si y por si no es aún ejecutiva del delito de homicidio, pero considerada como su complemento natural constituido por la costumbre de la víctima de tomar la indicada bebida, la acción adquiere poder ejecutivo.

Jiménez de Asúa se perfila por el criterio del comienzo típico de la ejecución, al hablar de la acción que penetra en el núcleo del tipo y agrega que como no siempre es fácil determinar tal penetración, debe entenderse como el comienzo de la ejecución "cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros", advirtiéndose la necesidad de recurrir a la "lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exige".**25**

Nuestra legislación anteriormente adoptaba el criterio de la univocidad y la consideraba como prueba de la intención del agente, es decir, la dirección no equívoca de los actos realizados, esto al referir en su artículo 12 "... hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito...". Y hubo autores entre ellos Scarano quien aludió que finalmente con el doble requisito, es decir, la idoneidad y la dirección no equívoca de los actos que en la ley se señalaba el problema quedaba resuelto y se podía determinar la capacidad de acción a producir el resultado dañoso o peligroso, es decir, que los problemas inherentes a la delimitación de la tentativa punible o no, deberían venir resueltos sobre la base de la dirección unívoca de los actos y que éstos sean idóneos, es decir, que teniendo potencialidad intrínseca para producir un efecto sean aptos para causar un resultado dañoso o peligroso. Aunque la idoneidad siempre se ha referido a los medios empleados, debe decirse que ésta debe entenderse o aplicarse al conjunto de los factores o circunstancias que en cualquier modo pueden influir sobre la acción misma.

El criterio de la univocidad, es siempre tema de la tentativa, en el sentido de que los actos sean aquellos preparatorios o ejecutivos, en modo no equívocos deben de referir la intención, el fin, la voluntad de cometer un delito, pero actualmente y atendiendo al contenido del artículo 12 de nuestra legislación penal para el Distrito Federal como podemos establecer de los actos ejecutivos, pues ejecutar puede entenderse desde un punto de vista objetivo, es decir, entendiendo

que la ejecución comienza en el momento de poner en peligro el bien jurídico protegido, como lo hace gran parte de la dogmática latinoamericana, pero también podemos entenderlo en sentido subjetivo, esto es que tal comienzo de ejecución depende del plan del autor o en otras palabras que lo decisivo es determinarlo de acuerdo con el momento en que tal ejecución comience según el plan de la autor.

Pero el dispositivo actual de dicho numeral solo entra en función cuando la conducta del sujeto se ha creado el peligro de que el bien jurídico que protege el tipo penal pueda ser lesionado, pues el ordenamiento penalístico de México no sanciona el pensamiento criminal, sino el pensamiento manifestado en una conducta lesiva de los bienes e intereses que típicamente integran el universo jurídico.

Los actos ejecutivos presentan dos formas punibles, el delito tentado, del cual ya hemos dado su concepción y naturaleza, determinando que es aquel en la que existe un principio de ejecución o en el que incluso se pueden realizar todos los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, sin obtenerlo; y la consumación, la cual supone la completa realización del tipo penal, es decir, se caracteriza por agotar plenamente el mismo. Por lo tanto, se debe denotar que la diferencia más importante entre ambas es la verificación o no del resultado perseguido por el agente, siendo esta la lesión del bien jurídico tutelado por la norma penal.

Desde que una voluntad ha sido íntegramente conformada con la resolución y exteriorizada con la realización de actos tendientes a la ejecución del propósito criminoso, da principio al concepto de la tentativa del delito.

El periodo de exteriorización de los actos anteriores a la consumación, es el que suscita mayor interés en el derecho penal, ya que es donde encontramos el difícil planteamiento de fijar un criterio válido entre la tentativa punible y la impune, ya que no todos los actos de exteriorización implican tentativa punible. La doctrina ha intentado establecer bases firmes al encuadramiento y punición de la tentativa culpable, ha recurrido como criterio general de distinción la punición de los actos ejecutivos y la no punición de los actos preparatorios. **26**

D) FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA DE DELITO

En un Estado de Derecho el legislador debe de preocuparse por reprimir, no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales para la vida de relación, sino también la exposición a peligro de dichos bienes.

Nuestra legislación penal en su Título Tercero Capítulo tercero, artículo 63 establece la punibilidad para la tentativa de delito, numeral que a la letra dice:

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

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior".

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado." **27**

Como anteriormente referimos la diferencia entre el delito consumado y el delito tentado, estriba en el resultado, pues mientras en el primero se verifica el mismo y se da la lesión al bien protegido por la norma penal, agotando así, completamente el tipo delictivo, en el segundo no se da tal lesión, sino sólo una puesta de peligro a dicho bien, de ahí que sea importante fundamentar el porque de la punición del segundo.

Tal como suele acontecer en la doctrina, siempre que se da un acto humano, las opiniones se dividen, y en el particular caso, hay quienes fundan la punición de la tentativa de un delito en circunstancias objetivas, y otros subjetivas, de ahí que existan tales teorías, mismas que a continuación analizamos.

Teoría objetiva

Conforme a esta teoría, la tentativa se castiga porque pone en peligro concreto un bien jurídico penalmente protegido.**28** Deja fuera de punición por consiguiente la tentativa inidónea y en general toda tentativa en que el bien jurídico en concreto no haya corrido peligro alguno. Esta teoría fue sostenida inicialmente por Carrara y su punto de partida radica en la consideración que aún cuando la tentativa de un delito no produce un daño real de carácter inmediato, atendiendo a la inconsumación, pone no obstante, en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado imponiendo un castigo a quien exteriorizó su intención de lesión. Es importante subrayar también que el dolo es fundamental, ya que sin la intención del autor se carecería de capacidad para consumar un hecho típico y que no se dio por causas ajenas a su voluntad. Es por ello que la tentativa no puede presentarse en los delitos culposos.

Según esta teoría, la pena de la tentativa debe ser necesariamente inferior a la del delito consumado, porque el peligro del resultado siempre importa un injusto menor que su advenimiento. En este sentido se corresponde con nuestra ley positiva, donde no sólo se prevé una escala menor, sino que la misma es obligatoria. **29** Aunque hay una excepción que más adelante abordaremos y que consideramos inaplicable actualmente.

Teoría subjetiva

Para la teoría subjetiva lo fundamental es que la conducta de la tentativa revela una voluntad contraria al derecho. Obviamente, este orden de ideas, si bien responde a una afirmación que es veraz, lleva sin embargo, a extremos en la punición y así cae en los excesos autoritarios que lo mismo afirman la penalización del delito imposible, que equipara el desvalor de la conducta de la tentativa, con la del delito consumado, propugnando su similar punición al afirmar que desde el punto de vista subjetivo ambas figuras son iguales.**30** Aunque esta teoría es certera en poner interés en la voluntad dolosa del agente, es equivocada al ampliar el ámbito de lo punible a grados que van en contra del principio de legalidad y que por lo tanto resultan lesivos de la libertad individual. Además esta teoría deja la atenuación de la pena en la tentativa de delito, como mera facultad al juez, esto es, si él lo considera, así será, de lo contrario la sanción será igual al delito consumado.

Además de Carrara, hubo varios autores que apoyaron la teoría objetiva, entre ellos Max Ernesto Mayer, quien estimó como tentativa punible la que expresaba un acontecimiento constitutivo de peligro para un determinado bien jurídico, como consecuencia de una acción incapaz de conseguir el fin propuesto por su autor. **31**

Por su parte Guillermo Sauer establece, como principio, que tanto la realización de un tipo legal, como la tentativa unida a la falta de resultado, son merecedoras de pena, pues el ordenamiento jurídico protege sus bienes contra las lesiones y los peligros graves. Siendo la tentativa, actuación hacia un resultado típico no producido, en sentido propio debe considerarse el peligro concreto de bienes jurídicos en la lesión querida. **32**

Bettioli, quien ha estudiado a fondo la naturaleza de la tentativa, la cual a su entender radica en el peligro, en la lesión potencial al bien jurídico protegido y a la cual se dirige la acción del sujeto... Este autor reafirma la represión de la acción humana cuando expone a peligro de lesión un bien jurídico, permitiéndose insistir en que la única referencia es la "acción humana", esto es, la peligrosidad de la acción y no la del sujeto, distinción en su criterio de importancia capital porque responde a dos visiones radicalmente distintas del Derecho Penal. **33** Lo anterior puede entenderse porque si se tomará como punto de partida la peligrosidad del agente, no habría distinción entre la tentativa en su carácter de delito frustrado y el delito consumado.

Por lo que respecta a la teoría subjetiva, podemos decir que ésta tiene su principal apoyo en la doctrina alemana, siendo uno de sus representantes Jescheck, quien estima como fundamento de la tentativa a la voluntad manifestada contraria al derecho, doctrina que rechaza la real puesta en peligro del bien protegido, aunque este autor toma conciencia y sabe que la teoría subjetiva tampoco puede mantenerse en su integridad y debe complementarse con la idea de la impresión que el hecho produce en la comunidad y así toma parte de lo aludido por la teoría llamada de la impresión.

Teoría de la impresión

Esta teoría afirma la punibilidad de la tentativa sólo cuando la actuación de la voluntad enemiga del derecho es adecuada para conmovir la confianza en la vigencia del orden jurídico y el sentimiento de seguridad jurídica. Según ésta, no se trata de que aumente o se introduzca un peligro para el bien jurídico, sino de la

impresión que el hecho puede provocar en los demás; entonces esta teoría se funda en la prevención general, lo que creemos un error, pues dicha prevención la cumple todo el derecho en sí, en tanto que la pena del Derecho Penal pone acentuación principalmente en la prevención especial. Otro punto erróneo es que para ella la punibilidad de la tentativa debe ser independiente, es decir, pretende penar simplemente una supuesta alarma social. Y si bien es cierto que la tentativa afecta el sentimiento de seguridad jurídica, esto no es algo independiente, pues siempre se da en razón de que se ha afectado un bien jurídico.

Podríamos seguir citando otros criterios existentes, pero de alguna u otra manera éstos tampoco han sido certeros en fundamentar la aplicación de pena en la tentativa de delito: mientras unos decían que atendía a la peligrosidad del autor, lo que sería absurdo en la actualidad si dejáramos a un lado la puesta en peligro del bien protegido por la norma; otros afirmaban, entre ellos Manzini, que se debe a la violación voluntaria de un precepto penal; situación, ésta última, que no está tan descabellada según Ramón Palacios, "pues el peligro de la consumación preside el fin de la norma". **34**

Nuestra postura de acuerdo a lo analizado es que la teoría objetiva es la más incuestionable, pues mientras la teoría subjetiva no da explicación a la pena atenuada de la tentativa de delito, la teoría de la impresión por su parte pretende castigar a la tentativa sólo como una alarma social, dejando aun lado el bien protegido, resultará entonces que la tentativa es un delito que no afecta bienes jurídicos y solo produce alarma social, lo que sería incongruente y contrario a derecho. Aunado a lo anterior también es más que claro que nuestra legislación ha tomado como referencia para punir la tentativa a la teoría objetiva, pues es explícita al referir que lo que se castiga son los actos ejecutivos tendientes a producir el resultado, o lo que es lo mismo a producir la lesión del bien protegido, por lo que al penal la tentativa de delito está apuntando a castigar la puesta en peligro a que se expuso el mismo, pues en la practica, esto es, en una sentencia la razón de penar la tentativa de determinado delito, es el peligro a que se expuso el bien jurídico tutelado por la ley.

E) TENTATIVA ACABADA o DELITO FRUSTRADO Y TENTATIVA INACABADA o CONATO DE DELITO

En un principio se adoptó la clasificación bipartita en los delitos, es decir, se contemplaba el delito consumado y la tentativa del mismo, sin hacer distinciones sobre esta última en cuanto a la realización total o parcial de los actos. Ya posteriormente tuvo cabida la bipartición de la tentativa y la clasificación tripartita del delito, esto es, se distinguió la tentativa o conato al delito frustrado y por supuesto el delito consumado.

Como aludimos en la parte histórica del presente trabajo, el Código Penal de 1871 estableció grados del delito; distinguiendo entre conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado. Llamó conato a la tentativa inacabada (ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye) y que ésta sólo sería punible cuando la suspensión no fuera espontánea. Del delito intentado dijo: que es la tentativa acabada cuya frustración se debe a lo irrealizable que resulta el delito, pero de éste hablaremos más adelante; y finalmente llamó al delito frustrado a la tentativa acabada cuya frustración se debe a alguna causa ajena a la voluntad del sujeto activo.

Romagnosi fue de los primeros en establecer la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia existente entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente la acción, mientras que en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo, pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causa ajenas a la voluntad del agente. Al respecto se puede observar que tanto una como la otra de dichas figuras requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa solo se practica una parte de los necesario para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan acabo todos los que lógicamente podían producir el resultado, a pesar de lo cual el delito no se consuma. **35**

En el delito frustrado, el hombre no sólo emplea todos los medios que han demostrado que son adecuados para conseguir el resultado perseguido, sino además tiene la certeza y previsión que el efecto ha de verificarse.

Jiménez de Asúa, ha establecido que los prácticos al buscar el equilibrio entre el elemento subjetivo y el objetivo, establecieron las diferencias entre tentativa y consumación, creando la figura del conato, llegando incluso a distinguir entre conato próximo y remoto, como grados de éste, conceptos que atendían al momento de interrupción de la acción con referencia al acto consumativo, para así entonces establecer la cantidad del conato. Debiendo aclarar que se llama elemento subjetivo, a la intención traducida en actos y objetivo, al daño.

La mayoría de los autores y códigos modernos han abandonado la concepción tripartita del delito (tentativa-delito frustrado- delito consumado), para volver a la clasificación bipartita (tentativa- delito consumado), distinguiéndose ahora la tentativa entre acabada e inacabada.

De acuerdo a lo antes analizado, podemos decir que la tentativa acabada o delito frustrado como algunos autores le llaman, se define como la resolución de cometer un delito exteriorizando la conducta que debería de producirlo, sin embargo, aquel no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente. Por lo tanto en esta tentativa se realiza por completo la conducta pero sin obtenerse el resultado.

La tentativa inacabada o conato por su parte, es cuando se tiene la resolución de cometer un delito, existiendo un comienzo de ejecución y no se consume porque el agente omite realizar algún acto necesario para la verificación del delito. En esta contrario a la anterior, no se ejecutan todos los actos: la ejecución es incompleta y es precisamente por ello que el resultado no se produce.

Tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, el ilícito no se presenta contra la voluntad del sujeto activo debido a factores externos que impidieron la verificación del mismo o a la omisión del propio agente.

Nuestro Código Penal vigente, evitar el conflicto de explicar la tentativa acabada e inacabada, y sólo señala en su artículo 12 la existencia de tentativa punibles, no obstante de la redacción de dicho artículo, se desprende que contempla tanto la tentativa acabada como la inacabada al referir "...realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos..." Precisamente por ello, para punir la tentativa, el artículo 63 establece que deberán considerarse las prevenciones del artículo 12, el cual en su párrafo segundo refiere "Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto por el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito" **36**, encuadrando la punición de ambas tentativas; pero esta disposición no tiene lugar cuando se trata de punir a los delitos tentados que son considerados como graves

por la ley; no importa si la tentativa fue acabada o inacabada, pero sobre esta situación ahondaremos en el último capítulo.

F) DESISTIMIENTO, ARREPENTIMIENTO EFICAZ Y DELITO IMPOSIBLE

Como hemos dicho, y de la misma definición que sobre la tentativa otorga la Ley sustantiva, para que ésta sea punible, se requiere, que la inconsumación del delito se de por cualquier causa ajena a la voluntad del autor.

Cuando la no realización completa de los actos ejecutivos de un delito o la no consumación del ilícito se da por causas imputables a la voluntad del sujeto, estaremos frente a un desistimiento o un arrepentimiento.

El desistimiento puede decirse que es, una tentativa inacabada, en la cual los actos no se realizan en su totalidad, porque el autor interrumpe voluntariamente la ejecución de su acción típica ejecutiva.

El desistimiento es voluntario cuando una nueva y libre decisión del agente es causa determinante de la inconsumación del delito, pues opera como obstáculo interruptor del proceso causal.**37**

Hay quienes establecieron como requisitos del desistimiento: La voluntad inicial respecto al resultado; un comienzo de ejecución del delito; una voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistir de la acción; Interrupción del proceso ejecutivo, y la no verificación del resultado.

Por su parte, el arrepentimiento eficaz se entiende cuando la acción ejecutiva se realiza en su totalidad y no sobreviene el resultado, por la actividad ulterior del propio activo que impide que se produzca el resultado típico.

Consecuentemente, el arrepentimiento eficaz es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el

proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado. El arrepentimiento supone, por tanto, la realización previa de todos los actos de ejecución necesarios para producir el resultado, elemento al cual viene a sumarse la actividad de carácter voluntario practicada por el sujeto para interrumpir el proceso causal puesto en movimiento e impedir así la consumación del delito. **38**

De lo anterior podemos señalar que los requisitos para integrar el arrepentimiento son: una voluntad inicial de causación del resultado; realización de todos los actos de ejecución; una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado, y la no verificación de dicho resultado.

Por tanto, cabe decirse que la diferencia entre el desistimiento y el arrepentimiento eficaz estriba, que mientras en la primera se interrumpe la realización de los actos ejecutivos, en el segundo se han llevado a cabo todos; es por ello que el desistimiento sólo puede darse en tentativas inacabadas, pues no se puede desistir de lo ya terminado, mientras que en el arrepentimiento cabe únicamente en tentativas acabadas, considerado por este motivo de mayor peligrosidad que el desistimiento. Pero en ambos casos la voluntad del agente constituye un requisito esencial para la no consumación del delito, pues mientras en el arrepentimiento no se consume por la misma voluntad del autor para no continuar los actos que lograrían dicha consumación, en el arrepentimiento tal voluntad aún y cuando ya se han concluido los actos, ésta es indispensable para que el ilícito de que se trate no se consume; es por eso que si la consumación no se produce, y esto es atribuible al agente, dicha tentativa no será punible.

En la tentativa inacabada (comienzo de ejecución) y hasta en la acabada (realización de todos los actos), el sujeto puede detenerse o volver atrás, y su conducta debe ser favorecida con la no punición de la conducta que realizó, pues ciertamente, si de alguna manera puso en peligro el bien jurídico tutelado por la norma, también fue gracias a él, que no se lesionó.

La mayoría de los autores concuerdan con la no punición del desistimiento, más no así con el arrepentimiento, pues refieren que éste último implica una mayor peligrosidad pues los actos ejecutivos se terminaron, no obstante hay otros autores, entre ellos Pavón Vasconcelos que refieren; el arrepentimiento, como el desistimiento, motiva la atipicidad de la tentativa al estar ausente la referencia típica a la "causa ajena" de la inconsumación del delito. **39** Decimos que coincidimos con esta última postura, porque si la tipicidad es la perfecta adecuación de la conducta desplegada por el agente al tipo descrito en la ley, por consiguiente es correcto decir que tanto el desistimiento como el arrepentimiento son conductas atípicas de la tentativa, pues para que sea típica, la inconsumación debía darse por causa

ajena a la voluntad del mismo, situación que como ya explicamos, no se da en estas dos figuras, por lo que punirlas, sería penar una conducta atípica, resultando esto violatorio de garantías.

Al respecto Gustavo Malo Camacho dice: La razón por la cual opera la exclusión de la pena en el desistimiento voluntario deriva de la finalidad misma de la imposición de la pena, toda vez que ésta tiene una función eminentemente preventiva que, en el caso, no tiene sentido y no se hace necesaria y si, en cambio, el efecto preventivo mismo de carácter político criminal, derivado de la existencia misma de la no punición del desistimiento es favorable y positivo. La misma situación acontece respecto del arrepentimiento. **40** Por ello no serán punibles aquellas tentativas en las cuales el resultado no se produce en virtud del propio desistimiento, o cuando por la actividad voluntaria del actor se impide la consumación del delito a pesar de haberse realizado todos los actos de ejecución.

En el derecho Alemán, el arrepentimiento funciona como una causa personal de exclusión de la pena, mientras que en el Derecho Italiano, constituye una causa de atenuación de pena.

En la legislación penal Mexicana, a partir del decreto publicado en el Diario Oficial, el 14 de enero de 1985, se le adiciona un tercer párrafo al artículo 12, que contempla el desistimiento y el arrepentimiento eficaz, párrafo que a la letra dice: " si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos". **41** Por consiguiente nuestra legislación no asigna pena alguna al desistimiento, ni al arrepentimiento.

Delito Imposible

Anteriormente dijimos que el delito frustrado, es aquel en donde el agente realiza todos los actos de ejecución, sin embargo, el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad de éste; pero esta definición pertenece a la frustración propia, debiendo distinguirse de la impropia o imposible, en la cual también se realizan todos los actos de ejecución, no obstante el resultado no se produce por resultar imposible su verificación. La frustración impropia es llamada también delito imposible. Aunque la doctrina Alemana llamó al delito imposible, tentativa inidónea.

Como sabemos el acto de tentativa no puede prescindir de su naturaleza idónea, siendo en el algo característico y fundamental. "La idoneidad es la aptitud del propio acto para conducir al fin perseguido, no otro que la consumación del delito". **42** Por consiguiente habrá tentativa inidonea cuando exista en ella la imposibilidad de la consumación, es decir, la falta de aptitud para lograr el fin deseado por el agente.

La inidoneidad de los actos se ha distinguido entre absoluta y relativa, dando varios autores su criterio sobre esta situación, sin embargo nos parece que el más acertado es el de Jiménez de Asúa, al referirse a la idoneidad tanto del medio como del objeto: "La absoluta tiene lugar cuando los medios adoptados o el objeto sobre el cual aquellos actuaban, hacen imposible, por ley natural, la realización del resultado propuesto, como en el caso de envenenamiento con sustancias inofensivas. La relativa se verifica cuando los medios o el objeto tenían en si mismos una idoneidad general para que el resultado se hubiese producido, pero no tenían, debido a las circunstancias particulares, la virtud suficiente en el caso concreto...En la hipótesis del sujeto pasivo inexistente la imposibilidad será absoluta cuando el sujeto no haya estado nunca en el lugar, y relativa cuando debiera verosímelmente estar allí. **43** Destacando que Carrara sobre esto último aludió: "La inexistencia del sujeto pasivo contra el cual se dirigía la acción puede , en los congruentes casos, equivaler a la inidoneidad". **44**

De lo anterior podemos decir que la existencia del delito imposible se puede dar cuando la imposibilidad recae, sobre la acción (medos empleados) o sobre el objeto, identificado éste último en ocasiones como el sujeto pasivo, tal y como lo hace Carrara, si atendemos al concepto que sobre el delito imposible da dicho autor, pues refiere, que es la tentativa iniciada con medios inidoneos en forma absoluta o cuando en el objeto falta la idoneidad para integrar la lesión jurídica. Debiendo hacer hincapié, que si bien es cierto en ocasiones el objeto material y el sujeto pasivo recaen en la misma persona, también lo es que no siempre resulta así; por ejemplo en el robo, el objeto resulta ser la cosa mueble ajena, mientras, que el sujeto pasivo del delito, resulta ser el propietario de dicha cosa, por ello dijimos que la percepción de Jiménez de Asúa es certera, pues dicho autor tiene a bien distinguir la inidoneidad absoluta y relativa del objeto y del sujeto pasivo. Por tanto concluimos que la imposibilidad puede darse en la **acción, objeto y sujeto pasivo**. No obstante nuestro criterio es tendiente a que el objeto y el sujeto pasivo aunque diferentes van íntimamente ligados, tan es así que si la imposibilidad recae sobre el objeto también recaerá sobre el sujeto pasivo o viceversa, pues uno no existe sin el otro.

Por tanto podemos concluir que el delito imposible es la tentativa incapaz de realizar el resultado (consumación del delito), en virtud de la inidoneidad de los medios empleados o por falta de idoneidad en el objeto y por ende en el sujeto pasivo o viceversa, contra los cuales se han dirigido los actos.

Ahora bien, por lo que hace a que si el delito imposible es o no punible; hay autores que son partidarios de la punibilidad del delito imposible, cuando la inidoneidad en cualquiera de sus casos sea relativa, no así cuando sea absoluta. La doctrina subjetiva como lo hemos dicho atiende a la voluntad criminal manifestada, para ésta, el que el delito sea imposible de realizar por cualquier causa de las que hemos expuesto, es intrascendente, pues la exteriorización de los actos sean idóneos o no, son suficientes para configurar dicha acción como tentativa, toda vez que ésta última se caracteriza por ser imperfecta en su aspecto objetivo (consumación), por lo exteriorizada la intención en actos se esta en presencia de un delito tentado, siendo por tanto procedente su punibilidad. En lo particular no comparto esta opinión, pues dicha teoría se ha olvidado de la existencia de la norma principal, reduciendo el concepto de la tentativa a la pura intención delictuosa; y como bien lo acierta la doctrina objetiva la intención delictuosa debe exteriorizarse en actos de ejecución del delito, referidos consecuentemente a la acción principal, lo cual supone la inexistencia de la tentativa, cuando el acto carezca de naturaleza ejecutiva, aunado a que si hay imposibilidad para cometer un delito ya sea por falta de idoneidad en el objeto, en los medios o en el sujeto, esa imposibilidad elimina que se pueda dar también la tentativa. Por lo tanto al no darse lesión o peligro alguno sobre el bien tutelado por la norma, los actos realizados carecen de ejecutividad, no habiendo un auténtico comienzo de ejecución de delito alguno, originando con ello su impunidad.

Robusteciendo lo anterior contamos con lo que Pavón Vasconcelos dice: "El delito imposible es inexecución cuando se le refiere al medio, o atipicidad cuando recae sobre la inexistencia total del objeto."**45**

Finalizamos este tema diciendo; que la legislación actual Mexicana no pune el delito imposible, ya que si bien es cierto, no lo contempla literalmente como tal, no menos cierto es que al establecer como tentativa punible la realización de los actos que deberían producir el resultado, a contrario sensu, la realización de los que no pueden producir el mismo carecen de pena alguna.

CITAS BIBLIOGRAFICAS CAPITULO TERCERO

- 1.- Código Penal para el Distrito Federal vigente. Editoria Sista.
- 2.- Mir Puig Santiago citado por López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 165.
- 3.- Jiménez de Asúa Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito. Pag 474.
- 4.- López Batancourt Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Pag 166.
- 5.- Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 468.
- 6.- Carranca Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parágrafos 489-490.
- 7.- Francesco Antolisei. La Acción y el Resultado en el Delito Traducción J.R. Pérez Hernández. Pag 134.
- 8.- Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger citados por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 25.
- 9.- Bettiol citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 25 y 26.
- 10.- Bettiol citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 25 y 26.
- 11.-Palacios J. Ramón. La Tentativa, el mínimo de ilicitud penal. Pag 29 y 32.
- 12.-Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Pag 29.
- 13.-Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Pag 121-122.
- 14.-Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo IV. Pag 409.
- 15.-Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Pag 9.
- 16.-Jiménez Asúa Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito. Pag 459.

- 17.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 470.
- 18.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 471.
- 19.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 471.
- 20.-Principios de Derecho Criminal. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz. Pag 488 y 489.
- 21.-Carranca Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parágrafos 358-360.
- 22.-Palacios J. Ramón citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 53.
- 23.-Carranca Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parágrafo 364.
- 24.-Belin citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 55.
- 25.-Jiménez Asúa Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito. Pag 513-514.
- 26.-Jiménez Huerta Mexicano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV. Pag 81.
- 27.-Código Penal para el Distrito Federal Vigente. Edit Sista.
- 28.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 472.
- 29.-Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo IV. Pag 422.
- 30.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 472.
- 31.-Max Ernesto Mayer citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 32.
- 32.-Guillermo Sauer citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 33.
- 33.-Bettioli citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 34
- 34.-Palacios J. Ramón citado por Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 37.

- 35.-Comentarios al Código Penal por Joaquín Francisco Pacheco. Pag 56.
- 36.-Código Penal para el Distrito Federal Vigente. Edit Sista.
- 37.-Jiménez Huerta Mexicano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV. Pag
- 38.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 151.
- 39.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 155.
- 40.-Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Pag 475.
- 41.-Código Penal para el Distrito Federal Vigente. Edit Sista.
- 42.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 159.
- 43.-Jiménez Asúa Luis. Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito. Pag 524.
- 44.-Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal. Parágrafo 363.
- 45.-Pavón Vasconcelos Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Pag 174.

CAPITULO CUARTO

LOS DELITOS GRAVES COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA Y SU PUNIBILIDAD

A) DELITOS CONTEMPLADOS COMO GRAVES POR LA LEY

Ningún autor ha tocado el tema de los delitos graves, es decir, porque la ley considera grave, la realización de ciertas conductas ilícitas, y no de otras, no existiendo concepto de delito grave, como tal; considerando, que se será aquel que la ley establezca así, pues ni la misma legislación penal actual, indica el porque cataloga a ciertos delitos como graves. A este respecto, el texto vigente del artículo 268 del Código de Procedimientos Penales en su párrafo quinto establece:

" Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años... El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos." **1**

Para calcular el medio aritmético, deberá atenderse a las circunstancias que puedan modificar la penalidad del delito de que se trate, es decir, aquellas calificativas o agravantes que la misma ley contempla y que también son merecedoras de sanción privativa de libertad.

El numeral citado, antes de la reforma que sufriera y que entrara en vigor el primero de octubre de 1999, enlistaba que delitos eran catalogados como graves y el porque de ello, así tenemos que establecía:

"Para todos los efectos legales, **por afectar de manera importante valores fundamentales** de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: Homicidio por culpa grave previsto en el artículo, párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139, párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores, previsto en el artículo 201; trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208; violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286, párrafo segundo y 287; homicidio, previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado, previsto en los artículos 367, en relación con el 370, párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX, y X y 381 bis; robo previsto en el artículo 371, párrafo último; extorsión, previsto en el artículo 390; y despojo, previsto en el artículo 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero Común y para toda la República en Materia del Fuero Federal..."²

En materia de tentativa de delito grave, siendo el tema que nos ocupa, también se dieron reformas, mientras el texto vigente del párrafo sexto del numeral en cita refiere:

" La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerara delito grave, si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años."³

El texto anterior establecía:

"La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave"⁴

Como se observa, se dieron varios cambios en materia de delitos graves, pues actualmente basta que el medio aritmético de un ilícito consumado rebase los 5 años de prisión, para ser considerado como delito grave por la ley, no importando ya, que afecte o no, valores fundamentales para la sociedad, como era su finalidad anteriormente.

Si bien es cierto, la mayoría de los delitos consumados que antes eran considerados como graves, siguen siéndolo, atendiendo a la punibilidad establecida para éstos, no menos cierto es, que hay delitos que salieron del

catálogo de graves, como son, por citar algunos: la evasión de presos previsto en el artículo 150, párrafo primero, el robo calificado, cuando el delito básico se encuentra sancionado en el párrafo segundo del artículo 370, etcétera. Otros tantos después de la reforma tuvieron cabida en esta materia, como son: el robo simple cuando sea sancionado en el párrafo tercero del artículo 370; el desmantelamiento de autos y relacionados previsto en el artículo 377; el abuso de confianza previsto en el artículo 382, párrafo tercero; fraude previsto en el artículo 386 y sancionado en la fracción III; etcétera. Otros incluso fueron derogados como son el terrorismo y el sabotaje. **(todos los numerales citados del Código Penal para el Distrito Federal)**.

En el caso de la tentativa de delito grave, fue aún más extrema la reforma que sufrió; mientras antes sólo bastaba que el delito consumado fuese considerado como grave por la ley, para también la tentativa de éste ser catalogada como tal, ahora debemos, primero, estar a las dos terceras partes de la pena de prisión que debiera imponerse de haberse consumado el delito de que se trate, y de ésta, sacar el medio aritmético; si excediere de 5 años será considerada la tentativa de ese delito como grave, o no en el caso contrario.

En este sentido tenemos, que al igual que en los consumados, salieron del catálogo de delitos graves varios ilícitos como son: la evasión de presos, previsto en el artículo 150 párrafo segundo y 152,; extorsión. previsto en el artículo 390, etcétera; pero entraron otros que no eran contemplados como tales antes de la reforma, como son: el fraude sancionado en la fracción tercera del artículo 386; operaciones con recursos de procedencia ilícita previsto en el artículo 400 bis, entre otros. **(todos los numerales citados del Código Penal para el Distrito Federal)**

De todo lo anterior se concluye; la gravedad de un delito sea consumado o tentado, de acuerdo a nuestras leyes penales vigentes, atiende, al margen de punibilidad, es decir, al mínimo y máximo de pena establecida para cada delito, pues mientras más altos éstos sean, dará pie a que su medio aritmético exceda de los 5 años. Por lo que esto, aunado a que deben de considerarse ya sea las agravantes, calificativas o atenuantes, de un delito básico, para establecer su gravedad, queda muy amplio el campo para considerar a un delito como grave.

B) EL BIEN JURÍDICO TUTELADO POR LA LEY, SU LESION (DELITO CONSUMADO) Y SU PUESTA EN PELIGRO (TENTATIVA).

Como se dijo, el *ius Puniendi* o derecho a castigar, ha sido otorgado al Estado por la necesidad racional de que exista alguien que se encargue de regular las relaciones sociales de una comunidad, se preocupe por que en ella impere cierta armonía, necesaria para la convivencia humana; por ello debe regular las actividades o inactividades de los sujetos pertenecientes a una sociedad, castigando aquellas que sean contrarias a mantener dicha convivencia; derecho que para ejercerlo el Estado debe atender a varias limitantes, entre ellas, el del bien jurídico.

Bien jurídico, es el concreto interés individual o colectivo, de orden social, protegido en el tipo legal .5

El bien jurídico de acuerdo al Diccionario Jurídico Mexicano es: Objeto de protección de las normas penales. **6**

Eduardo Zaffaroni, al respecto dice: Bien jurídico penalmente tutelado, es la relación de disponibilidad de un apersona sobre un objeto protegida por el Estado, que revela su interés mediante normas que prohíben determinadas conductas, que las afectan, las que se expresan con la tipificación de esas conductas. **7**

Cabe observar, que utilizar la palabra objeto para dar un concepto de bien jurídico, puede ser peligroso, pudiendo confundirse con el objeto material del delito, lo que resulta ser muy diferente aunque relacionado; pues mientras el segundo es aquel sobre el cual recae directamente la conducta delictiva del agente, el primero de acuerdo a nuestra concepción, es aquello que tiene tutela por la norma penal, atendiendo previamente al interés social, pues ésta no tutela dinero o cuerpos, sino custodia el patrimonio o la vida.

Cuando se habla de que el bien jurídico tiene la función de limitar previamente el *ius puniendi* estatal, se refiere a que pretende limitar el uso de la pena. **8**

Lo es, porque limita al legislador, como al Juzgador, en la imposición de la sanción penal; limita al legislador para que no sancione comportamientos que no sean lesivos de bienes jurídicos o los pongan en peligro; por tanto cada tipo legal requiere la afectación de un bien jurídico, porque en nuestra legislación son inconstitucionales las leyes que tipifican conductas, que no afectan bienes jurídicos o los ponen en peligro; luego entonces el bien jurídico desempeña una función garantizadora y limitadora de la tarea del legislador penal; al Juzgador por su parte, lo limita en cuanto a que de no probar que un comportamiento ha lesionado o puesto en peligro un bien jurídico, no puede imponer sanción alguna.

En esta tesitura, es claro que precediendo la norma jurídico penal, existe siempre, una cierta valoración cultural de la sociedad en relación con los bienes como acertadamente, lo observó en su oportunidad Max Meyer; significando con esto, que es el interés social, el que origina un cierto bien valorado culturalmente en función de los fines de convivencia, resulta ser jurídicamente protegido al superar, el proceso legislativo, que determina el nacimiento de la ley, y origina, que el mismo queda jurídicamente tutelado, dando respuesta social a la situación de conflicto que ese comportamiento genera, para la sociedad civil y que es precisamente lo que impele a los miembros de la comunidad social a valorarla culturalmente.

La teoría *ius naturalista*, por su parte, establece que el bien jurídico se encuentra implícito dentro del derecho natural, pues deriva de la voluntad emanada de Dios o de la racionalidad humana. Si tomamos esta acepción, debemos decir que todo aquello que es justo, debe ser merecedor de tutela penal, luego entonces la labor del legislador a la cual nos hemos venido referido, no tendría razón de ser. Aunque por otro lado, debe aceptarse del derecho natural, que hay bienes que por su sola consistencia deben ser tutelados sin mayor preámbulo, como a continuación precisaremos.

Ahora bien, los bienes que existen en la realidad representan un cierto interés para las personas, que los utilizan o los tienen en su poder, de ahí el nombre de bienes. A partir de esto, es el interés social el que genera la ley penal, creando la tutela jurídica correspondiente.

Cuando un bien se eleva a la categoría de bien jurídico se considera que tiene un valor respetable que hay que proteger y, por lo tanto, necesita de protección jurídica penal. 9

El concepto de bien jurídico fue utilizado por Ihering, tratando de diferenciarlo de derecho subjetivo en cuya concepción individualista no cabía la nueva idea del derecho penal, como protector de la sociedad y no sólo del individuo.

Para ser bien jurídico será preciso que los intereses que lo encarnen tengan la común valoración positiva y esencia, es decir, que sean intereses generalmente apreciados por la mayoría de la población que siente la necesidad de que se les proteja; de lo contrario no será propiamente bien jurídico. De tal manera que si la ley tutela valores o intereses no sentidos por la mayoría de los ciudadanos y que sólo afectan aun grupo, entonces esa ley no será derecho, pues la misma potestad punitiva dice que no esta al servicio de la comunidad, sino del grupo que la domina.

En este sentido, el derecho penal no puede pretender orientar o marcar todos los valores ético- sociales, sino sólo los necesarios para la convivencia, pues cuando va más allá de éstos, para regular las conductas que los lesionan o los ponen en peligro, cae irremediamente en la arbitrariedad y su intervención se vuelve antidemocrática. La norma penal prohíbe conductas que lesionan o ponen en peligro determinados intereses a los que se denomina bienes jurídicos y cada precepto penal protege uno o varios bienes jurídicos.

La doctrina penal ha señalado que se justifica la necesidad de proteger el bien jurídico cuando se dan estas tres características:

- 1.- cuando existe una clara necesidad social de que sea protegido;
- 2.- cuando con cierta frecuencia se ponga en peligro o se lesiona; y
- 3.- cuando su lesión produzca sentimientos reales de amenaza.**10**

La tutela y protección de los bienes jurídicos no es absoluta, es decir cuando el bien jurídico es defendido penalmente significa que está siendo protegido sólo frente a ciertas formas de agresión, aquellas consideradas como socialmente intolerables.**11**

Lo decisivo para considerar si un bien requiere de protección jurídico penal, es en si mismo, el propio valor del bien jurídico per se. Existen bienes en toda sociedad cuyo valor es tal, que el más leve ataque dirigido contra ellos puede llegar a ser considerado como delictivo: tal es el caso de los delitos contra la vida.**12**

Es sabido que la vida y la libertad son derechos natos que todo individuo tiene, por consiguiente, éstos son dos bienes primordiales o fundamentales que la norma penal debe tutelar, y la mínima afectación a ellos, debe de castigarse severamente.

Nuestro Código Penal en su libro segundo, clasifica en sus diversos capítulos los delitos, atendiendo a los bienes jurídicos que tutela, así tenemos: delitos que atentan contra la vida y la integridad corporal; delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual; de privación ilegal de la libertad y otras garantías; delitos patrimoniales; delitos contra la dignidad de las personas; delitos contra la administración de justicia; delitos ambientales; delitos contra la paz y seguridad de las personas; etcétera.

Como podemos observar tanto la vida como la libertad, son bienes que se encuentran tutelados por la legislación penal, siendo esto lógico, ya que como dijimos son dos derechos eminentemente fundamentales, situación que no esta en discusión. Los demás bienes jurídicos que también son material de tutela penal, entre si, tienen una graduación, es decir, la afectación de uno de ellos será más grave o tendrá mayor repercusión ante la sociedad, que la de otro; lo afirmamos porque el mismo Código Penal así lo ha establecido; claro ejemplo es el contenido de su artículo 15 fracción V como una causa de exclusión del delito " Se abre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado...13.

El legislador puede jerarquizar los bienes jurídicos, determinando cuales tienen más valor sobre otros y, en consecuencia, cuales prevalecen en caso de confrontación.14

No podemos decir que dicha jerarquización atienda a la punibilidad establecida para cada delito, según el bien jurídico que protegen, dado que en nuestra legislación sobre esta situación hay en algunos casos cierta desproporción; como claro ejemplo tenemos la establecida para el delito de lesiones en cuyo caso se pone en peligro la vida, y cuyo bien jurídico es la integridad física de las personas, que comparado con el robo simple sancionado en el párrafo tercero del artículo 370, siendo el bien jurídico en este caso el patrimonio; es el segundo ilícito el que prevé una mayor punibilidad, cuando atendiendo al bien que tutela cada uno, debería ser el primero el que la tuviese. Tampoco podemos decir que la jerarquización atiende a la gravedad de los ilícitos, pues dicha gravedad como ya lo hemos dicho también se encuentra supeditada a la punibilidad que cada delito tiene.

En este orden de ideas, podemos afirmar que existe una jerarquización de bienes jurídicos, lo que resulta por demás acertado, no obstante nuestro código no es muy proporcional en este sentido, por lo que de acuerdo al objetivo y justificación del presente trabajo a continuación enlistamos los bienes jurídicos que consideramos de mayor jerarquía, dada la repercusión que su lesión o puesta en peligro representa para la sociedad, sin que esto demerite la importancia que tiene cada uno de los bienes jurídicos que tutela la legislación penal mexicana.

1) LA VIDA; es el bien jurídico de mayor importancia, pues de este dependen o se derivan los bienes jurídicos restantes, sin ella no existe derecho alguno, por tanto se puede decir que es el bien supremo.

2) LA LIBERTAD FÍSICA; por lo que a este respecta, su importancia se denota a simple vista dada la minuciosa regulación que sobre el hay, pues si una autoridad debe de reunir estrictamente una serie de requisitos para poder cuartarla; la afectación de éste, por un individuo cualquiera, es merecedora de una sanción severa.

3) LA LIBERTAD PSICOSEXUAL; las relaciones sexuales de una persona, son una cuestión muy íntima de la misma, por ello, sólo ésta tiene el derecho de elegir con quien debe sostenerlas, por lo que imponerlas, es decir, tenerlas sin el consentimiento de la persona, causa un daño de gran magnitud psicológico, por lo que la afectación de éste bien, sea en cualquier forma, debe sancionarse con rigidez.

4) LA INTEGRIDAD FÍSICA; al igual que la vida, la integridad física, es un soporte biológico del individuo, por lo que su lesión atenta contra la existencia biológica del mismo.

LA LESION Y LA PUESTA EN PELIGRO DEL BIEN JURÍDICAMENTE TUTELADO

La lesión y la puesta en peligro del bien jurídico tutelado por la norma penal, atienden al grado de ejecución de un ilícito, es decir, a la consumación o a la tentativa de un delito.

Cuando una conducta delictiva se consuma, por ende, se ha lesionado el bien jurídico que el delito en cuestión tutela, esto es, le ha causado un daño efectivo y directo. Mientras que cuando la realización de los actos se ve incumplida o frustrada, sólo se pone en peligro dicho bien, es decir, sólo se da una probabilidad de daño, una probabilidad de lesión, sin que en el mundo exterior se produzca cambio alguno, en virtud a la ausencia de daño.

RATIGLIA decía: " la distinción entre delitos de lesión y delitos de amenaza teóricamente se presenta bastante fácil: en unos el bien es efectivamente violado, en otros la violación es sólo potencial, posible probable" **15**

Por tanto la distinción entre delitos de lesión y delitos de peligro, se basa en la referencia al bien jurídico, lo que es muy lógico; aunque hay autores que se oponen a esto, refiriendo que dicha distinción debe obedecer a la conexión de la lesión o el peligro con el objeto material del delito, es decir según su intensidad del ataque al objeto de la acción se deben distinguir los delitos de lesión y de peligro; lo que no es muy acertado, pues el derecho penal tutela bienes (entendiendo éstos como valores, derechos, intereses), más no objetos materiales, lo que si podemos decir es que tanto el objeto material y el bien jurídico se encuentran íntimamente ligados, por lo que en tanto éste último salga lesionado, lo saldrá también el objeto materia, lo mismo pasa con la puesta en peligro.

C) LA INAPLICABILIDAD ACTUAL DE LA PUNIBILIDAD ESTABLECIDA EN EL PARRAFO TERCERO DEL ARTICULO 63 DEL CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL PARA LA IMPOSICIÓN DE PENAS A DELITOS GRAVES EN GENERAL COMETIDOS EN GRADO DE TENTATIVA.

El 13 de Mayo de 1996 mediante la publicación en el Diario Oficial de la Federación le fue adicionado al artículo 63 un tercer párrafo, el cual a la letra dice:

" En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado." 16

Esta adición tuvo momento cuando el artículo 268 en su párrafo quinto enlistaba por afectar valores fundamentales, cada uno de los delitos que deberían considerarse como graves y en su párrafo sexto consideraba la tentativa de estos de igual forma grave, lo que a la fecha no se encuentra vigente, pues dada la reforma que tuvo dicho numeral y párrafos, misma que entró en vigor el primero de octubre del 1999; para considerar un delito como grave, su medio aritmético debe exceder de 5 años, lo que implica que dicha gravedad esta supeditada a la punibilidad establecida para cada delito, pues como ya se dijo el medio aritmético de un delito se obtiene sumando el mínimo y máximo de pena establecido para éste y dividiéndolo entre dos, lo que hace más abierto este catálogo; tratándose de tentativa grave se tomara en cuenta las dos terceras partes del mínimo y máximo establecido.

Es en base a esta reforma que afirmamos que el contenido del párrafo tercero del artículo 63 resulta inaplicable en la actualidad, exponiendo los diferentes motivos de nuestra afirmación.

Es cierto que si atendemos al ámbito de validez de la norma, sea espacial, temporal, material o personal; entendiéndose la primera como el espacio en que un precepto es aplicable, es decir el territorio donde tiene validez; el segundo como el lapso de tiempo durante el cual conserva su vigencia; el tercero por la

materia que regula; y el último por los sujetos a quienes obliga; dicho numeral y párrafo son completamente aplicables, pues resulta que en todos sus ámbitos es válido. Sin embargo "siendo la ley el producto de un conjunto de factores de diversa índole y naturaleza, cuya pretensión es regir situaciones futuras, es lógico que surja en un momento dado la necesidad de su reforma o de su total sustitución, al variar aquellos factores que le dieron vida." **17**

El legislador debe de cuidar al momento de hacer algún tipo de reforma, adición, etc, a las normas, que aquellas otras que se encuentren íntimamente ligadas con dicho cambio, sean transformadas, para así seguir cumpliendo adecuadamente con la función para la cual fueron creadas.

Es por ello que planteamos una reforma al artículo 63 en su párrafo tercero, por resultar inaplicable tal y como esta, dados los cambio que se han dado en materia de delitos graves.

Primero porque si atendemos a que anteriormente aquellos delitos que eran considerados GRAVES se debía a que afectaban de manera importante valores fundamentales, actualmente ya no es así, pues esta gravedad como anteriormente aludimos esta supeditada al margen de punibilidad establecida para cada delito, pues depende de éste que su medio aritmético exceda o no de los 5 años. Resultando ahora que un delito que afecta el patrimonio, donde no hay ningún tipo de violencia. como lo es el FRAUDE, por citar un ejemplo, resulte ser actualmente, debido a su monto, un delito grave, sea consumado o cometido en grado de tentativa, lo que resulta irrisorio pues es claro que este tipo de delitos no afectan un bien jurídico fundamental, tan es así que la misma ley acepta la figura del perdón en este tipo de ilícitos, en virtud de que su persecución es por querrela, lo que también resulta incongruente si se trata de un delito considerado grave.

Siguiendo este mismo orden de ideas, también tenemos que hay delitos cuya tentativa ya no es considerada grave cuando, anteriormente si lo era, debido de igual manera a la punibilidad establecida para ellos, como lo es, por citar alguno la TENTATIVA DE EXTORSION.

Por lo tanto, si actualmente la gravedad de los delitos no atiende a la afectación importante de valores fundamentales, no es aplicable, seguir generalizando en el artículo 63 párrafo tercero, e imponer como sanción mínima de un delito tentado, la establecida para el delito consumado, pues la intención del legislador al adicionar este párrafo en su momento, se debió precisamente a la afectación de bienes primordiales, que en ese momento, los delitos graves que así

eran considerados tutelaban. No debiendo olvidarse también que en los delitos en grado de tentativa, sólo se da una puesta en peligro del bien jurídico tutelado y no una lesión. Por lo que pretender castigarlos de manera similar, en su mínimo de pena, no siendo delitos que afecten valores fundamentales me parece una exalimitación del derecho a castigar que tiene el Estado.

En un segundo plano para fundar nuestra propuesta de reformar el párrafo tercero del artículo 63 debido a su inaplicabilidad tenemos: Que la gravedad de la sanción siempre debe de resultar proporcionada a la del hecho cometido, es decir la pena no debe sobrepasar a la culpabilidad. De esta forma se asegura la necesaria proporcionalidad entre delito y pena.

La proporcionalidad se establece con base en la importancia social del hecho, de acuerdo con la nocividad del mismo...Un Estado de derecho debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos producidos, y esto se determina de acuerdo con la nocividad social del ataque al Bien Jurídico. **18**

En el caso de las tentativas, siendo lo que nos ocupa, también debe de tomarse en cuenta para la imposición de la pena el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito, de acuerdo al artículo 12 del Código Penal, pues no es lo mismo sancionar un principio de ejecución que sancionar actos que agotaron el proceso para llegar a la consumación; además que de esto también depende el mayor o menor peligro que corrió el bien jurídico.

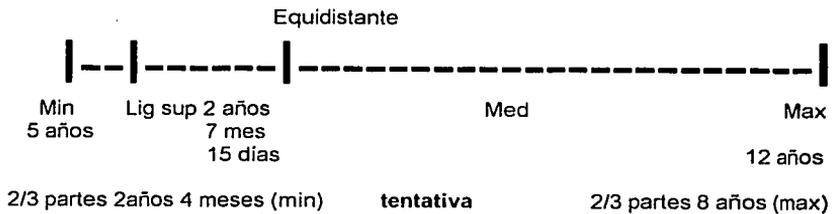
Por consiguiente, cuando sancionamos un delito cometido en grado de tentativa, que no afecta de manera importante valores o bienes fundamentales aun y cuando dicho ilícito sea considerado grave por la ley, como sucede actualmente dada la reforma que sobre éstos se dio, imponiendo como pena mínima la establecida para el delito consumado, se esta vulnerando tanto el principio de proporcionalidad, como el grado de ejecución del delito, toda vez que si el Juzgador considera, previendo lo que establece el artículo 52 del Código Penal, que el agente actuó con una culpabilidad mínima, dado también a que la ejecución de los actos fue incompleta, la pena a imponer debiera ser las dos terceras de la establecida para el delito consumado, sin embargo la pena que se impone aplicando el contenido del párrafo tercero del artículo 63 es la establecida como mínimo para el delito consumado, penando un delito tentado como si se hubiese consumado, aun y cuando como ya lo dijimos su afectación no sea considerada fundamental debido al bien jurídico que tutela dicho delito, por lo que en estos casos la pena impuesta resulta ser mayor al daño social producido y a los actos

ejecutados, lo que en un Estado de derecho como en el que vivimos no debe suceder.

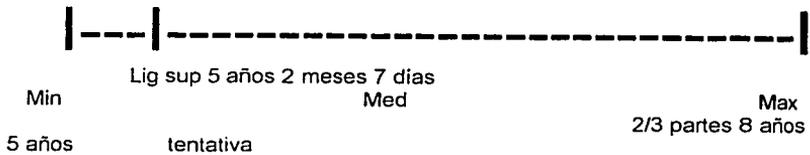
EJEMPLO 1

Fraude contemplado en el artículo 386 fracción III del Código Penal vigente por el Distrito Federal

Imponer un grado de culpabilidad ligeramente superior al mínimo, sin llegar a la equidistante más próximo a la primera.



EJEMPLO 2



En el primer ejemplo vemos como la sanción a aplicar debería ser 2 años 7 meses 15 días, no obstante se aplican los 5 años, toda vez que es éste el mínimo establecido para el delito consumado, no importando que el delito de fraude no afecte un bien jurídico fundamental.

Con el ejemplo dos, establecemos la diferencia de criterios que existe en los juzgadores para imponer las penas de estos delitos. Hay quienes aplicando la regla que no debe imponerse la pena mínima establecida para el delito consumado, toman como margen de punibilidad, el mínimo del delito consumado y las dos terceras partes del máximo de éste. Lo que resulta una verdadera extralimitación del derecho a castigar.

Siguiendo nuestra motivación de reforma, exponemos:

Como anteriormente aludimos, el que un delito que se comete en grado de tentativa sea castigado como si se hubiese consumado, cuando no afecta de manera importante un bien jurídico fundamental, vulnera principios rectores para la imposición de penas; no haciéndolo cuando el bien puesto en peligro si es fundamental.

En el presente trabajo se ha hecho una distinción de que bienes jurídicos, deben ser considerados como fundamentales; no basándonos en que la ley considere graves a los delitos que los tutelan, o la punibilidad establecida para ellos, porque como hemos dicho en nuestro código hay una desproporción por lo que a esto se refiere, simplemente exponemos el porque los consideramos así. Siendo estos bienes: LA VIDA, LA INTEGRIDAD FÍSICA, LA LIBERTAD FÍSICA Y LA LIBERTAD PSICOSEXUAL. Si en que esto signifique que los demás bienes que tutela la norma penal no sean importantes.

Haciendo patente que dentro del bien jurídico "integridad física" incluimos aquellos delitos en los cuales sea utilizada la violencia física como medio comisivo del mismo, pero en estos casos dicha violencia debe ser tal, que efectivamente la víctima sufra una alteración a su salud, toda vez que si bien es cierto el bien jurídico, no es la integridad física, sea cual fuere el ilícito, no menos cierto es, que al hacer uso de tal violencia, se está causando una alteración a la salud, lo que en

ningún tipo de delito se puede permitir, máxime que aun cuando se trata de delitos cometidos en grado de tentativa, dicha agravante como lo es la violencia física si se actualiza, es decir, si se realiza, lo que no se llega a consumir es el delito básico, no obstante, no podemos decir que el delito es tentado y la agravante consumada, por lo tanto, lo accesorio que en este caso es la violencia, corre la misma suerte de lo principal, que lo es el delito, dándose así verbigracia, el delito de TENTATIVA DE ROBO AGRAVADO, aunque efectivamente se haya ejercido la violencia física.

Sólo tratándose de estos bienes jurídicos debe ser aplicable el contenido del párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, sin que esto signifique una extralimitación del ius puniendi, pues su afectación, aunque sólo sea de peligro debe de ser castigada severamente, toda vez que cuando la lesión de éstos se culmina, es imposible su reposición, y cualquier tipo de reparación que contemple la norma, es poca para el daño ocasionado; es en esta tesitura que el sólo riesgo que éstos puedan correr derivado de la conducta realizada por un sujeto, aunque no produzca un daño efectivo (habiendo excepciones), si produce una afectación importante, siendo precisamente el riesgo corrido, a diferencia de otros bienes jurídicos que la reparación resarce; por así decirlo, el daño ocasionado, por lo que cuando sólo se trata de riesgo, en estos casos, la afectación se puede considerar de menor trascendencia.

En relación a la dañocidad producida, también debemos decir, que en ciertos casos y aún cuando el delito queda en grado de tentativa, si se produce un daño real y efectivo, debido a que en su trayectoria se absorbió otro delito que si produjo un cambio en el mundo fáctico, como sucede en la tentativa de homicidio, que absorbe a las lesiones, cuando, la resolución del individuo fue atentar contra la vida y no solo transgredir la integridad corporal; o la tentativa de violación, que absorbe al abuso sexual, cuando la intención es realizar la cópula y no sólo tocamientos. En estos casos tales ilícitos constituyeron un medio adecuado para la consumación del delito principal, quedando éste último en grado de tentativa, quedando los primeros impunes de alguna manera con referencia al delito perseguido, implicando el desvalor de los mismos, dado que mediante ellos se llegó al delito más grave. Razón por la cual consideramos también, que en este tipo de bienes, si es adecuada la aplicación de la regla establecida en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

No debiendo olvidar que el Estado, dentro de su función punitiva, en la aplicación de la pena en contra del responsable y su ejecución, también debe entenderse de la satisfacción del interés de la víctima, por la lesión causada a sus bienes jurídicos protegidos, ámbito este en donde se debe cuidar la proporcionalidad entre la afectación causada por el delito y la afectación al sentenciado con la imposición de la pena, en términos de la prevención general y especial. De aquí la importancia de que el Estado tenga en cuenta el contenido

mismo de la pena, además de su sentido estrictamente punitivo de carácter retributivo, también su sentido reparatorio, como parte del interés del propio Estado, para la satisfacción al interés de la víctima, como una parte fundamental de la misma potestad punitiva del Estado.

D) JURISPRUDENCIA EXISTENTE

Como sabemos la Jurisprudencia es una fuente formal del derecho, la cual es obligatoria dado su proceso de formación, por lo tanto el Juzgador al momento de dictar sus resoluciones debe de tomarla en cuenta como fundamento para la mismas.

A continuación citamos algunas de ellas que sirven de apoyo a nuestro estudio:

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 77, Mayo de 1994

Tesis: VI.2o. J/275

Página: 74

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

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo en revisión 323/91. Pedro Tlalmis Robles. 13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 495/92. Pascual Diego Ascensión. 20 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

Amparo directo 574/92. José Zacarias Quiroz. 19 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 29/93. José Alberto García Mora. 12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.

Amparo directo 333/93. Eduardo Tela Pérez. 20 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Novena Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Mayo de 1999

Tesis: I.3o.P.41 P

Página: 1003

DELITO GRAVE EN GRADO DE TENTATIVA. PENAS APLICABLES. Para la imposición de la pena, en tratándose de delitos graves, así considerados por la legislación penal aplicable, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero deben acreditarse los elementos del tipo penal como consumado y después, imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas, según el grado de ejecución que se hubiese llegado a consumir en la comisión del delito, atendiendo en el caso además, al grado de culpabilidad que se haya considerado al acusado; pero si la pena a imponer resulta ser inferior a la mínima señalada para el ilícito de que se trate, necesariamente debe aplicarse la regla a que se refiere el artículo 63, párrafo tercero del Código Penal del Distrito Federal, es decir, imponer exactamente la pena mínima señalada, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 2059/98. Guadalupe Cabrera Castellanos. 15 de febrero de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: José Antonio Acevedo Castro.

Amparo directo 2559/98. Alfonso Miranda Vilchis o Alfonso Romero Miranda. 15 de marzo de 1999. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretaria: María del Carmen Clavellina Rodríguez.

Véase: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo VIII, septiembre de 1998, página 1208, tesis I.3o.P.36 P, de rubro: "ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL, PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE."

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 62, Febrero de 1993

Tesis: I.2o.P. J/47

Página: 19

TENTATIVA, PUNIBILIDAD APLICABLE EN LOS CASOS DE, DESPUES DE LA REFORMA DEL ARTICULO 51 DEL CODIGO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL. A partir del decreto de reformas al Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, publicado en el Diario Oficial de la Federación el catorce de enero de mil novecientos ochenta y seis, que entró en vigor a los treinta días de su publicación, se adicionó un segundo párrafo al artículo 51 de dicho cuerpo de leyes, que dice: En los casos de los artículos 60, fracción VI, 61, 63, 64, 64 bis y 65 y en cualesquiera otros en que este Código disponga penas en proporción a las previstas para el delito intencional consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél. Cuando se trate de prisión, la pena mínima nunca será menor de tres días. De manera que, relacionado el contenido del párrafo transcrito, con lo dispuesto por el artículo 63 del ordenamiento en consulta, que contempla que a los responsables de tentativas punibles se les aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario, se interpreta que actualmente el mínimo de la pena aplicable para los casos de tentativa, se obtiene de calcular las dos terceras partes del mínimo que corresponda al delito consumado, por lo que ya no debe considerarse como tal el término de tres días, que resultaba de la aplicación del artículo 25 del citado código, antes de la aludida reforma. En otras palabras, en la actualidad, los márgenes de punibilidad para los delitos cometidos en grado de tentativa punible, se obtiene de disminuir, en una

tercera parte, tanto el máximo como el mínimo de la pena señalada al ilícito consumado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 254/86. Francisco Soto de la Rosa. 29 de agosto de 1986. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: Juan Wilfrido Gutiérrez Cruz.

Amparo directo 842/90. José Rivera Sánchez. 15 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: J. Jesús Duarte Cano. Secretario: A. Enrique Escobar Angeles.

Amparo directo 1108/90. Roberto Rivera Cisneros. 29 de octubre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 1365/92. Florentino Honorato Muciño Gutiérrez. 28 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Juvenal Hernández Rivera.

Amparo directo 835/92. Luis Alberto Sánchez Chávez. 29 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretaria: María del Pilar Vargas Codina.

NOTA: La presente tesis no fue reiterada como vigente, según los acuerdos a que llegó la Comisión Coordinadora encargada de los trabajos para la publicación del Apéndice al Semanario Judicial de la Federación, 1917-1995.

Novena Epoca

Instancia: TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: XI, Marzo de 2000

Tesis: VI.P.42 P

Página: 1035

TENTATIVA. NO SE CONFIGURA SI LOS ACTOS EJECUTADOS SON DE RESULTADO IMPOSIBLE (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE PUEBLA). Del análisis del artículo 20 del Código de Defensa Social para el Estado de Puebla, se advierte que la tentativa se integra con tres elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer el delito; el objetivo relativo a la realización de los hechos encaminados directa e inmediatamente a su ejecución; y el resultado no realizado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo. Luego, si los activos ejecutan medios eficaces y aparentemente idóneos encaminados a la producción de un delito determinado, pero su ejecución es imposible, porque el bien jurídicamente

tutelado por la norma, ya sea por su naturaleza u otros factores, se encuentra fuera de peligro, al ser materialmente irrealizable su consumación, esos actos no pueden ser punibles, ya que la antijuridicidad de la tentativa radica precisamente en el peligro al cual se coloca el bien jurídico, como consecuencia del acto agresivo tendiente a su lesión.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 128/99. 22 de octubre de 1999. Mayoría de votos. Disidente: Diógenes Cruz Figueroa. Ponente: Carlos Loranca Muñoz. Secretaria: Hilda Tame Flores.

Octava Epoca

Instancia: **PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.**

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: X, Octubre de 1992

Página: 463

TENTATIVA. CALIFICATIVAS. TAMBIEN SE ACTUALIZAN CUANDO EL DELITO SE COMETE EN GRADO DE. Como la tentativa no es una entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito, inacabado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, las circunstancias atenuantes o agravantes del mismo se actualizan también cuando éste se comete sólo de manera tentada; tanto porque dichas modificativas le imprimen un carácter de menor o mayor gravedad a la conducta ilícita que se pretendió consumir, lo que repercute en la sanción reduciéndola o aumentándola, como porque constituyen un elemento para determinar la temibilidad del agente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 167/91. Miguel Angel Sandoval Gómez y Javier Alvarez Carrillo. 20 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Octava Epoca

Instancia: **CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.**

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Noviembre de 1993

TENTATIVA DE HOMICIDIO. PARA SU CONFIGURACION ES PRIMORDIAL DEMOSTRAR EL ANIMUS NECANDI DEL SUJETO ACTIVO. Para distinguir en un evento si se está en presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones, hay que atender especialmente al elemento subjetivo del tipo, es decir, a la intención o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 94/93. Martín Eloy Márquez Ruiz. 10 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Manuel Patiño Vallejo. Secretario: Pedro Olea Elizalde.

Véanse:

Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Volúmenes 151-156, Segunda Parte, página 101.

Sexta Epoca, Volumen XXXIII, Segunda Parte, página 102

Quinta Epoca, Tomo L, página 566.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 349

Página: 193

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

Sexta Epoca:

Amparo directo 875/51. Téllez Chávez Manuel. 19 de julio de 1955. Cinco votos.

Amparo directo 5158/57. Enrique Marín Barrera. 10 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 1094/57. Ramón Núñez de Luna. 27 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 2633/60. Baltazar Castañeda Alba. 24 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 3541/61. Ramón Navarro Gaeta. 4 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Novena Epoca

Instancia: **SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.**

Fuente: **Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta**

Tomo: **III, Abril de 1996**

Tesis: **II.2o.P.A.27 P**

Página: **499**

VIOLACION. TENTATIVA DE, INEXISTENTE. Si la violación dejó de producirse no por causas ajenas a la voluntad del agente, sino por propio y espontáneo desistimiento, de conformidad con el artículo 10 del Código Penal para el Estado de México que establece que si la ejecución del delito queda interrumpida por desistimiento propio y espontáneo del inculpado, sólo se castigará a éste con la pena señalada a los actos ejecutados que constituyan por sí mismos delitos, se desprende que la tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y si aparece demostrado que los actos ejecutados por éste no dieron origen a la consumación total del aludido ilícito por causas meramente voluntarias del sujeto activo su conducta no puede ser sancionada por aquél sino por los actos ejecutados que trajeron consigo la perpetración del otro ilícito.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIAS PENAL Y ADMINISTRATIVA DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Amparo directo 587/95. Rogelio Ricardo Murillo Mendoza. 11 de octubre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: José Angel Mandujano Gordillo. Secretaria: Angélica Marina Díaz Pérez.

Novena Epoca

Instancia: CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IV, Noviembre de 1996

Tesis: I.4o.P.5 P

Página: 462

LIBERTAD CAUCIONAL, EN DELITOS GRAVES EN GRADO DE TENTATIVA CON ANTERIORIDAD A LA REFORMA DEL ARTICULO 268 DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL, EN VIGOR EL 14 DE MAYO DE 1996. PROCEDENCIA DE LA. Antes de la reforma al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el trece de mayo de mil novecientos noventa y seis, en vigor al día siguiente de su publicación, únicamente se consideraban graves los delitos consumados que al respecto señala dicho precepto; es decir, el propio numeral no contemplaba como grave la tentativa de esos delitos, por consiguiente, era procedente el beneficio de la libertad caucional, establecida en la fracción I del artículo 20 constitucional; y si la resolución recurrida en la cual se negó dicha libertad provisional se dictó antes de que entrara en vigor la aludida reforma, es incuestionable que la negativa decretada al respecto, resulta violatoria de la garantía individual de legalidad, prevista en el párrafo segundo del artículo 14 de la Constitución Federal.

CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 664/96. Juez Cuadragésimo Segundo Penal del Distrito Federal. 17 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: María Eugenia Estela Martínez Cardiel. Secretaria: Beatriz Alejandrina Tobon Castillo.

Nota: Este criterio contendió en la contradicción de tesis 80/96 que conoció la Primera Sala, la cual fue declarada sin materia por resolución de fecha 22 de octubre de 1997, en virtud de la reforma al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 13 de mayo de 1996.

Novena Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: VI, Agosto de 1997

ROBO CALIFICADO EN GRADO DE TENTATIVA, COMETIDO CON VIOLENCIA FÍSICA Y MORAL. PENAS APLICABLES. Cuando el delito de robo en grado de tentativa imputado al acusado se comete con las calificativas de violencia física y moral, respecto de éstas no es aplicable, al imponer las penas correspondientes, lo dispuesto en el artículo 63, párrafo primero, en relación con el 372, ambos del Código Penal para el Distrito Federal, sino únicamente lo establecido en este último numeral, en concordancia con el grado de culpabilidad que se le estimó, ya que si bien es cierto que el robo no llegó a perpetrarse y sólo se cometió en grado de tentativa, las calificativas sí se consumaron, toda vez que se violentó física y moralmente al ofendido al tratar de desapoderarlo de sus pertenencias.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 711/96. Jesús Iván Flores Antonio. 14 de junio de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Amparo directo 1267/96. José Luis Arauz Díaz. 31 de octubre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Óscar Martínez Mendoza.

Amparo directo 19/97. Roberto Hernández Pedraza o Roberto González Pedraza. 28 de febrero de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Leticia Ramírez Miranda.

Amparo directo 327/97. Honorio Francisco Hernández León. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Leticia Ramírez Miranda.

Amparo directo 371/97. José Rosalío Neria Vargas. 16 de mayo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Manuel Morales Cruz. Secretario: V. Óscar Martínez Mendoza.

Novena Epoca

Instancia: TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Tomo: IX, Marzo de 1999

Tesis: I.3o.P. J/10

ROBO EN GRADO DE TENTATIVA. ARTÍCULO 371 DEL CÓDIGO PENAL, PENAS APLICABLES EN EL DELITO DE (LEGISLACIÓN DEL DISTRITO FEDERAL). Para la imposición de la pena, en el caso del delito de robo, previsto en el artículo 371 último párrafo del Código Penal, cuyo grado de ejecución quedó en tentativa, primero debe individualizarse el delito como consumado, y después imponer al acusado hasta las dos terceras partes de esas penas según el grado de ejecución a que se hubiere llegado en la comisión del delito en cuestión, pero si la pena a imponer resulta inferior a cinco años, que es la mínima del precepto de que se trata, se debe aplicar la regla a que se refiere el artículo 63 párrafo tercero del Código Penal, es decir imponerle precisamente cinco años de prisión, por tratarse de tentativa punible de delito grave, así calificado por la ley.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Amparo directo 3307/97. Armando Pérez Moscoso. 13 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Héctor Miranda López.

Amparo directo 3327/97. Eduardo Andrés Elizarrarás Cruz. 13 de marzo de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Velasco Félix. Secretario: Héctor Miranda López.

Amparo directo 115/98. Enrique Manuel Suárez Vaca o Enrique Suárez Vaca. 29 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Martha Yolanda García Verduzco.

Amparo directo 711/98. Óscar Guzmán Gutiérrez. 29 de junio de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Leticia Ramírez Miranda.

Amparo directo 2343/98. Nicolás Torres Pineda. 16 de noviembre de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Carlos de Gortari Jiménez. Secretaria: Marina Elvira Velázquez Arias.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomó: XV-I, Febrero de 1995

Tesis: VI.2o.393 P

Página: 194

INDIVIDUALIZACION DE LA PENA. Aun cuando el juzgador puede usar libremente de su arbitrio para cuantificar las sanciones adecuadas, esa libertad no es absoluta, ya que debe compaginar con la peligrosidad del acusado.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Amparo directo 531/94. José Enrique González Montiel. 25 de enero de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Véase: Semanario Judicial de la Federación, Sexta Epoca, Volumen XVII, Segunda Parte, página 205; y Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1988, Segunda Parte, segunda tesis relacionada a la jurisprudencia 1259, página 2035.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 10 Segunda Parte

Página: 43

TENTATIVA DE HOMICIDIO, EL DELITO DE LESIONES NO ABSORBE LA. No es exacto que el delito de lesiones absorba la tentativa de homicidio, y que por lo mismo, sólo deba ser sancionado el culpable por las lesiones; por el contrario, cuando hay propósito de matar, el homicidio en grado de tentativa absorbe al delito de lesiones. El que no mata, a pesar de haber empleado actos idóneos para hacerlo y de haberlos empleado con el fin determinado de dar muerte, es responsable de homicidio en grado de tentativa, ya que este delito, si no se basa en el resultado, sí se funda, en contra del agente, en su intención homicida. En el delito de lesiones la intención debe interpretarse como el propósito general de dañar la integridad corporal de las personas, sin que el agente del delito haya tenido la voluntad de matar, pues si tuvo esta finalidad se estará en presencia de una verdadera tentativa de homicidio, de donde resulta que el elemento intencional de lesiones contiene en sí mismo uno negativo consistente en la ausencia de voluntad homicida. De aquí que el dolo de las lesiones es excluido por la intención directa de matar que lleva la tentativa de homicidio, y es una cuestión de hecho establecer cuando concurre este propósito, el cual, ciertamente, no puede deducirse de la naturaleza de las lesiones inferidas, pues son las circunstancias del caso las únicas que puedan señalar si el autor quiso ir más allá y deseó la muerte de la víctima.

Amparo directo 2475/69. Joaquín Hernández Hernández. 27 de octubre de 1969. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen CXXIX, página 27. Amparo directo 6951/67. Francisco Martínez Luna. 14 de marzo de 1968. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Séptima Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: 193-198 Segunda Parte

Página: 51

TENTATIVA DE HOMICIDIO, ABSORCIÓN DE LAS LESIONES CAUSADAS CON MOTIVO DE LA. El homicidio tentado absorbe a las lesiones, cuando las constancias de autos y de las circunstancias que de las mismas se desprendan, aparezca evidenciada la resolución de atentar contra la vida y no sólo de transgredir la integridad corporal (resultando intrascendente la naturaleza de las lesiones causadas), si el agente emplea los medios idóneos para ello, y por causas ajenas a su voluntad no se hubiese perpetrado el homicidio deseado, sin perjuicio de considerar que en la formación del concepto de la tentativa no puede prescindirse de la acción principal a la cual se refiere, con abstracción del resultado que habría de consumar el delito.

Amparo directo 8987/84. José Ramón Salazar López. 11 de marzo de 1985. Cinco votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Volumen 10, página 43. Amparo directo 2475/69. Joaquín Hernández Hernández. 27 de octubre de 1969. Cinco votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F.

Sexta Epoca, Segunda Parte:

Volumen XXXIII, página 102. Amparo directo 7480/59. Jesús Félix Miske y coagraviados. 28 de marzo de 1960. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Rodolfo Chávez S.

Séptima Epoca
Instancia: Primera Sala
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: 133-138 Segunda Parte
Página: 199

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE. Cuando se trata de tentativa, no basta tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto, sino que es preciso también establecer a qué grado se llegó dentro del proceso de ejecución del delito, puesto que no es lo mismo sancionar un principio de ejecución que sancionar actos que agotaron el proceso para llegar a la consumación.

Amparo directo 4281/79. Alberto Mora Trejo. 7 de marzo de 1980. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Amparo directo 2725/79. Rosendo Marín Paisano. 7 de marzo de 1980. Cinco votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Véase Semanario Judicial de la Federación, Séptima Epoca, Segunda Parte:

Volumen 83, página 59, tesis de rubro "TENTATIVA DE HOMICIDIO, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE (LEGISLACION DEL ESTADO DE COAHUILA)."

Volumen 84, página 35, tesis de rubro "TENTATIVA DE HOMICIDIO, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE."

Octava Epoca
Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO.
Fuente: Semanario Judicial de la Federación
Tomo: IX, Marzo de 1992
Tesis: VII.2o. J/8
Página: 114

SANCIONES PENALES Y PELIGROSIDAD DEL INculpADO. CONGRUENCIA ENTRE LAS. Las sanciones penales tienen una doble finalidad, la transformación del delincuente y evitar la reincidencia, de ahí la necesidad de que tales sanciones sean proporcionales a la peligrosidad del reo, y aun cuando es verdad que el juez puede usar libremente su arbitrio para cuantificar las sanciones, ellas deben ser congruentes con dicha peligrosidad.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO.

Amparo directo 1764/89. Josefina Capitanachi Solís. 30 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aida García Franco.

Amparo directo 1652/89. Alberto González Mejía. 5 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretaria: Leticia Amelia López Vives.

Amparo directo 488/90. Armando Aparicio Galindo. 5 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Luis Alfonso Pérez y Pérez. Secretario: Nicolás Leal Salazar.

Amparo directo 664/90. Lucio Ceballos Pérez. 6 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gilberto González Bozziere. Secretaria: Aida García Franco.

Amparo directo 1618/89. Nabor Tovar Martínez. 5 de diciembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Guillermo Antonio Muñoz Jiménez. Secretario: Heriberto Sánchez Vargas.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: X, Octubre de 1992

Página: 463

TENTATIVA. CALIFICATIVAS. TAMBIEN SE ACTUALIZAN CUANDO EL DELITO SE COMETE EN GRADO DE. Como la tentativa no es una entidad típica autónoma sino el grado de ejecución de un delito, inacabado por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo, las circunstancias atenuantes o agravantes del mismo se actualizan también cuando éste se comete sólo de manera tentada; tanto porque dichas modificativas le imprimen un carácter de menor o mayor gravedad a la conducta ilícita que se pretendió consumir, lo que repercute en la sanción reduciéndola o aumentándola, como porque constituyen un elemento para determinar la temibilidad del agente.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL TERCER CIRCUITO.

Amparo directo 167/91. Miguel Angel Sandoval Gómez y Javier Alvarez Carrillo. 20 de agosto de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: Alfonso Núñez Salas. Secretaria: Ana Victoria Cárdenas Muñoz.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: XII, Agosto de 1993

Página: 507

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, DEBE SER DIRECTAMENTE PROPORCIONAL CON EL INDICE DE TEMIBILIDAD APRECIADO EN EL SENTENCIADO. El juzgador no está obligado a imponer la pena mínima, pues de lo contrario desaparecería el arbitrio judicial y la individualización de la pena no sería discrecional como lo establece la ley, sino un acto reglado u obligatorio, sin embargo, también debe decirse, que cuando se ha estimado un índice de temibilidad mínimo, lógicamente la individualización de la pena debe ser directamente proporcional a la peligrosidad, es decir, el monto de la sanción se deberá mover hacia el mínimo, por lo que si se señala la pena en desacuerdo con el análisis que del hecho y del infractor hace el juzgador al apreciar su grado de peligrosidad e impone una pena incongruente en relación al índice estimado, hay inexacta aplicación de la ley y se violan garantías del quejoso.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 33/93. Daniel Gamboa Quirarte. 4 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Pedro F. Reyes Colín. Secretario: Rubén David Aguilar Santibáñez.

Sexta Epoca

Instancia: Primera Sala

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte SCJN

Tesis: 242

Página: 137

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA, SEGUN LA PELIGROSIDAD. La peligrosidad del sujeto activo constituye uno de los fundamentos del arbitrio judicial en la adecuación de las sanciones, el que no sólo debe atender al daño objetivo y a la forma de su consumación, sino que deben evaluarse también los antecedentes del acusado, pues el sentenciador, por imperativo legal, debe individualizar los casos criminosos sujetos a su conocimiento y con ellos, las sanciones que al agente del delito deben ser aplicadas, cuidando que no sean el resultado de un simple análisis de las circunstancias en que el delito se ejecuta y de un enunciado más o menos completo de las características ostensibles del delincuente, sino la

conclusión racional resultante del examen de su personalidad en sus diversos aspectos y sobre los móviles que lo indujeron a cometer el delito.

Sexta Epoca:

Amparo directo 6008/55. Andrés Soria Rochel. 14 de agosto de 1957. Cinco votos.

Amparo directo 4108/58. José Osuna Valdez y coag. 16 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos.

Amparo directo 4329/58. Fidel Carrillo Galicia. 8 de abril de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 2139/59. Arturo Quezada Ramírez. 5 de octubre de 1959. Cinco votos.

Amparo directo 43/61. José Paredes González y coag. 19 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Octava Epoca

Instancia: SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Tomo: IX, Febrero de 1992

Tesis: V.2o. J/19

Página: 93

PENA, INDIVIDUALIZACION DE LA. ARBITRIO JUDICIAL. La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al juzgador, quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley y sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 313/91. Jorge Abel Félix Torres. 17 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Lucio Antonio Castillo González. Secretario: José Rafael Coronado Duarte.

Amparo directo 349/91. Guadalupe Valencia Ochoa. 30 de octubre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Adán Gilberto Villarreal Castro. Secretaria: Edna María Navarro García.

Amparo directo 362/91. Rogelio Murrieta Corrales. 6 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Rafael Aguilar Hernández.

Amparo directo 359/91. Rosario Olachea González. 6 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretaria: Ana Bertha González Domínguez.

Amparo directo 379/91. Omar García Treviño. 13 de noviembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: José Nabor González Ruiz. Secretario: Sergio I. Cruz Carmona.

NOTA: Jurisprudencia publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación número 50, página 53.

Octava Epoca

Instancia: PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Fuente: Apéndice de 1995

Tomo: Tomo II, Parte HO

Tesis: 955

Página: 603

PENA. SU INDIVIDUALIZACION DEBE SER ACORDE AL GRADO DE TEMIBILIDAD. La legislación penal vigente descansa en su totalidad sobre dos principios fundamentales: uno, el del arbitrio judicial, y otro, el de la temibilidad; esto es, que toda pena debe ser cuantificada por el grado de temibilidad del acusado, y el juzgador debe moverse entre los términos que fija la ley, teniendo en cuenta el grado de esta temibilidad para juzgar la pena.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Octava Epoca:

Amparo directo 33/89. Rodolfo Rosas Ramírez. 9 de marzo de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 284/89. Fernando Peralta País. 23 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos.

Amparo directo 359/89. Sergio Cortés Avendaño. 27 de noviembre de 1989. Unanimidad de votos.

**Amparo directo 95/90. Pedro Cortés Alameda. 29 de marzo de 1990.
Unanimidad de votos.**

**Amparo directo 97/91. Agustín Hernández Angulo. 18 de abril de 1991.
Unanimidad de votos.**

NOTA:

**Tesis VI.1o.J/56, Gaceta número 44, pág. 47; Semanario Judicial de la
Federación, tomo VIII-Agosto, pág. 129.**

CITAS BIBLIOGRAFICAS

CAPITULO CUARTO

- 1.- Código de Procedimientos Penales Vigente para el Distrito Federal. Sista.2002.
- 2.-Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista.1999.
- 3.- Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal. Sista.2002.
- 4.-Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista.1999.
- 5.- Tequextle Gregorio Romero, Cuerpo del delito o Elementos del tipo. Pag 62.
- 6.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. pag 338.
- 7.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomo III. Pag 240.
- 8.- Salas Campos Raúl . La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal . pag 74.
- 9.- Salas Campos Raúl . La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal . pag 80.
- 10.- Salas Campos Raúl . La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal . pag 78.
- 11.- Salas Campos Raúl . La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal . pag 78.
- 12.- Salas Campos Raúl . La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal . pag 74.
- 13.- Código Penal. Editorial Sista.2002.
- 14.- Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.pag 338.
- 15.- Ratiglia citado por Jose Maria Escriba Gregori. La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal.
- 16.- Código Penal Vigente para el Distrito Federal. Sista. 2002.
- 17.- Francisco Pavón Vasoncelos . Derecho Penal Mexicano. pag 153.
- 18.- Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. pag 92.

CONCLUSIONES

1.- En el Derecho Romano no existió el concepto, ni la palabra tentativa; actos de tentativa e incluso de preparación fueron sancionados como delitos consumados.

2.- A partir de Adriano surgió como influencia filosófica el lado subjetivo del delito, castigándose con penas atenuadas el delito tentado en general, no obstante, no hay todavía una concepción de la tentativa.

3.- La figura de la tentativa se vio más acentuada en el Derecho Germánico, en donde ya se busca una punición atenuada, sin embargo, la tentativa acabada se equiparó al delito consumado.

4.- En el Derecho Longobardo se reglamentó la tentativa inidonea y el desistimiento eficaz. La idoneidad de los actos es el parámetro para distinguir la tentativa punible de la impune.

5.- El Código Martínez de Castro se distinguió por señalar los cuatro grados del delito: Conato, delito intentado, delito frustrado y Consumación.

6.- El Código de Almaraz de 1929, restringió la tentativa a una sola de sus formas: el conato. Regresa también al doble elemento necesario para la tentativa punible: idoneidad y dirección.

7.- El anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal de 1949, se distinguió por aceptar las dos formas de la tentativa: Conato y delito frustrado.

8.- A partir de 1984 en la legislación penal se considera el desistimiento voluntario y el arrepentimiento eficaz.

9.- El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal que prevé la figura de la tentativa sufre su última reforma en 1994, quedando desde entonces como a la fecha se encuentra.

10.- La tentativa requiere, la exteriorización de la resolución para cometer el delito y que el hecho delictivo no se haya consumado por causas ajenas a la voluntad del agente. Se caracteriza precisamente por el deseo de cometer un delito determinado, lo que constituye el dolo de la conducta y uno de los motivos de su sanción.

11.- Actualmente la tentativa prevé sus dos formas: conato, cuando se realizan o se omiten en parte los actos ejecutivos que deberían producir el resultado; y el delito frustrado, es decir, cuando se ejecutan en su totalidad.

12.- Cuando la no realización completa de los actos ejecutivos de un delito o la no consumación del ilícito es imputable a la voluntad del sujeto, se habla de un desistimiento o un arrepentimiento eficaz, respectivamente. Conducta que resulta atípica y por lo tanto no sancionable.

13.- La tentativa, dentro del iter criminis, es un grado menor al delito consumado, porque no se lesiona el bien jurídico tutelado por la norma penal, si no sólo se pone en peligro.

14.- Los actos preparatorios no son punibles, porque no constituyen aún una agresión al orden jurídico, por lo que no suponen un principio de ejecución delictivo, ni por tanto la violación a la norma penal; mientras que son punibles los actos ejecutivos que inician este ataque y en consecuencia la violación de la norma.

15.- La pena, es un medio represivo que tiene el estado para conseguir una adecuada convivencia social, imponiendo un castigo a un sujeto que ha infringido una norma penal previamente establecida y sancionada, pero a través de la misma evitar violaciones normativas futuras por los entes pertenecientes a una sociedad. Debiendo cumplir con su aspecto retributivo como idea de justicia y con su función preventiva..

16.- En toda comunidad debe existir una normatividad que regule las relaciones entre los individuos (derecho penal objetivo), la cual debe ser utilizada cuando sea imprescindible, cuando se hayan agotado todas las instancias anteriores, pues en ella deben regularse conductas que afectan gravemente la convivencia social, y por lo tanto sean merecedoras de sanción (derecho penal subjetivo).

17.- El Estado es quien tiene la facultad punitiva (ius puniendi), la cual le ha sido otorgada para mantener un equilibrio social, misma que ejerce a través del Derecho Penal, debiendo atender a los diversos principios que limitan tal facultad, mismos que no deberá sobrepasar.

18.- La proporcionalidad, es uno de los principios rectores que limitan el derecho punitivo que tiene el Estado, debiendo siempre haber un equilibrio entre la pena impuesta y la nocividad social del ataque al Bien Jurídico.

19.- El fin de la pena es salvaguardar los valores esenciales de la colectividad y así mantener la convivencia social, es por ello necesario que el hombre conozca, valore la norma jurídico penal, sus consecuencias y la certeza en su exacta aplicación. En la creación de los tipos penales deberá atenderse al bien jurídico tutelado y de acuerdo a el establecer la punibilidad respectiva.

20.- El bien jurídico es aquel interés o valor ya sea individual o colectivo, que es objeto de protección en cada tipo penal. Resulta ser uno de los conceptos centrales del derecho, en especial del derecho penal.

21.- El artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal contempla las reglas generales para la imposición de penas de delitos cometidos en grado de tentativa. Siendo en el párrafo tercero de dicho numeral en donde se establece el margen de punibilidad para delitos tentados considerados graves por la ley, párrafo que fue adicionado en el mes de mayo de 1997.

22.- Para punir delitos cometidos en grado de tentativa, el Juzgador debe de tomar en cuenta los requisitos del artículo 52 del Código en comento y la mayor o menor aproximación al momento consumativo del delito.

23.- El artículo 268 en su párrafo quinto y sexto del Código de Procedimientos Penales que prevé los delitos graves, fue reformado el primero de octubre de 1999. Se establece como regla para considerar un delito grave que su medio aritmético exceda de 5 años de prisión. Dejándose así de considerar que un delito es grave, por afectar de manera importante valores fundamentales.

24.- El seguir aplicando la regla establecida en el párrafo tercero del artículo 63 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, dada la reforma que el numeral 268 en sus párrafos quinto y sexto sufrieron, es una extralimitación del derecho a castigar que tiene el Estado, por lo que en la actualidad el primer numeral en cita resulta inaplicable.

25.- El legislador debe de cuidar al momento de hacer algún tipo de reforma, adición, etcétera, a las normas, que aquellas otras que se encuentren íntimamente ligadas con dicho cambio, sean transformadas, para así seguir cumpliendo adecuadamente con la función para la cual fueron creadas.

26.- Atendiendo a que actualmente no todo los delitos considerados graves por la ley afectan bienes jurídicos fundamentales, deben considerarse como tales: la vida, la integridad física, la libertad física y la libertad psicosexual, considerando también un ataque a la integridad física aquellos delitos que sea cometidos a través de la violencia física. Sólo aquellos delitos que pongan en peligro dichos bienes, deberá imponerse como pena mínima la establecida para el delito consumado, sin que esto signifique una extralimitación al derecho punitivo que tiene el Estado; debiendo por consiguiente en esta tesitura ser reformado el párrafo tercero de artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal.

PROPUESTA

En el desarrollo del presente trabajo, hicimos notar, que dada la reforma que tuvo el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales en su párrafo quinto y sexto, mismos que prevén que delitos deben ser considerados como graves, reforma que entró en vigor el primero de octubre de 1999; el castigar de manera genérica delitos cometidos en grado de tentativa, cuando son considerados graves por la ley, como lo establece el artículo 63 en su párrafo tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, es una extralimitación del derecho a castigar que tiene el Estado. Situación que se afirmó toda vez que actualmente el que un delito sea considerado como grave, no significa que afecte valores fundamentales, pues la gravedad de un ilícito después de dicha reforma esta supeditada a la punibilidad establecida para él, ya que mientras más alta sea ésta, más factible será que su medio aritmético exceda de los 5 años, siendo esto lo que distingue a los delitos graves de los no lo son. Dejándose aun lado por consiguiente que la afectación sea o no sobre bienes o valores fundamentales que la ley tutela, pues como también hicimos notar, nuestra legislación penal en muchos de los casos no es muy concordante o proporcional con la punibilidad establecida de acuerdo al bien jurídico afectado. Siendo precisamente la finalidad del segundo de los numerales citados en el momento de su creación, es decir que únicamente delitos que afectaran de manera importante bienes o valores fundamentales, aun y cometidos tentativamente, fuesen castigados como si se hubiesen consumado, aplicando como sanción mínima la establecida para el delito consumado, por lo que de dejar su contenido tal y como está, se estará cometiendo de manera reiterada al punir estos delitos, una extralimitación del derecho a castigar que tiene el Estado, al no ser proporcional la pena impuesta con la nocividad social del ataque al Bien Jurídico, siendo este uno de los principios rectores que se deben de tomar en cuenta al ejercer tal derecho.

Atendiendo a lo anterior en este trabajo nos permitimos hacer una distinción de que bienes jurídicos deben ser considerados como fundamentales siendo: la vida, la integridad física, la libertad física y la libertad psicosexual, dando una explicación de ello.

Por todo lo expuesto, proponemos que el artículo 63 en su párrafo tercero del Código Penal vigente para el Distrito Federal, sea reformado, estableciendo en dicha reforma, que únicamente aquellos delitos en que se ponga en peligro los bienes jurídicos que se mencionan en el párrafo anterior, les sea impuesta como mínimo de pena la establecida para el delito consumado. Dejando así de aplicarse esta regla generalizando a todos los delitos considerados graves por la ley.

BIBLIOGRAFÍA

- 1.- Alonso Escamilla Avelina. El Juez de Vigilancia Penitenciaria. Editorial Civitas, 1985.
- 2.- Becaría Cesar. De los delitos y de las penas. Editorial Aguilar 1969.
- 3.- Carranca y Trujillo Raúl. Derecho Penal Mexicano, parte general. Editorial Trillas. Segunda edición, 1986.
- 4.- Carrara Francisco. Programa de Derecho Criminal.
- 5.- Castellanos Tena Fernando. Lineamientos Elementales del Derecho Penal, parte general. Editorial Porrúa. Trigésima Quinta edición, 1995.
- 6.- Código Penal comentado por Joaquín Francisco Pacheco. Segunda edición.
- 7.- Cuello Calón Eugenio. Derecho Penal, Tomo II, parte especial. Bosch Casa Editorial, 1952.
- 8.- De Piña y Vara Rafael. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa. Décima Primera edición aumentada y actualizada, 1983.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano, tomo VII, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Editorial Porrúa, 1985.*
- 10.- Escriba Gregori José María. La puesta en peligro de bienes jurídicos en el Derecho Penal. Bosch Casa Editorial, 1976.
- 11.- Esquema de Derecho Penal Mexicano. Traducción Sebastián Soler.
- 12.- Francesco Antolisei. La acción y el resultado en el delito. Traducción por J.R. Pérez Hernández.
- 13.- García Maynez Eduardo. Introducción al estudio del Derecho. Editorial Porrúa. Cuadragésima quinta edición, 1993.
- 14.- Islas González Olga. Análisis lógico de los delitos contra la vida. Editorial Trillas. Primera edición, 1982.

- 15.- Jiménez de Asúa Luis. La ley y el delito. Editorial Sudamericana, 1990.
- 16.- Jiménez Huerta Mariano. Derecho Penal Mexicano Tomo IV. Editorial Porrúa. Primera edición, 1973.
- 17.- Jiménez Huerta Mariano. La Tipicidad. Editorial Porrúa.
- 18.- Jus, Revista de Derecho y Ciencias Sociales, serie B, Vol.III, El Derecho Penal Mexicano.
- 19.- La Fundamentación básica del Derecho Penal. Revista Criminalia. Editorial Porrúa. Mayo-Agosto 1999.
- 20.- López Betancour Eduardo. Introducción al Derecho Penal. Editorial Porrúa. Octava edición, 2000.
- 21.- Malo Camacho Gustavo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, 2000.
- 22.- Malo Camacho Gustavo. Tentativa del delito. Editorial Prorrúa.
- 23.- Mezger Eduardo. Tratado II.
- 24.- Osorio y Nieto Cesar Augusto. Síntesis de Derecho Penal, parte general. Editorial Trillas. Tercera edición, 1990.
- 25.- Palacios Vargas Ramón. La Tentativa, Editores y Distribuidor. Segunda edición 1979.
- 26.- Pavón Vasconcelos Francisco. Breve ensayo sobre la tentativa. Editorial Porrúa. Quinta edición, 1998.
- 27.- Pavón Vasconcelos Francisco. La causalidad del delito. Editorial Porrúa. Tercera edición, 1989.
- 28.- Pavón Vasconcelos Francisco. La Tentativa. Editorial Porrúa, 1974.
- 29.- Pavón Vasconcelos Francisco. Tratado de Derecho Penal. Editorial Porrúa. Décimo Tercera edición, 1997.
- 30.- Pavón Vasconcelos Francisco y Vargas López G. Los delitos de peligro para la vida y la integridad corporal. Editorial Porrúa. Cuarta edición, 1981.

- 31.- **Principios de Derecho Criminal**. Traducción José Arturo Rodríguez Muñoz.
- 32.- Rodríguez Manzanera Luis. **La Crisis Penitenciaria y los sustitutos de la prisión**. Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1984.
- 33.- Salas Campos Raúl. **La Teoría del bien jurídico en el Derecho Penal**. Pereznieto editores, 1995.
- 34.- Tequextle Gregorio Romero. **Cuerpo del delito o Elementos del tipo**. OGS editores. Tercera edición, 1999.
- 35.- Villalobos Ignacio. **Derecho Penal Mexicano, parte general**. Editorial Porrúa, Quinta edición, 1990.
- 36.- Zaffaroni Eugenio Raúl. Tratado de Derecho Penal Tomos I, III, IV y V. Cárdenas Editor y Distribuidor. Primera edición, 1988.

LEGISLACIÓN

- 1.- **Código Penal para el Distrito Federal**. Sista, 1997.
- 2.- **Código Penal vigente para el Distrito Federal**. Sista, 2002.
- 3.- **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Sista, 1998.
- 4.- **Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal**. Sista, 1999.
- 5.- **Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal**. Sista, 2002.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN