

FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

ALFREDO DELGADILLO AGUIRRE *

INTRODUCCIÓN

El Congreso Iberoamericano de Derecho penal celebrado en el mes de septiembre del año pasado, en el que participaron conferenciantes de España, Argentina, Cuba y México, me brindó la oportunidad inmerecida de expresar en conferencia algunas consideraciones sobre el tema, Formas Imperfectas de Ejecución, ubicado sistemáticamente en el desarrollo de la dogmática penal y la política criminal.

La dogmática penal sirve a la edificación de la política criminal, en el Derecho Penal moderno, a un Estado Democrático y de Derecho vinculado a la realidad social de cada país, esto es la esencia, alejada de algunos epítetos respetables, como técnicos contemplativos o gimnastas intelectuales, entre otros. El futuro de los dogmáticos penalistas es promisorio; día a día, tienen mayor presencia, como servidores públicos, postulantes y académicos, su participación activa es insoslayable en la investigación dirigida a garantizar la protección de los derechos fundamentales en materia penal y la concepción del Estado Democrático, como realización de la justicia.

Por esas razones, el tema que nos ocupa es un breve ensayo y análisis de algunos casos prácticos, aspiramos, engarzar la rígida teoría, que sería estéril e improductiva en el enclaustramiento de la especulación científica, si no es llevada a la realidad que impone nuestro deber de postulación.

BREVE RESEÑA HISTÓRICA

Para analizar, lo que en la actualidad se ha denominado Forma Imperfecta de Ejecución, es imprescindible realizar una somera visión histórica, hacia hechos vinculados con este tema.

* Profesor de Derecho Penal de la Universidad Anáhuac y Director del Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal.

Prueba extraordinaria que hace Dios de la fe y obediencia de Abraham mandándole inmolar a Isaac. con cuyo motivo le renueva las promesas. Se ríe de los hijos de Nachor.*

Dios en el afán de probar la lealtad de Abraham le dijo:

Toma a Isaac, tu hijo único, a quien tanto amas, y ve a la tierra de visión y allí me lo ofrecerás en holocausto, sobre uno de los montes que yo te mostraré.

Obediente y obsecuente ante el divino mandato: se levantó al siguiente día y realizó los actos de preparación; aparejó su asno llevando consigo dos mozos y a Isaac su hijo y cortada la leña para el holocausto, se encaminó al lugar que Dios le había mandado.

Al tercer día de camino, señaló a los mozos; ustedes aguardan aquí, que yo y mi hijo subiremos al monte y ácabada nuestra adoración volveremos luego a vosotros.

Tomó la leña del holocausto y la cargó sobre su hijo Isaac y él llevaba sobre las manos el fuego y el cuchillo caminando así los dos juntos; dijo Isaac a su padre:

Padre mío, veo el fuego y la leña, dónde está la víctima del holocausto?

A lo que respondió Abraham.

El Sr. sabrá de proveerse de víctimas para el holocausto. Continuaron juntos su camino y finalmente llegaron al lugar que Dios les había mostrado, en donde Abraham erigió un altar y acomodó encima la leña y habiendo atado a Isaac, tomó el cuchillo y levantó la mano para sacrificar a su hijo.

De repente el Señor gritó; no extiendas tu mano sobre el muchacho, ni le hagas daño alguno, que ahora me doy por satisfecho de que temes a Dios, pues no has perdonado a tu hijo único por amor de mí o por obedecerme.¹ Podemos ubicar en este pasaje bíblico los conceptos que en la actualidad conocemos como actos de preparación y tentativa.

Un segundo caso reseña el Génesis

Joseph es el primer personaje bíblico que es encarcelado, esclavo de Phutiphar, capitán de la guardia del Pharaón. Joseph de ser esclavo pasó a ser mayordomo de la casa. La esposa de Phutiphar lo provoca, pero José no consiente, ella, en venganza revierte sobre el su propio pecado, el testimonio falso de esta mujer, hace que recaiga sobre Joseph el delito de intento de adulterio, lo que lleva consigo la prisión.²

* Año del mundo 2133: antes de Jesucristo 1871, todas las circunstancias de esta extraordinaria prueba de la fe y obediencia de Abraham, hacen creer que Dios ordenará todavía este admirable suceso a otro fin más grande, queriendo que fuese una figura de nuestro divino Salvador Jesús, inmolado en la cruz.

¹ *Sagrada Biblia*, texto de la edición impresa en 1884, traducida de la vulgata latina al español, Ed. Barcelona, p. 22.

² *Sagrada Biblia*, Génesis capítulo XXXIX, Ed. Barcelona, p. 40.

DIGESTO, colección de las decisiones del Derecho romano, en el título 9 ley 18 expresa *Ulpiano Libro Testio ad Edictum*. Nadie sufre pena por un pensamiento delictivo. Dando origen a la impunidad del simple pensamiento criminoso. *Cogitationem nemo punitur*.³

Otro suceso histórico se dio siglos después:

Mucho antes que el emperador Constantino I "El Grande" promulgara el edicto de Milán, en el año 313 de nuestra era y fundara en la ciudad de Bizancio, la ciudad de Constantinopla, existió un rey denominado Tarquino "El Soberbio", séptimo y último monarca de Roma, señalan historiadores que este soberano gobernó con violencia, despotismo y arbitrariedad, no solamente en contra del pueblo en general sino además en contra de la misma aristocracia romana; esto originó que se hiciera de muchos enemigos y que le odiaran a muerte.

Respetada por los antiguos, cumas⁴ era una antigua ciudad de la región de Campania de la Italia Meridional, y que hoy corresponde a las provincias de Nápoles. Esta Sibila había reunido 9 libros que contenían innumerables presagios y vaticinios sobre Roma y consecuentemente sobre el futuro del rey Tarquino.

La Sibila se reunió con el rey Tarquino y le ofreció los libros a cambio de 500 denarios, creyó exorbitante el precio y rehusó comprarlos, haciendo gala de su orgullo desmedido y arrogancia, menosprecio los libros y ordenó sacarla del palacio.

Una vez pasada la tormenta real, el rey se reunió con su Corte, y no faltó quien dijera que sería saludable conocer qué era lo que en verdad contenían esos libros que la Sibila Cumea ofrecía al rey, éste aceptó la sugerencia de su Corte a adquirir los libros, pero no estaba dispuesto a pagar por ellos, sino que ideó la forma de hurtarlos, mandó a traer al capitán de su guardia personal para que investigara en qué tugurio de Roma se encontraba hospedada, para cuando la Sibila se descuidara, robaran dichos libros, sin embargo ésta al conocer el carácter y la bajeza del rey intuyó sus malévolos deseos y decidió guardar muy bien sus libros en otro sitio de la ciudad eterna.

A media noche se presentó el capitán de la tropa real y penetraron en la choza de la Sibila con el propósito de robar los libros, el intento fue inútil, no encontraron nada ya que ni esa noche la Sibila había dormido ahí, por lo que no se logró la consumación del hurto, todo quedó en tentativa.

La tentativa ha sufrido las vicisitudes del derecho de castigar. El Éxodo XXI, 12, olvidando su criterio talional, decreta. "El hombre que hiere a un hombre, queriéndolo matar, muerte por ello" Roma primeramente no lo conoció y en épocas posteriores lo reglamenta solamente adosado a ciertos delitos, en la *Lex Cornelia de Sicariis et veneficis* gracias a un rescripto de Adriano, en la *Lex Julia*

³ *El Digesto de Justiniano*, tomo III, Ed. Aranzadí, Pamplona 1975, p. 736.

⁴ *Cumas*, antigua ciudad griega en Italia, fundada por los calcídicos, siglo XI, a.C., en la costa de la Campaña, célebre porque en sus cercanías se encontraba el antro de Sibila, alcanzó gran prosperidad en los siglos VII a V a-a primero aliada de Roma contra Cártago y después, municipio romano. Los Napolitanos la destruyeron en 1203. Subsisten algunos restos de sus templos y de las murallas que la rodeaban.

Majestatis, en la Pomponia de *Parricidiis* y de *Calumniatis*; sancionándose con iguales penas la preparación, la tentativa y la consumación.⁵

Manzini, señala que falta en derecho romano una distinción correspondiente a aquella moderna entre la consumación y tentativa, para esta última los romanos no tuvieron ni un término técnico, ni una noción específica.⁶

La ley de las siete partidas, establecía al respecto que los primeros momentos de las voluntades no son en poder de los hombres “comenzar a meter en obra”, “comienzo de la ejecución del delito”.

En el Derecho Germánico, según comenta Jescheck, sólo se conocía algunos supuestos típicos de tentativa, *vgr.*, asechar o desenvainar la espada, ya en el sistema legal se conoció una definición general de la tentativa de gran rango científico en base a la doctrina penal medieval italiana que dominó hasta el siglo XIX, la tentativa se regulaba como forma especial del delito junto al delito consumado, caracterizada por la exigencia del dolo y en lo objetivo por el comienzo de la ejecución, lo que la distinguía, al mismo tiempo, de los actos preparatorios.⁷

En el Derecho Penal occidental, el primer esfuerzo que se hizo para definir los límites de la tentativa, fue en el Código Penal francés de 1810, los redactores de dicho Código consideraron tan importante este problema que lo definieron en el artículo 2º, destacando que lo más importante en dicho concepto era el *commencement d'exécution*, expresión que fue luego acogida en la mayoría de los códigos penales occidentales. Sólo en ese momento en el que comienza la ejecución y no antes, es cuando el sujeto responde penalmente de lo que hace.⁸

BECCARIA, para que un hecho entre en la esfera de la punibilidad posible debe en algún modo constituir una ofensa al orden público o a la moral pública o perjudicar a un tercero, las cuestiones privadas de los hombres están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados.⁹

En México

El Código Penal de 1871, de Martínez de Castro, definía cuatro grados de ejecución del delito: conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado. Respecto de la tentativa o conato, se previó en el artículo 19: “El conato de delito consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye”. El artículo 20 establece que sólo era punible la mencionada figura cuando no se llegare a la

⁵ RAMÓN PALACIOS VARGAS, *La tentativa*, Ed. Cárdenas, México, p. 15.

⁶ *Tratado de Derecho Penal*, T. III, Manzini, Ed. Ediar, Buenos Aires, Argentina, 1949, p. 163.

⁷ *Tratado de Derecho Penal*, H. Jescheck, tomo III, Ed. de Palma, Buenos Aires, Argentina, p. 669.

⁸ *Conceptos Básicos de Derecho Penal*, Ed. Tirant lo Blanch, p. 250.

⁹ Beccaria, *Tratados de los delitos y las penas*, Ed. Porrúa, 1997.

consumación por causas ajenas a la voluntad del agente, y para la aplicación de la sanción al responsable del conato se pidió que los actos ejecutados dieran a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar y además que la pena a imponerse por él, en caso de haberse consumado, no fuera menor de quince días de arresto o quince pesos de multa, asimismo, el código de 71 en su artículo 24 estableció que los actos puramente preparatorios carecían de sanción, excepto cuando por sí mismos constituyan un delito concreto. Tal dispositivo vino a aclarar la duda de si los actos preparatorios entran o no en el concepto de tentativa punible, ya sea en el conato a la univocidad de los actos por cuanto establecían: “den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar”, y junto con la exclusión de penalidad alguna para los actos preparatorios, vino a desechar la posibilidad del encuadramiento de los actos de preparación en el concepto contenido en el artículo 19.

Observamos también que este código, intentó evitar el principio de ejecución para delimitar la tentativa, estableciendo para ello un sistema basado en un criterio de dirección y otro cronológico.

Por lo que hace al delito imposible, al cual llamó delito intentado, lo definió en su artículo 25 como “el que llega hasta el último acto en que debía realizarse un delito irrealizable por ser imposible o por ser evidentemente inadecuados los medios que se empleen”. En esta fórmula, a decir de Pavón Vasconcelos, quedan comprendidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y relativa referidas tanto a los medios empleados como al objeto, las cuales revelan ausencia de peligrosidad y de antijuridicidad de la acción. El Código de Martínez de Castro, en su exposición de motivos señala como fundamento para la punición del delito intentado, la perversidad revelada por el sujeto a través de los actos realizados y la alarma social que produce, según Ramón Palacios con tal aserto se castiga el “querer malo”, la perversidad del reo, y se olvida la antijuridicidad objetiva”.¹⁰

En seguida, el mencionado código definió el delito frustrado en su artículo 26, como aquel “que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación si ésta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede”.¹¹

El Código Penal de 1929, de Almaraz, en su artículo 22 definió con propiedad; substancialmente, la tentativa y consumación. Esta consiste en la acción-acto u omisión, causales de un resultado típico penal con relación de causalidad entre aquéllos y éste, que reúne los elementos objetivos, genéricos y específicos contenidos en el tipo penal.¹²

¹⁰ JUAN RAMÓN PALACIOS VARGAS, *La tentativa*, Ed. Cárdenas, México, 1979, p. 145.

¹¹ RICARDO PAREDES CALDERÓN, *La tentativa como amplificador del tipo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, pp. 9-11.

¹² RAÚL CARRANCÁ Y RIVAS, *Código Penal anotado*, Ed. Porrúa, 1995, p. 62, comentarios al artículo 12 del Código Penal.

Este código, en su artículo 22, establece que habrá conato o tentativa “cuando el agente inicia exteriormente la ejecución de hechos delictuosos directamente, por actos idóneos, y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito por causas o condiciones que no sea su propio y espontáneo desistimiento.

En esta fórmula se adopta plenamente el llamado comienzo de ejecución, superando con ello la anterior del código de 1871, y aun cuando utiliza la expresión *commencement de execution*, ya que la ejecución sólo puede iniciar cuando el medio agrede al bien jurídico protegido, y esto sería imposible si se tratara de actos inidóneos no aptos para lograr el resultado deseado. Por tal motivo, se discrimina de la mencionada fórmula al delito imposible, por inidoneidad total ya sea por ineficacia de los medios o por inexistencia del objeto, no obstante, sí queda comprendida la inidoneidad relativa ya sea referida a los medios o al objeto.

A pesar de que este código regula la tentativa inacabada o conato, olvida regular el delito frustrado o tentativa acabada, al utilizar la expresión: “y no practica todos los actos esenciales de ejecución”.

En su artículo 23 exigía el criterio de la univocidad, al establecer el requisito de que los actos ejecutados den a conocer que por sí solos o acompañados de algún indicio cuál era el delito propuesto, tal disposición salía sobrando toda vez que dentro del llamado principio de ejecución se comprende la univocidad de los actos.¹³

Código Penal de 1931

El código vigente de 1931, prevé la tentativa en su artículo 12 que establece: “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 aquel no se consuma por causa ajena a la voluntad del agente”.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por la que se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos”.¹⁴

Observamos en primer lugar que el código acepta la existencia de la tentativa punible y de la tentativa impune, refiriéndose únicamente a la segunda con lo cual conduce a afirmar que “no toda tentativa es punible”. No encontramos ya en este código la referencia a las fases del *iter criminis*, al establecer la expresión, “la resolución de cometer un delito”, y al hablar de exteriorizar, pone de manifiesto que la tentativa sólo puede darse en la fase externa del *iter criminis*, lo que viene a afirmar el ya consagrado principio “*ogitationis poena*

¹³ RICARDO PAREDES CALDERÓN, *La tentativa como amplificador del tipo*, Universidad Nacional Autónoma de México, 1002, pp. 13-14.

¹⁴ RICARDO PAREDES CALDERÓN, *La tentativa como amplificador del tipo*, UNAM, p. 15.

nemo patitur ya señalado en apartado anterior de este ensayo, asimismo el artículo que se señala, trata de evitar el llamado principio de ejecución al hablar de “ejecución de la conducta que debería producir el delito”, aun cuando emplea el término ejecución. Estimamos que con la expresión, “debería”, el legislador hace referencias a la dirección e inmediatez que debe guardar la mencionada conducta en relación a la consumación, es decir el nuevo precepto exige que la conducta ejecutada tenga como consecuencia necesaria y directa el que se produzca el delito, con lo cual excluye de la tentativa punible a los actos preparatorios. *Vgr.*, la compra del arma o del veneno, no constituye una conducta que debería producir un delito.

Nuestro código establece expresamente, que la tentativa punible se puede realizar lo mismo en la acción que en la omisión. Exige además como requisito esencial que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, resultando con ello innecesario el segundo párrafo del precepto comentado, toda vez que si el delito no se consuma por causas propias del agente, como es el desistimiento espontáneo o el arrepentimiento activo, tal tentativa no será punible según lo establece la última parte del primer párrafo, al establecer; “por causas ajenas a la voluntad del agente”. Asimismo resulta obvio que cualesquiera otros delitos que se pudiesen cometer aparte de la tentativa serán punibles.

Reforma y adición al artículo 12 del Código Penal

Por reforma y adición hecha al artículo 12 en estudio, mediante decreto de 29 de diciembre de 1984, publicado en el *Diario Oficial* de 14 de enero de 1985, casi ya quedó como en su redacción actual, la exposición de motivos de la iniciativa de ley, señala:

Esta iniciativa plantea importantes cambios en el artículo 12, para mejorar el concepto técnico de la tentativa punible, por una parte, y proteger a las potenciales víctimas de los delitos, por la otra.

En el primer párrafo propuesto para el artículo 12, se habla, como suele hacerlo la teoría penal, de la exteriorización de la resolución de cometer el delito, ejecutando la conducta que debe producirlo u omitiendo la que debe evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Como se ve, fórmula abarca tanto la tentativa acabada como la inacabada y, además, comprende por igual los delitos de acción y los de omisión, cosa que no ocurre en la actualidad.

Por otra parte, se regula el desistimiento espontáneo. Esto se apoya principalmente en la necesidad de evitar la consumación de delitos y proteger así, a las potenciales víctimas del ilícito. Las reglas propuestas acerca del desistimiento no implican, en su caso, la impunidad de actos ya realizados por el sujeto, cuando éstos constituyan delitos por sí mismos y sea posible, por ende, independizarlos del delito al que se contrae el desistimiento.¹⁵

¹⁵ MARCO ANTONIO DÍAZ DE LEÓN, *Código Penal Federal con comentarios*, Ed. Porrúa, 1997, p. 21.

El Código Penal de aplicación federal y común, para el Distrito Federal, hasta ahora prevé en su artículo 12 a la tentativa de la siguiente forma:

Art. 12.—Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito. Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.¹⁶

UBICACIÓN SISTEMÁTICA DE LAS FORMAS IMPERFECTAS DE EJECUCIÓN

Debe atenderse su examen al concluir el análisis del delito en sentido estricto del injusto, es decir al haber concluido y definido el análisis de la conducta, típica y antijurídica, una vez superado el análisis de la tipicidad con las causas de atipicidad y de la antijuridicidad, con las causas de justificación.

Es procedente atender al análisis de la tentativa del delito, al igual que la autoría, participación, y el concurso de delitos, empero, estos últimos no son materia de reflexión jurídica en esta ocasión.

Desarrollar el tema de la tentativa como forma imperfecta de ejecución nos impele al estudio del camino del delito o *iter criminis*.

EL *ITER CRIMINIS*

El recorrido que sigue el autor de un hecho delictivo desde el momento en que concibe la idea de cometerlo hasta el de la consumación se denomina en expresión latina *iter criminis*, es claro que la imagen de un delincuente que actúa paso a paso es ideal, pues en muchos casos media solamente un instante entre la concepción de la idea y su ejecución; a efectos didácticos, sin embargo conviene mantener esa imagen de un *iter* prolongado en el tiempo para así jalonar con mayor facilidad sus momentos esenciales, debe distinguir una fase interna y una fase externa, dentro de esta última distinguimos los actos preparatorios (impunes) la tentativa (punible),¹⁷ para ubicar el contenido de la fase interna y la fase externa, puntualizamos:

¹⁶ Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, p. 4.

¹⁷ IGNACIO BEDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, LUIS ARROYO ZAPATERO y otros, *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Praxis Universidad, 1996, p. 233.

Fase interna que se da en el fuero interno del individuo, en su psique y por lo mismo corresponde al ámbito psicológico o subjetivo del autor.

Concepción por concepción se entiende, la acción de concebir, producto de la inteligencia, una concepción grandiosa de la mente.

Deliberación.—Considera atenta y determinante, el pro y el contra de las decisiones, antes de cumplirlas y realizarlas, resolver una cosa con premeditación.

Coyuntura la voluntad del individuo y los obstáculos que a nivel de la psique plantean los restrictores sociales, se delibera sobre los pros y contras y la posibilidad de éxito de la conducta delictiva.

Resolución.—La persona toma una decisión y ha resuelto su voluntad en cierto sentido, que en caso de ser la realización del delito, dará origen a la exteriorización de su voluntad delictiva.

Para el profesor de derecho penal de la Universidad de Belgarano, Edgardo A. Donna, considera que esta fase interna, está integrada en su conjunto por la planificación, cuyo contenido es impune.¹⁸

En síntesis podemos decir con Stratenwerth, que una decisión de acción cuya realización no se comienza, permanecerá siempre impune, dado que el Derecho Penal no estimula la formación moral del individuo, sino que tiene la misión del individuo, sino que tiene la misión de proteger un determinado orden social, sólo la lesión de este orden puede constituir un hecho ilícito, en este sentido la decisión no lesiona a nada ni a nadie.¹⁹

Fase externa, se caracteriza por la exteriorización social de la voluntad y que naturalmente, se da fuera de la persona misma del autor.

Preparación.—El sujeto excogita lo necesario para tener éxito en el objeto de su conducta criminosa.

Ejecución.—Son aquellos actos mediante los cuales el agente inicia la ejecución del delito, es el momento más importante en la perspectiva penal, a partir de aquí puede considerarse la tentativa punible, por el inicio o comienzo de la ejecución del delito.

Agotamiento.—Término de consumación del delito consecución efectiva del objeto propugnado por el autor por la realización de la conducta.

La dicha fase es objeto de estudio los actos preparatorios y los actos ejecutivos, los primeros son aquellos a través de los cuales el sujeto agente "prepara" lo necesario para alcanzar el éxito en el objeto de su conducta criminosa.

La persona sigue a su futura víctima para conocer sus movimientos, tiempos, lugares, compra una arma, prepara su coartada, etc. como el caso de la resolución manifiesta, los actos preparatorios no son punibles.

Son actos ejecutivos aquellos a través de los cuales el agente inicia la ejecución del delito ciertamente este es el momento más relevante desde la perspectiva

¹⁸ EDGARDO A. DONNA, *La tentativa*, Ed. Belgrano, p. 14.

¹⁹ GUNTHER STRATENWERTH, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Edesa, Madrid, 1982, p. 200.

penal, en el que se hace necesario precisar desde qué momento puede considerarse el inicio de la tentativa punible.

FASE INTERNA Y FASE EXTERNA DEL DELITO

Hasta que una conducta humana llega a realizar perfectamente uno de los tipos dolosos previstos en la parte especial de un Código Penal (consumación) pasa por distintos momentos o fases por los que se suele decir que discurre el *iter criminis*, todo delito nace como una acción humana, en la mente del autor, la deliberación puede ser más o menos grave e incluso faltar, pero la resolución más o menos lúcida, es presupuesto de todo hecho doloso, ahora bien la fase interna no puede ser objeto de castigo por el derecho, sólo si se llega a traducir en una fase externa.²⁰

En el Derecho Penal moderno se parte de la distinción, entre moral y derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos, lo anterior no se discute, más opinable es la determinación del momento de la fase externa en que puede intervenir el derecho penal. Por de pronto cabe distinguir dos grandes momentos externos; la fase de actos preparatorios y la fase de ejecución.

Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son ejemplos de actos preparatorios.

Iniciar la acción de disparar sobre la víctima ya es en cambio, un ejemplo de comienzo de la parte ejecutiva.

¿Cabe castigar los actos preparatorios? ¿Hay que esperar a los actos ejecutivos? Al respecto podemos dar crédito al principio de impunidad de los actos preparatorios, se exceptúan algunos actos preparatorios que se reputan especialmente peligrosos y que son punidos:

Conspiración: La conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. En el fondo se trata de una fase inicial del delito que implica la preparación de una coautoría delictiva, de ahí entonces es que para que exista es necesaria que se den las cualidades de posibles autores de un delito determinado; no basta simplemente concierto delictivo en general o en abstracto, ni tampoco concierto de un delito concreto sin que los sujetos tengan las posibles cualidades de autor. No basta tampoco con un simple cambio de impresiones, es necesarios el acuerdo delictivo para la ejecución y la resolución ejecutoria.²¹

Proposición: La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo. Se trata de una preparación de una posible inducción. La invitación es necesario entenderla como más allá de un consejo, es decir, como una acción efectiva de carácter psicológico, sobre otras personas. Por eso es resolución a cometer, no a ejecutar el delito, esta

²⁰ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, producción Reppertor S.L., p. 326.

²¹ JUAN BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal, parte general*, Ed. PPU, p. 416.

actividad se solicita a otra persona. De ahí que la proposición aceptada y realizada convierte a la proposición en inducción. En el fondo este precepto cubriría lo que en la doctrina comparada (*cf.*: 30, I C.P: alemán) se conoce como inducción frustrada (o intentada) ya que si se induce a otro a ejecutar un delito, pero éste en definitiva no lo realiza, se estaría ante una simple proposición. En cambio, no podría caber el castigo de la complicidad frustrada (o intentada), ya que en ella complicidad no hay invitación a ejecutar un delito, sino a colaborar en la realización de un delito.²²

Provocación: Existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquier delito.²³

Apología: Es apología, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una iniciativa directa a cometer un delito.²⁴

Los actos preparatorios y entre ellos la conspiración, la proposición y la provocación, presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado, en cuanto al autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la tentativa.

TENTATIVA

Concepto de tentativa

Wessels, da un concepto de tentativa, afirmado que es la manifestación de la resolución del autor de cometer un hecho punible mediante acciones que se ponen en relación directa para la realización del tipo legal, pero que no han producido la consumación.²⁵ Welzel, por su parte, afirma que la tentativa es la realización de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de delito. En la tentativa, sigue diciendo Welzel, el tipo objetivo no está completo. Por el contrario, el tipo subjetivo debe darse íntegramente, y por cierto, del mismo modo como tiene que aparecer en un delito consumado.²⁶

De ambos conceptos, se deduce que, en principio, en la tentativa, lo que fundamentalmente se da, es un defecto en el tipo. El autor asume erróneamente la existencia de circunstancias de hecho que, en caso de estar presente, confi-

²² *Op. cit.*, p. 416.

²³ SANTIAGO MIR PUIG, *Derecho Penal, parte general*, producción Repperton S.L., p. 334.

²⁴ *Op. cit.*, p. 336.

²⁵ JOHANNES WESSELS, *Derecho Penal*, Depalma, Bs. As., 1980, p. 174.

²⁶ HANS WELZEL, *Derecho Penal alemán*, Ed. Jurídica de Chile, Santiago, 1993, 4ª ed., Castellana, p. 23.

figurarían la parte objetiva del tipo penal.²⁷ Por lo cual, se puede afirmar que la tentativa es una manifestación delictiva con un déficit en el tipo objetivo, o dicho en otros términos, en la tentativa se da que, junto a un tipo penal subjetivo cumplido plenamente, existe un tipo penal objetivo incompleto. Hay pues un defecto de congruencia, puesto que el autor, por un problema de error, cree que existen circunstancias del tipo objetivo, que de darse, llevarían a que se diera el tipo objetivo, y con ello la congruencia.²⁸

Para Francisco Muñoz Conde hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o en parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.²⁹

El tipo de la tentativa

- a) En la parte objetiva una ejecución parcial o total no seguida de consumación
- b) En la parte subjetiva la voluntad de la consumación
- c) La ausencia de desistimiento voluntario

La tentativa punible, debe darse el dolor, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer esta una puesta en peligro para el bien jurídico protegido.

A) *Tentativa inidónea y delito imposible*.—Aquellos casos en los que aun realizados actos encaminados a la comisión de un delito, la realización de éste es imposible por:

- a) La inidoneidad de los medios (arma, medicamento, intentar matar a alguien con conjuros o atravesándole alfileres a un muñeco)
- b) Por la inexistencia del objeto (se pretende matar a un cadáver)

Por razones político criminales se rechaza la punibilidad de la tentativa irreal o inidónea o imposible, se excluyen aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido.

B) *Tentativa acabada o delito frustrado*.—El agente ha agotado con su conducta todos los actos conducentes para que se consuma el delito, faltando únicamente a partir de aquí, que se consuma el resultado.

C) *Tentativa inacabada o simple tentativa*.—El agente no alcanza a realizar todos los actos necesarios para originar el resultado delictivo:

²⁷ REINHART MAURACH KARLITEINZ GÖSSEL, *Derecho Penal, parte general*, Ed. Astrea, 1995, traducción de la séptima edición alemana, T. II, p. 199.

²⁸ MAURACH-GÖSSEL, *op. cit.*, p. 189, HANS HEINRICH, *Tratado de Derecho Penal, parte general*, Comares, Granada, 1993, 4ª ed., trad. por José Luis Manzanares Samaniego, p. 416.

²⁹ FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, parte general, op. cit.*, p. 70, en el mismo sentido véase a: ALBERTO CAMPOS, *Derecho Penal*, p. 242, ENRIQUE BACIGALUPO, *Lineamientos elementales de la teoría del delito*, p. 82.

a) Por causas ajenas al agente

b) Por desistimiento del agente

Ejecución parcial o total, para la determinación del grado de ejecución alcanzado y, en particular, para decidir si la ejecución es total o parcial, cabe adoptar un punto de vista objetivo o subjetivo. Ello se plantea en dos sentidos distintos, por una parte si son actos ejecutivos sólo los que corresponden al sujeto, o si por el contrario una ejecución completa precisa la concurrencia de todos los actos objetivamente necesarios para la producción del delito, con independencia de quien deba realizarlos.

Fundamento de la punición de los actos anteriores a la consumación del delito

Teoría objetiva: El castigo penal de la tentativa se basa sólo en la puesta en peligro del objeto de la acción protegida en el tipo. La justificación del castigo no reside en la voluntad sino en el peligro próximo.

Teoría subjetiva: El fundamento para punir la tentativa en la voluntad del agente (independientemente del resultado) voluntad criminal externada con el propósito manifiesto de delinquir.

A manera de epílogo hacemos las siguientes consideraciones:

El legislador tiene varias opciones a efecto de establecer sanciones a las etapas de realización del delito *Iter criminis* criterio de política criminal y criterios normativos, teniendo como límite el respeto a las garantías constitucionales del gobernador, "preocupación" del Derecho Penal moderno, en contra de la arbitrariedad y terror del Derecho penal antiguo.

La respuesta estatal frente a las formas imperfectas de ejecución del delito, corresponde a criterios endurecidos, según, para dar solución al incremento de la criminalidad en México, el tratamiento de la conspiración, la provocación, y proposición, al ser punidos, forman parte de las características de un estado totalitario, comentario de George P. Fletcher.

Es importante centrar el problema que se plantea por la doctrina y la codificación penal mexicana, para tal efecto analizamos en el apartado de Delitos contra la seguridad de la Nación, el artículo 123 relativo al tipo penal de Traición a la Patria, fracción II que a la letra dice:

II. Tome parte en actos de hostilidad en contra de la Nación, mediante acciones bélicas a las órdenes de un Estado extranjero o coopere con este en alguna forma que pueda perjudicar a México.

Quando los nacionales sirvan como tropa, se impondrá pena de prisión de nueve años y multa hasta de diez mil pesos.

Se considerará en el supuesto previsto en el primer párrafo de esta fracción, al que prive entregarla a las autoridades de otro país o trasladarla fuera de México con tal propósito.³⁰

³⁰ Código Penal para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia Federal, Ed. Porrúa, 1997, p. 4.

De lo anterior podemos colegir en relación al tema en comento; según el tipo penal de Traición a la Patria, mediante la forma que señala la fracción II último párrafo, este delito se consuma con el *propósito de trasladar a una persona en el territorio nacional para entregarla a las autoridades de otro país o trasladarla fuera de México* (independientemente de la privación de la libertad). En segundo lugar hay que distinguir entre los actos de preparación, inicio de ejecución, ejecución y consumación. En qué posición colocamos el propósito? En los actos preparatorios, si al inicio de la ejecución, en la ejecución, o en la consumación, el código punitivo en el artículo de referencia lo da como consumado con el simple propósito, consideramos que debe ser ubicado en los actos de preparación y consecuentemente no corresponderle sólo al concepto punición.

Cabe preguntar, el propósito del agente podrá ser irrumpido por una causa ajena a su voluntad? No, en virtud de haberlo ubicado en los actos preparatorios, si el propósito se convierte en inicio de actos ejecutivos y ahí se irrumpe por causa ajena a la voluntad del agente, aparece el concepto de tentativa, si el propósito terminó su ejecución y además se consumó, se actualiza el delito de Traición a la Patria, que requiere de la justificación de los elementos objetivos y subjetivos, a diferencia de la tentativa en la que debe darse el tipo objetivo incompleto y el tipo subjetivo completo, esto quiere decir que en principio el dolo del autor debe ser igual al delito consumado.

El delito en comento refiere el dolo (propósito) con la intensidad del delito consumado, lo traslada a la actualización de actos futuros e inciertos, en nuestro concepto el término propósito sin la realización de la consumación, no debe constituir en sí delito, por compartir la opinión de que los actos preparatorios no deben ser punidos, independientemente de que pueda justificarse ese delito en grado de tentativa.

Otro problema que se plantea es en la tentativa inidónea y delito imposible hipótesis, por defecto en los medios o el objeto, al respecto se ha expresado que la tentativa tiene como requisito toral la puesta en peligro y la voluntad de la puesta en peligro, si no hay puesta en peligro no hay tentativa, y si no hay voluntariedad no hay tentativa.

Vgr. Una persona va manejando y por contestar el celular se distrae y está a punto de atropellar a otra persona, la que observa la trayectoria del vehículo y corre al máximo, evitando la colisión, ¿hubo tentativa? No, porque faltó la voluntariedad, pero sí hubo una puesta en peligro.

El problema se plantea en la intensidad de la puesta en peligro, dista el ejemplo anterior del que a continuación se expresa:

Una persona concibe, delibera, resuelve, dar muerte a otra, realiza medios de preparación toda vez que ubica los lugares que frecuenta la persona a quien desea dar muerte, ésta al llegar a su domicilio en la noche decide apagar la luz y al acostarse le da un infarto y muere antes de que el "autor" dispara y según éste logra su objetivo.

Los hechos anteriormente reseñados no son punibles por inidoneidad en el objeto, la cuestión es que si el "autor" utilizó una arma de bajo calibre para lograr su objetivo o utilizó un rifle de alto poder, efectivamente en la primera hipótesis es menor la identificación del potencial criminal en el "autor" que en la segunda, el medio utilizado es diferente y representa en la voluntad del "autor" una mayor peligrosidad, el punto neurálgico es si esa conducta debe o no ser penada, se ha resuelto este problema con la incorporación de un delito general de puesta en peligro temeraria que ha encontrado eco en muchos códigos penales, contemplando la idea la rebelión al en contra del ordenamiento jurídico y el peligro que resultó a la sociedad con su alta intención criminosa (el rifle de alto poder).

Otra cuestión planteada se suscita cuando la realización del hecho supone no sólo la actuación del sujeto, sino también la de otra u otras personas, utilizadas como instrumentos:

Alguien trata de envenenar a otro echando veneno en el café que ha de servir un criado y ha de tomarse la víctima. Si el criado no sirve el café o la víctima no se lo toma el delito ha quedado intentado.

¿Pero habrá de considerar completa o incompleta la ejecución del hecho?

¿Será menos completa la ejecución, si el café no llega a servirse, que si es la víctima la que no se lo toma?

Todo depende de si los actos del criado y de la víctima se consideran parte de la ejecución o si ésta se limita a la actuación del sujeto que intenta el envenenamiento.

Esta hipótesis se plantea también a nivel del análisis de la *autoría mediata* que concurre precisamente cuando el delito se realiza a través de otra u otras personas como instrumentos. Consecuentemente la ejecución del hecho utilizando a otras personas como instrumentos empieza ya en el momento en que actúa el sujeto que utiliza al otro: En el ejemplo en el momento en el que el sujeto vierte el veneno en el café.

Gravedad de la tentativa, la actuación del sujeto de la tentativa como de los instrumentos, influyen en la gravedad de la tentativa, sólo la actuación del sujeto del intento puede afectar al *desvalor de la acción* de la tentativa, pero los actos de los instrumentos condicionan la eficacia de ésta y por tanto su *desvalor del resultado*.

