

# LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL, UNA NUEVA PROPUESTA

Miguel Ángel MANCERA ESPINOSA\*

SUMARIO: I. *Introducción.* II. *La tentativa en el proyecto de Código Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.* III. *Conclusiones.* IV. *Bibliografía.*

## I. INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con el análisis de la figura jurídica a que alude el título de este trabajo, quisiera agradecer de manera muy cumplida la inmerecida invitación que amablemente me formuló la doctora Olga Islas de González Mariscal para participar en estas *Segundas Jornadas sobre Justicia Penal*. De igual forma, permítaseme hacer extensivo mi agradecimiento al doctor Sergio García Ramírez. Debo decir que es para mí un verdadero honor que se me permita intervenir en un evento de la importancia y trascendencia de éste, al lado de estudiosos del derecho penal.

En este breve ensayo se ofrece un punto de vista respecto del tipo de tentativa que presentó el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en su proyecto de Código Penal.

Para abordar la figura jurídica de la tentativa, es conveniente recordar que ésta se ubica en la etapa externa del *iter criminis*, y que concretamente requiere de una actividad que supere la preparación del delito, es decir, alcanzar lo que se conoce como etapa de ejecución, la cual, a lo largo del desarrollo de la tentativa, se ha constituido como la exigencia mínima para advertir la relevancia penal y alcanzar así la justificación del acto de

\* Abogado postulante, profesor por oposición de derecho penal en la UNAM, profesor titular de maestría y especialización del INACIPE.

intervención del Estado en cumplimiento del principio de legalidad, y de los subprincipios de mínima intervención y de fragmentación.<sup>1</sup>

## II. LA TENTATIVA EN EL PROYECTO DE CÓDIGO PENAL DEL INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS DE LA UNAM

### 1. *Los motivos*

El proyecto de Código Penal del Instituto, en cuanto al tema de la tentativa, expone la siguiente motivación:

Al definir la tentativa se tomaron en consideración los puntos fundamentales que la definen: a) la exteriorización de la conducta, b) la puesta en peligro del bien jurídico y c) la no consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

Se regulan, asimismo, el desistimiento y el arrepentimiento activo y eficaz, figuras que reconocen las más modernas legislaciones.<sup>2</sup>

### 2. *El concepto de tentativa propuesto*

En el proyecto que nos ocupa, la definición de tentativa está prevista en el Capítulo II, artículo 13, y es la siguiente:

“Artículo 13. Existe tentativa punible cuando la intención se exterioriza ejecutando la actividad que debería de producir el delito u omitiendo la que debería de evitarlo si, por causas ajenas a la voluntad del agente, no hay consumación pero se pone en peligro el bien jurídico”.

Si el agente desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá sanción alguna, pero si la acción o la omisión ejecutadas constituyen por sí mismas algún delito distinto, se aplicará la pena o medida de seguridad correspondiente.

Podemos decir que la definición propuesta, cumple con los elementos propios del tipo de tentativa,<sup>3</sup> así como con la idea generalizada que existe en la doctrina respecto a dicha figura, es decir, el entenderla como una resolución de voluntad exteriorizada mediante actos ejecutivos encamina-

1 Véase Claus, Roxin, *Derecho Penal. Parte General*, t. I, Madrid, Civitas, 1997, pp. 44 y ss.

2 Tomado de la exposición de motivos.

3 Entendido como tipo complejo según Mir Puig, Cerezo Mir y Antolisei.

da hacia la producción de un resultado específico, cuando éste no llega por causas ajenas a la voluntad del activo. Un buen número de penalistas de diversos países, como por ejemplo Muñoz Conde, en España, quien sostiene que la tentativa es una causa de extensión de la pena que surge por una necesidad de política criminal de extender la amenaza penal prevista para los tipos penales consumados a ciertas conductas que se identifican como cercanas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguir el resultado.<sup>4</sup> Del mismo modo Santiago Mir Puig precisa que la tentativa puede encontrarse una vez que el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, entonces se tiene que advertir una ejecución parcial o total no seguida de consumación, y una voluntad de consumación, así como la ausencia de desistimiento voluntario.<sup>5</sup> En México, Fernando Castellanos Tena la entiende como los actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto;<sup>6</sup> también en nuestro país, Olga Islas y Elpidio Ramírez consideran que los tipos de tentativa se obtienen sustituyendo en el respectivo tipo típico la lesión del bien jurídico por la puesta en peligro del mismo, por lo que se requiere una conexión normativa de sentido entre el tipo consumatorio y el artículo 12.<sup>7</sup> En Argentina, Raul Zaffaroni, advierte que se trata de la punición de la conducta que no llega a llenar todos los elementos típicos por quedar en una etapa anterior a la realización, se trata de un dispositivo amplificador del tipo, de un delito incompleto.<sup>8</sup> Por su parte Marcelo Sancinetti la concibe como la voluntad exteriorizada del autor, contrapuesta a la norma de comportamiento,<sup>9</sup> y finalmente en Alemania, Welzel la entendió como realizar de la decisión de llevar a efecto un crimen o simple delito, mediante acción que constituye un principio de ejecución del delito,<sup>10</sup> y Günther Jakobs plantea la visión del delito tentado entendiendo

<sup>4</sup> Para profundizar en su pensamiento se puede consultar en Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal. Parte general*, 2a. ed., Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, en el apartado de “fundamento y castigo de la tentativa y la frustración”, pp. 431 y 432.

<sup>5</sup> Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996, p. 336.

<sup>6</sup> Castellanos Tena, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a. ed., México, Porrúa, 1984, p. 284.

<sup>7</sup> Así afirma Márquez Piñero, Rafael, *El tipo penal*, México, UNAM, 1992, p. 221.

<sup>8</sup> Zaffaroni Raúl, Eugenio, *Derecho penal. Parte General*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 774-776.

<sup>9</sup> Sancinetti, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997, p. 354.

<sup>10</sup> Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., Santiago de Chile, Cárdenes, 1993, p. 224.

que se trata de una complementación anticipadora en relación con los tipos de consumación.<sup>11</sup>

### *3. El planteamiento en general de la regulación de la tentativa*

Como se desprende de este repaso del pensamiento de los dogmáticos nacionales y extranjeros, resulta factible reiterar que en cuanto al concepto de tentativa, la propuesta del proyecto de Código Penal se ocupó, tal y como lo señala la exposición de motivos, de dar cuenta de todos los elementos necesarios para la actualización de la figura en cuestión, sin embargo, también debemos decir que la definición deja fuera los elementos constitutivos de la tentativa acabada y la inacabada, es decir, la mención de que el activo realice total o parcialmente los actos tendientes a la consumación, lo que desde mi punto de vista sería conveniente incluir en la propia descripción típica y no sólo en la parte de la individualización de la pena, a fin de evitar la diversidad de interpretaciones. Esto no significa que el proyecto de Código Penal del Instituto sea indiferente a la relevancia de las figuras de tentativa acabada e inacabada, pues el artículo 68, en el que se establece la pena para el delito tentado, impone la obligación de atender al grado de ejecución que se alcance; así se observa en la siguiente transcripción:

Artículo 68. La punibilidad aplicable a la tentativa será de las dos terceras partes de la establecida para el respectivo delito doloso consumado, salvo disposición en contrario.

Para imponer la pena o medida de seguridad correspondientes, el juez deberá valorar el grado a que se llegó en la ejecución del delito y la magnitud de la puesta en peligro del bien protegido en el tipo.

Lo que afirmo es que, a fin de evitar confusiones, es conveniente incluir los elementos mencionados desde la redacción del tipo de tentativa.

También es destacable que el proyecto que nos ocupa prevé la impunidad para los casos, tanto del desistimiento del activo cuanto del arrepentimiento eficaz, es decir, se continúa con la tendencia mayoritaria de conceder relevancia a que el sujeto, de forma voluntaria, deje de realizar los

<sup>11</sup> Jakobs, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Cuello Contreras y González de Muñoz, Madrid, Marcial Pons, 1995, p. 856.

actos tendientes a la consumación, o que una vez realizados éstos, lleve a cabo otros de un modo eficaz con la finalidad de evitar tal consumación, salvo que se actualice tentativa cualificada, tendencia que conserva la línea de anteriores códigos, incluyendo el de 1931.

Que el proyecto no incluya en el artículo 13 ni en el 68 la obligación de observar el grado de culpabilidad, no representa un obstáculo para sostener que se cumple con la moderna tendencia de orientar los ordenamientos penales hacia un derecho penal de hecho, en virtud de que el artículo 57 del mismo código contiene en forma general la obligación de observar la magnitud de la culpabilidad en el momento de la individualización de la pena, tal y como se puede corroborar con la lectura de su primer párrafo:

“Artículo 57. El juez, al dictar sentencia condenatoria, individualizará las penas y medidas de seguridad, dentro de los límites establecidos por este Código para cada delito, con base en la magnitud de la culpabilidad del agente, determinada por:”

Por ello, la operación jurídica de prelación lógica debería consistir en que el juzgador, en el momento de considerar actualizado y probado el tipo de tentativa, tuviera que observar la magnitud de la culpabilidad del agente determinada por los elementos del artículo 57 del proyecto, y con tal parámetro aplicara la consecuencia jurídica del delito concreto, es decir, la pena del delito que pretendía consumarse, llevando a cabo finalmente, con dicho resultado o parámetro de pena, la atenuación obligatoria que establece el artículo 68, por lo que en el momento de la punición sólo se aplicarían las dos terceras partes del mismo.

#### 4. Un problema concreto

Sin duda uno de los temas de más debate en torno a la tentativa del delito consiste en establecer si ésta debe alcanzar la relevancia penal. La respuesta a dicha pregunta, lejos de poder considerarse superada,<sup>12</sup> se encuentra en constante discusión, y seguramente así seguirá, por la simple razón de que existen cuando menos tres formas distintas de fundamentar la sanción de la tentativa inidónea; tales formas son las subjetivas, las ob-

12 En contra de esta idea, véase García García, Rodolfo, *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*, México, Porrúa, 2001, p. 203, quien afirma que los criterios expuestos en su trabajo constituyen la solución de los problemas no resueltos en torno a la teoría de la tentativa, al desarrollar un conocimiento científico novedoso que rebasa el conocimiento existente.

jetivas y las normativas. Por supuesto que no es el momento de explicar cada una de ellas ni justificar la integración o no del injusto con los planteamientos de diversos autores,<sup>13</sup> pero sí de preguntar si con la nueva redacción del proyecto que analizamos, queda limitada la forma de punir en cuanto a la idoneidad o inidoneidad del delito tentado.

Tanto en nuestro país como en el caso de España, se ha considerado que la exigencia de idoneidad en la tentativa deriva de la redacción propuesta por el legislador, esto es, que si bien es cierto en la definición legal, no se establece diferencia expresa entre la tentativa idónea e inidónea, sin embargo, tal y como lo señala el penalista Berdugo Gómez de la Torre, es necesario inferir esta diferencia de la frase “actos ejecutivos que deberían producir el resultado”, debido a que el legislador está reclamando una determinada actitud de la acción,<sup>14</sup> el problema es que tal y como lo hemos expuesto en otros trabajos, la exigencia de que se trate de actos que deberían producir el resultado no resuelve la duda planteada, pues, por ejemplo, pensemos en un sujeto que se acerca a un vehículo, en el cual supone se encuentra su víctima, y efectúa la descarga de seis disparos sobre la ventanilla del conductor, sin saber que el sujeto había bajado a comprar unos cigarrillos; él ha realizado en su totalidad una conducta que *debería producir el resultado*, el que no llegó debido a que existía una ausencia momentánea del sujeto pasivo.

Ahora bien, en el caso concreto, la propuesta del Instituto de Investigaciones Jurídicas plantea la misma exigencia o reclamo legislativo, pues incluye la frase que exige la necesaria presencia de una actividad que debería producir el delito, pero tal y como hemos dicho, eso no resuelve el punto de si es que puede penarse una tentativa inidónea o no, pues bien podría colmarse la descripción típica del delito tentado alcanzando la relevancia penal, con el solo hecho de que se actualizara una conducta que debería de producir el resultado, sin que para ello se afirmara la exigencia de su idoneidad.

13 En el monismo objetivo Von Liszt, Carrara, Feuerbach, Hugo Rocco, Von Buri, Schönke, Beiling, Mayer, Sauer, Hippel, Finger, Von Claker, Bettoli, Delitala, Battagliani, Impallomeni, Florian, Maggiore, Carnevale Pannain y Vasalli, en el monismo subjetivo Hold Von Ferneck, Alexander Graf Zu Dohna, Karl Binding, Adolf Merkel, Gustav Radbruch, Liepmann, Horn, Armin Kaufman, Ziegelsky, Pesina Ferrini, Civoli, Antolisei, Rocco, Alimena, Cornelutti, Messina Grispigni, Moreno-Torres Herrera, en el dualismo entre otros A. Jescheck, Juan Bustos, José Cerezo, Stratenwerth y Muñoz Conde.

14 Berdugo Gómez de la Torre *et al.*, *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999, p. 198.

El punto es que debe distinguirse con todo cuidado la diferencia entre los conceptos de peligro y peligrosidad, así como la perspectiva de análisis. Por lo que se refiere al peligro, éste sólo es constatable mediante una perspectiva *ex post* y con un juicio de diagnóstico, y por lo que se refiere a la peligrosidad, ésta puede advertirse *ex ante* y el juicio a realizar es de pronóstico; en torno a ello, veamos la explicación que da Martínez Escamilla:

- a) El peligro, como una característica de la acción, como un atributo del comportamiento para el cual podría reservarse la expresión de peligrosidad de la conducta.
- b) Como una situación de la que se ve precedida la lesión del bien jurídico, como un estado conceptualmente separable, diferenciable de la acción a la que sucede: el peligro como estado o “puesta en peligro”.<sup>15</sup>

Pero entonces, ¿qué pasa con el proyecto que nos ocupa? El punto clave es el primer párrafo del artículo 13, donde se establece la exigencia de que se ponga en peligro al bien jurídico, es decir, de acuerdo con lo expuesto, la tentativa punible en tales términos exigirá la comprobación de un cierto peligro para el bien jurídico, por lo que de entrada podemos decir que se trata de una postura que sigue una tendencia dogmática que pretende alejarse del monismo subjetivo, en el que sólo es relevante el desvalor de acción (aun cuando hay posturas como la de Moreno Torres, que plantea la necesidad de comprobar cierta peligrosidad en el actuar), y por tanto, se advierte como dualista, esto es que en la integración del injusto de la tentativa debe concurrir tanto el desvalor de acción como el desvalor de resultado, por lo que no bastará con señalar la concurrencia de peligrosidad en la acción de sujeto, pues sin duda una conducta puede ser potencialmente peligrosa, pero lo que se tendrá que comprobar es la concurrencia de peligro. Así pues, al plantear el aludido requisito legislativo en la práctica, se volverá indispensable la realización del juicio de peligro, y aquí es donde habrá de ponerse de acuerdo la interpretación de tribunales, pues comparto con Alcacer Guirao la exigencia de advertir varios elementos en dicho juicio, y sobre todo el saber manejarlos. Estos elementos serían:

<sup>15</sup> Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992, p. 54.

- La perspectiva o punto de vista, es decir *ex ante* o *ex post*.
- El momento del hecho, que puede ser al inicio de la acción, al concluir la acción, posterior a la acción y anterior al resultado, y posterior al resultado.
- Los conocimientos del observador, que pueden ser nomológicos y ontológicos, además del tipo de exigencia en los conocimientos, es decir si sólo se requieren los del autor, los de hombre medio o bien los de un especialista.<sup>16</sup>

Y más aún, habrá que tener cuidado extremo, ya que, en definitiva, al realizar un análisis *ex post*, toda tentativa resulta ser inidónea, pues de lo contrario sin duda el delito se encontraría consumado, por lo que debido a la brevedad de este trabajo, sólo puedo afirmar que se requerirá que la acción produzca un peligro *ex post*, pero que el mismo sea imputable *ex ante*. Sin embargo no se puede perder de vista que el juicio de peligro realizado *ex ante* también puede ocuparse de la peligrosidad a la que ha sido expuesto un bien jurídico en concreto, lo importante es no dejar de advertir la necesidad de orientar nuestra legislación hacia un derecho penal preventivo, y no de un derecho penal que sancione sólo resultados, por lo que en el caso concreto, hay que entender y aplicar el juicio de peligro que se exige con esta orientación, para estar acordes con un derecho penal social y democrático.

### III. CONCLUSIONES

1. De acuerdo con lo expuesto, se puede afirmar la exigencia de un desvalor de acción completo, es decir el constatable *ex ante* al término de la acción, así como un desvalor de resultado secundario, esto es *ex post* al término de la acción, para las tentativas idóneas.
2. Para las tentativas inidóneas sólo se cuenta con un desvalor de acción completo.
3. La pena podrá ser graduada de conformidad con el grado de peligro alcanzado.
4. Es indispensable realizar el “juicio de peligro” de acuerdo con los parámetros expuestos.

<sup>16</sup> Alcácer Guirao Rafael, *La tentativa inidónea fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada, Comares, pp. 172 y 173.

5. El peligro debe ser conceptualizado en una forma epistemológica desde la perspectiva intersubjetiva, es decir, bajo los supuestos aceptados por la generalidad de los individuos, analizado por el observador objetivo.

6. Con la redacción del tipo de tentativa propuesto consideramos factible la tentativa inidónea, cuando al iniciar la acción se compruebe la concurrencia de una cierta peligrosidad, es decir, se pueden sancionar tentativas de las llamadas inidóneas, dependiendo del grado de peligro.

7. Las conductas no peligrosas para el bien jurídico desde la perspectiva *ex ante*, al inicio de la acción son necesariamente impunes, lo que se conoce como tentativas supersticiosas.

8. El proyecto de Código Penal del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM cumple con los requisitos del tipo de tentativa que plantea la doctrina mayoritaria tanto nacional como extranjera.

#### IV. BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea, fundamentación de punición y configuración del injusto*, Granada, Comares, 2000.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE et al., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Barcelona, Praxis, 1999.
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos elementales de derecho penal*, 20a. ed., México, Porrúa, 1984.
- GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible* México, Porrúa, 2001.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte general*, trad. de Cuello Contreras y González de Murillo, Madrid, Marcial Pons, 1995.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Tentativa del delito*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1971.
- MARGADANT, Guillermo, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, Naucalpan, Estado de México, Esfinge, 1994.
- MÁRQUEZ PIÑERO, Rafael, *El tipo penal*, México, UNAM, 1992.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, Edersa, 1992.
- MAURACH REINHART-ZIPF Heinz y GÖSSEL Heinze, *Derecho penal. Parte general*, t. 2, trad. de Bofill Aimone, Buenos Aires, Astria, 1994.
- MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte general*, 4a. ed., Barcelona, PPU, 1996.

- MOMMSEN, Teodoro, *Derecho penal romano*, Bogotá, Temis, 1999.
- MORENO TORRES-HERRERA, María Rosa, *Tentativa y delito irreal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., Valencia, Tirant lo Blanch, 1996.
- PALACIOS VARGAS, Ramón, *La tentativa*, 2a. ed., México, Cárdenas, 1979.
- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, *Breve ensayo sobre la tentativa*, 5a. ed, México, Porrúa, 1998.
- PLASCENCIA VILLANUEVA, Raúl, *Los delitos contra el orden económico*, México, UNAM, 1995.
- SANCINETTI, Marcelo, *Ilícito personal y participación*, Buenos Aires, Ad-Hoc, 1997.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal alemán*, 4a. ed., Santiago de Chile, Cárdenas, 1993.
- ZAFFARONI RAÚL, Eugenio, *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000.