

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

| | |
|---|----|
| I. Actos de preparación y actos de ejecución | 53 |
| 1. Origen: | 53 |
| 2. Actos de preparación y actos de ejecución: (Carrara. Beling. Cavallo. Maggiore. Vannini. Manzini. Impalomeni. Sacarano. Delitala. Bettoli. Petrocelli. Antolisei. Vassalli. Siniscalco. Soler. Sánchez Tejerina. Welzel. Cuello Calón. Puig Peña. Saltelli e Romano di Falco. Von Litzt. Jiménez de Asúa. Mezger. Frank. Hippel. Palacios. Pavón Vazconcelos) . . . | 56 |
| II. La idoneidad y la univocidad de los actos | 68 |
| 1. Idoneidad: (Mittermaier. Scarano. Carrara. Manzini. Petrocelli. Bettoli. Vannini. Antolisei. Battaglini. Vassalli. Siniscalco) . . . | 68 |
| 2. Univocidad: (Scarano. Petrocelli. Siniscalco. Pedrazzi. Antolisei. Cavallo. Vassalli. Ramón Palacios. Pavón Vazconcelos. Opinión) . . . | 74 |
| III. La interpretación de la norma | 85 |

CAPÍTULO CUARTO

LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA *

I. ACTOS DE PREPARACIÓN Y ACTOS DE EJECUCIÓN

1. *Origen*

Acerca del origen de la biparticipación clásica de los actos en preparatorios y ejecutivos, impugnando la división bipartita¹⁴³ Scarano afirma su fundamento político y no jurídico, refiriendo que la misma, parte de premisas de carácter histórico, por no contener en sí misma los motivos que pudieran explicarla y justificarla sobre el plano jurídico. Tales premisas son el jusnaturalismo

* El presente capítulo es desarrollado con un análisis general de los criterios sostenidos o seguidos por la doctrina, en torno al problema, efectuado en relación y con las fórmulas seguidas en textos penales de otros países, principalmente el italiano y menos el alemán. Tal situación no es irregular si se considera que han sido principalmente los juristas estudiosos de ambos países los que más han profundizado en la cuestión —la misma situación también se presenta en la doctrina española— y, lógicamente, sus intervenciones son en relación con las fórmulas adoptadas en los códigos de los respectivos países; en consecuencia, las referencias a la doctrina y a la jurisprudencia extranjera, no pueden perder de vista que la misma intenta resolver el problema de acuerdo con las bases legales y medios que tienen para ello.

En el subcapítulo, "Actos de preparación y actos de ejecución", se hace necesario recurrir a la doctrina extranjera para tratar de conocer el fundamento y la trascendencia de la bipartición clásica; se recurre a la doctrina en el exterior, principalmente a la italiana que por las razones anteriormente señaladas, derivantes de los problemas presentados y discusiones surgidas como consecuencia del criterio seguido en la delimitación de la tentativa punible en el anterior Código Zannardelli, con su aceptación plena del principio del inicio de la ejecución, y el contenido de la ley actual con la variación de la fórmula en el texto legal, y la manifiesta intención del legislador por variar el criterio para determinar la tentativa punible y la reacción de la doctrina aceptando o rechazando la nueva tesis.

Siendo el problema de la aceptación del criterio de la bipartición clásica de los actos o no, y la posible determinación de la tentativa punible con fundamento en ella, un problema común a las diversas legislaciones, no importando el texto adoptado en los mismos, no existe dificultad en aceptar el orden de exposición que nos hemos fijado para el análisis.

En el subcapítulo segundo, no obstante que la ley mexicana vigente no se refiere expresamente al requisito de la *idoneidad de la acción*, nos referimos a ella porque, por una parte, es concepto utilizado en la ley italiana y en la alemana, lo que nos obliga a citarla para comprender satisfactoriamente los criterios y las discusiones sostenidas en esos países en el intento de aclarar el problema, ya que de otro modo estaríamos con elementos incompletos en la referencia analítica superficial del texto, doctrina y jurisprudencia de esos países, y, por otra parte, el concepto sí fue manejado por el Código de 1929 y posteriormente ha sido nuevamente utilizado en el anteproyecto de 1958, lo que pone en evidencia

como explicación del fundamento ideal y el movimiento liberal como explicación histórica. A esto manifiesta el autor que de la misma no hicieron mención ni el derecho griego, ni el romano, ni el barbárico, ni el canónico, y si bien el derecho romano llegó a conocer y punir la figura de la tentativa en relación con determinados delitos en particular, sin embargo no logró conformarla a sé y menos aún hizo referencia alguna al momento ejecutivo.

Se observa, de esta manera, que el intento parece revelarse en el deseo de delimitar plenamente la esfera del derecho del individuo en el Confronte del Estado, cuestión que en Italia ocurre en la época del Renacimiento libertario cuando, precisamente en torno al problema de la tentativa y haciendo referencia al nuevo código que estaba por ser promulgado, Mancini expresaba la conveniencia de indicar en el artículo correspondiente que no debía bastar la intención de cometer un delito y su manifestación, sino que se hacía necesario comenzar la ejecución del mismo.¹⁴⁴ Tales instancias liberales fueron observadas también en base a los criterios seguidos en diversas de las legislaciones de la época y en sucesivas, mismas que en adhesión al principio del *nullum crimen, nulla pena sine lege* buscaron proteger la libertad de los ciudadanos que no debía ser limitada sino como consecuencia de la comisión de un hecho que encuadrara perfectamente en alguna de las disposiciones legales, anterior a la comisión del hecho mismo.

Finaliza el autor citado, afirmando, como consecuencia de la búsqueda por él realizada, que la referencia al momento de la ejecución de la manera como viene descrito en el modelo de la ley, no es siempre necesario. En el derecho penal, si cada acto puede dar lugar a una acción, no toda acción, penalmente relevante puede quedar reducida a un acto de ejecución. No existe, en resumen, una relación de causa a efecto entre la acción penalmente relevante y la ejecución del hecho previsto en la ley.¹⁴⁵ Y como prueba de cuanto expone, aduce el caso de la *actio libera in causa* donde es patente la imposibilidad de afirmar la ejecutividad de los actos, los delitos de omisión impropia y la existencia de tipos legales específicos que, establecen punición a actos típicamente preparatorios.

Petrocelli¹⁴⁶ en el muy interesante trabajo que ha dedicado al estudio de la tentativa de delito en la ley italiana, en el que obviamente adopta partido respecto al problema suscitado en ese país en torno a la interpretación del artículo 56 del Código Penal que modificó el criterio sustentado en el anterior

que también ha sido y es problema presente en la mente de los legisladores mexicanos y de las Comisiones integradas para la elaboración de nuevos proyectos.

El segundo elemento de la *dirección de los actos*, exige análisis toda vez que es uno de los elementos puestos en juego en el artículo 12 del Código Penal vigente mexicano. Como tampoco hay dificultad en admitir la necesidad de referirse al criterio de la *inmediatez* también utilizado en la ley.

¹⁴³ Scarano L., *op. cit.*, pp. 45-55.

¹⁴⁴ Mancini, en *Discusiones sobre el Primer Libro del Código Penal*, Roma, 1877, p. 54. Citado por Scarano, *op. cit.*, p. 54.

¹⁴⁵ *Ibidem*, *op. cit.*, pp. 63-65.

¹⁴⁶ *Op. cit.*, Cap. II, pp. 53-86.

Código Penal¹⁴⁷ refiriéndose a los antecedentes inmediatos del citado dispositivo y, asimismo, haciendo la relación de los trabajos preparatorios de la comisión que elaboró tal artículo, manifiesta que la distinción entre preparación y ejecución, respecto a la cual tanto han discutido los juristas de todos los tiempos y que permanecen aún a la base de la institución de la tentativa en la mayor parte de las legislaciones de los diversos países, venía adoptada por el Proyecto Preliminar del Código¹⁴⁸ como un auténtico estado de infelicidad intelectual de la doctrina, juicio éste injusto y exagerado porque:

Aún con la delicadeza de los casos límites y la consiguiente explicable variedad de opiniones, en la práctica judicial jamás se había advertido una situación como la señalada, y toda vez que la dificultad de alcanzar una fórmula universalmente satisfactoria era inherente a la materia misma, amén de la exigencia imprescindible de tomar en cuenta, vez por vez, las características particulares de los diversos tipos de acción que la Ley Penal crea, en relación con las varias figuras de delito, las que no se prestan a ser encajonadas en una fórmula única, válida sin excepciones, para todos los casos posibles.¹⁴⁹

En realidad el artículo 58 del Proyecto Preliminar —agrega el autor— respondía a cuestiones políticas y como innovación no fue bien aceptada ni por la doctrina ni por los miembros de la Comisión;¹⁵⁰ así no tuvo favorable acogida ni en las Cortes ni en la Universidad, que en general pusieron en evidencia el peligro derivante de la amplitud del nuevo criterio y el riesgo de perder ese punto de objetiva delimitación que para la tentativa significaba el principio del inicio de la ejecución.

¹⁴⁷ El artículo 56 del Código Penal Rocco, de 1930, expresa: “aquel que realiza actos idóneos, dirigidos en modo no equivoco a la comisión de un delito, responde de delito tentado si la acción no se cumple o el resultado no se verifica.”

El artículo 61 del Código Zanardelli de 1889, expresaba: “Aquel que, al fin de cometer un delito, comienza con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo aquello que es necesario a su comisión y consumación...”

El artículo 12 del Código Penal vigente en México, expresa: “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.”

El artículo 19 del Código Penal Mexicano 1871 expresaba: “El connato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.”

El artículo 22 del Código Penal Mexicano de 1929, expresaba: “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 condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.”

¹⁴⁸ Artículo 58 del Proyecto Preliminar, que corresponde al artículo 56 del Código Penal vigente en Italia.

¹⁴⁹ *Op. cit.*, p. 57.

¹⁵⁰ Cuando en el año de 1925 el Ministro encargado del sello declaró que con el fin de lograr una más eficaz represión del conato delictivo se procedería a la supresión entre acto preparatorio y acto ejecutivo, y a su sustitución por el diverso criterio fundado en los conceptos de actos idóneos y unívocos, Rocco, que criticaba la amplitud del concepto precedente, parecía encontrar como fundamento de su actitud, al menos en parte, una relación con el notorio caso Capello-Zaniboni (Lavori-Preparatori, IV, 2, pp. 187 y 188).

En el seno de la Comisión Ministerial tampoco faltó la oposición y Longhi entre otros, con agudeza observó: “La cuestión que aquí se desea terminar se reabrirá más adelante y será más aberrante de cuanto hasta ahora haya podido ser.”¹⁵¹ Lo mismo ocurrió en la Comisión Parlamentaria donde las discusiones llevaron entre otras afirmaciones a aquella que expresaba: “La solución que se presenta resulta todo menos que convincente.”

Concluye Petrocelli, refiriendo:

La verdad es que los compiladores del Código se movieron por el propósito de alargar la esfera de los actos punibles como tentativa, pero ellos mismos no tuvieron clara conciencia del nuevo límite por establecer. De aquí la incertezza de los criterios expuestos durante los trabajos preparatorios y la formulación vaga e incierta del artículo 56.¹⁵²

Fue así que la nueva fórmula no sufrió otras modificaciones y pasó a ser incluida como el artículo 56 del actual Código Penal.

Nos parece a nosotros, respecto a cuanto refiere Scarano, que la división entre actos ejecutivos y actos preparatorios se observa como una realidad en el *iter* de la tentativa de delito, de la misma forma como la consumación se localiza en el delito mismo; son estos momentos que pertenecen a la naturaleza misma de los actos. Es cierto que el origen de la tentativa, como configuración jurídica aún primitiva, se encuentra en el pensamiento del jurista del Medievo y, como fórmula jurídica plenamente integrada, sólo hasta la época del Renacimiento liberal europeo, y, por consiguiente, un concepto claro acerca de la bipartición de los actos sólo viene observado hasta esta época, ello, sin embargo, no significa que en sí misma la bipartición de los actos deba suponer una ficción creada como consecuencia del deseo de delimitar perfectamente el poder del superior y tutelar al mismo tiempo la libertad humana; estimamos que más bien debe localizarse su origen como la búsqueda y el descubrimiento de una situación que correspondió a aquellas determinadas exigencias históricas y a la especial situación político-social existente en ese momento histórico determinado.

Se considera, en consecuencia, que no resulta acertado afirmar que tal división no sea jurídica; lo es indudablemente, si bien haya surgido por las razones señaladas, en la misma forma como han surgido las diversas instituciones jurídicas que a su vez han encontrado su origen en el intento de responder a necesidades de naturaleza político-social.

2. *Actos de preparación y actos de ejecución*

La noción de la tentativa fundada en el principio del inicio de la ejecución consagrada en el artículo 2º del Código Napoleónico, se encuentra a la base

¹⁵¹ Relazioni apaini Lavori preparatori, vol. iv, 2, del 3 de diciembre de 1925, p. 184.

¹⁵² *Op. cit.*, p. 59.

o como fuente directa de las legislaciones penales de un elevado número de países,¹⁵³ por lo cual la cuestión de la división de los actos en el análisis del camino del delito, entre actos preparatorios y actos ejecutivos, se presenta como problema de la doctrina jurídica penal en los diversos países.

En Italia, país que nos ofrece un panorama de particular interés por las razones señaladas, la doctrina se ha desarrollado en dos orientaciones diversas: los autores que estiman la graduación de los actos como el único criterio sustancial para delimitar la tentativa punible, aun aceptando, entre los diversos órdenes de ideas desarrollados, la dificultad de encuadrar algunos casos-límites y como consecuencia de ello la necesidad de admitir como punible aun la actividad inmediatamente precedente, pero manteniendo siempre como válido criterio de punibilidad la indicada bipartición de los actos y, por otra parte, en orientación diversa, se encuentran aquellos estudiosos que observan inminente la necesidad de seguir otras vías para el encuadramiento de la tentativa punible y, por lo tanto, encuentran positivo elaborar nuevas interpretaciones sobre la norma de la tentativa porque consideran que el criterio del inicio de la ejecución decididamente se presenta como inadmisible por inexacto e insuficiente. De esta manera, mientras que unos se declaran favorables a la nueva fórmula adoptada en el artículo 56, afirmando que con la misma se da solución al intrincado problema, otros expresan que el problema por ser discutido no debe ser aquél de la existencia o inexistencia de la indicada subdivisión de los actos, sino el de establecer un límite de diferenciación entre los actos que pueden resultar punidos como tentativa y aquellos que no puedan serlo.

Carrara¹⁵⁴ utilizó en su programa la bipartición de los actos y adoptó el criterio de la univocidad como medida de la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos. Informaba así que la acción sería ejecutiva y consecuentemente punible, cuando fuese unívoca, esto es, cuando fuera de tal naturaleza que no dejara duda acerca de la intención del agente. Cuando la acción se presentara como equívoca, en cambio, expresaba el preclaro maestro de Pisa, es decir cuando la acción pudiera objetivamente llevar tanto a la comisión de un delito cuanto a la instauración de alguna otra situación jurídica diversa, debía ser estimada como no punible.¹⁵⁵

El 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: se recordaba así el caso de A que deseando cometer el homicidio de su esposa B, compraba veneno y lo llevaba a casa; indudablemente, en el ejemplo, los actos se manifestaban ya como unívocos al fin perseguido, pero no por ello entraban en la esfera jurídica de la ejecución del delito.

Esto originó que con posterioridad el propio autor variara el criterio originalmente adoptado, buscando fijar una fórmula de distinción más defendible, que ahora localizó en el criterio del ataque a la esfera jurídica del sujeto pasivo;

¹⁵³ Ver segunda parte, información, de *Legislación Comparada*.

¹⁵⁴ *Op. cit.*, p. 358.

¹⁵⁵ *Atti preparatori in reminiscenze di cattedra e foro*, 1883; (Carrara F., programma . . ., p. 358).

la acción sería preparatoria cuando aún no hubiera salido de la esfera jurídica del agente y punible como ejecutiva cuando pudiera considerarse que ocasionase una lesión a la esfera jurídica del interés protegido del sujeto pasivo del delito. Tampoco tal criterio resultó eficaz para determinar una solución plausible frente a la presencia de frecuentes casos en que resultaba imposible su aplicación, y se mencionaba el caso de la expedición del paquete con veneno por vía postal o por medio de un tercero que no tuviese conocimiento alguno del propio hecho, ante cuya situación se hacía en extremo difícil sostener que los actos continuasen aún dentro de la esfera jurídica del propio sujeto agente, no obstante lo cual no podía dejar de reconocerse su naturaleza aún preparatoria.

Beling,¹⁵⁶ seguido de una parte importante de la doctrina tanto de su país como del extranjero, Italia, España y obviamente Latinoamérica, 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, criterio éste fundado en el principio de legalidad, ya que, como explica el autor, lógicamente 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 válida para la delimitación de la tentativa punible.

No obstante las ventajas que ofrecía esta postura, no faltó quien impugnara la tesis informando que se observaban, con frecuencia, casos en que resultaba difícil un auténtico inicio de ejecución del tipo legal antijurídico y culpable y que no obstante la actividad en sí misma era constitutiva de tentativa de delito. En respuesta a tales impugnaciones el propio autor complementó su anterior afirmación con la llamada *tesis de los complementos de la acción*, informando así que en ocasiones el sujeto agente realiza acciones que por sí se presentan como ineficaces para producir el resultado antijurídico, pero que al realizarlas, el propio sujeto cuenta previamente con el acaecer natural de un determinado complemento de esa acción (presencia de algún fenómeno físico, acción regular de la víctima o de un tercero, transcurso del tiempo, etcétera) y consecuentemente, al observar esa acción es indispensable considerarla, no sola sino con sus complementos, en tanto que sólo de esa manera puede ser justamente valorada. De esta manera la acción de quien ha comprado el veneno, lo ha llevado a casa y lo prepara ya en la bebida de la futura víctima, en sí y por sí 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 micidal.

En realidad, con tal postura, el autor acepta y adopta un lineamiento en que reconoce la existencia de casos en que se admite y se exige la punición a los actos en un momento precedente al auténtico comienzo de ejecución del núcleo del tipo de delito, siempre que se presente tal conducta como peligrosa y reveladora de la intención del agente, a pesar de esto se sigue observando

¹⁵⁶ Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 478 y por Antolisei, *op. cit.*, p. 359.

de esencial utilidad, la división de los actos en preparatorios y ejecutivos, con la punición al comienzo de la actividad ejecutiva, por su carácter de referencia objetiva y el nuevo criterio que propone como complemento supone asimismo la adopción de elementos de carácter físico material que implican siempre una referencia de tipo objetivo acerca de la intención del agente.

El mismo criterio para la delimitación de la tentativa punible fundado en el comienzo de la acción típica, es adoptado en la doctrina italiana por Battaglini,¹⁵⁷ quien la pone en juego cuando declara:

Decisiva en cambio es la interpretación sistemática. Por el artículo primero del Código, ningún delito, incluido aquel tentado, puede subsistir si no existe el elemento material de una de las figuras de la parte especial del propio Código Penal. Nuestro Derecho Penal es un Derecho de hechos tipificados siendo acto preparatorio todo aquel que aun cuando revelando potencialidad causal y valor sintomático no es aún inicio de la acción prevista en la Ley.

Es así que para el conato se requiere siempre el inicio de la ejecución y la distinción permanece en el Código Vigente. En resumen, no basta la sola eficacia causal y el revelarse de la intención delictuosa, sino que se hace necesario que la eficacia causal y la manifestación de la intención sean inherentes a actos que hayan entrado ya en la esfera de la acción del modelo legal. Esto significa que en el sistema italiano el concepto de la tentativa se vincula indiscutiblemente al hecho típico.

El orden de ideas expuesto, sin embargo, no resultando satisfactorio para algún otro autor,¹⁵⁸ es impugnado al observarse que al problema de la distinción se le sustituye otro consistente en establecer cuándo deberá estimarse iniciada la acción típica, cuestión que adquiere particular relevancia en los delitos donde la acción no ha sido plenamente individualizada, como es el caso del delito de homicidio, mismo que puede ser cometido por las vías más diversas. Frente a ellos, ¿cuándo es que deberá considerarse iniciada la acción típica?

Cavallo¹⁵⁹ adopta una postura en la que considera como acción ejecutiva cualquier acto derivante de la voluntad de un individuo imputable, porque siendo acción, se presenta como acto cometido al fin de la ejecución de una decisión. Tal afirmación en general puede resultar acertada, pero toda vez que al derecho penal interesan exclusivamente los hechos típicos, aquellos que salgan de tal esfera deben estimarse irrelevantes desde el punto de vista jurídico-penal.

Refiere el estudioso que desde el punto de vista psicológico, son tres los momentos en la formación de la voluntad del agente: el primero, de la deliberación, presente cuando el sujeto se encuentra en la fase de enfrentamiento entre los varios motivos que lo impulsan a la comisión del delito y los frenos derivados de su conciencia. El segundo de la decisión, identificado con la resolución

¹⁵⁷ Battaglini, *op. cit.*, pp. 428 o 429.

¹⁵⁸ Cfr. Antolisei, *op. cit.*, p. 359.

¹⁵⁹ Cavallo, "Il delitto tentato", Napoli, 1934, p. 54; también en *Convegno Nazionale...*, Belaggio, 1959, pp. 682-683.

del agente respecto de su intención; y, el tercero, integrado por la ejecución misma. Todos los actos realizados con posterioridad a la decisión son actos ejecutivos en tanto que directos a la ejecución de un plan o de un programa criminal (comprar la pistola, seguir a la víctima, etcétera), por lo que se hace necesario distinguir cuáles de entre estos actos ejecutivos deben ser punidos y cuáles resultar impunes.

Piensa el autor que para el fin indicado, el criterio de diferenciación entre actos preparatorios y ejecutivos, debe ser aquel de la distinción entre actos mediados y actos inmediatos dirigidos a la ejecución del plan criminal, y a cuyo efecto se observa útil y ventajoso el concepto de la univocidad, de donde se concluye que si bien el autor acepta y es partidario de la bipartición clásica de los actos, así como del concepto de inicio de la ejecución como vía para delimitar la tentativa punible, entiende y observa tal inicio en base a un criterio de inmediatez y dirección de los actos.

Este punto de vista de considerar como ejecutivo todo acto siguiente a la resolución criminal, es impugnado por otro agudo jurista.¹⁶⁰ quien recuerda que no debe olvidarse la confusión, por varias personas subrayada, derivante de confundir entre ejecución del propósito criminal y ejecución del delito que no es sino la ejecución de la acción típica.

Parece ser que también Maggiore,¹⁶¹ en la dificultad de encuadrar la tentativa en los casos de delito denominados *de forma libre*, en los cuales la acción descrita en el tipo legal hace prácticamente imposible determinar el carácter ejecutivo típico del acto, se ve orientado hacia una solución similar a la anterior.

Vannini¹⁶² y Manzini¹⁶³ siguen la misma tesis. Expresa el primero:

La exigencia de la acción ejecutiva no puede ser puesta en duda bajo el enfoque de la concepción realística del delito y, pese a que la ley no hable de ejecución y sea manifiesto el criterio contrario en los trabajos preparatorios, existen argumentos que inconfundiblemente atestiguan esta distinción; si bien es cierto que el acto preparatorio es puesto en ejecución con relación a una decisión delictuosa, no se observa aún la voluntad contraria a la norma penal, sino una voluntad diversa consistente en prepararse para el delito. Se actúa la preparación y no la ejecución, se quiere comprar el veneno para matar, pero no se intenta aún causar el resultado típico muerte; durante la preparación del plano criminal el mandato de la ley no se impone aún como concreta norma de conducta, sino continúa permaneciendo como fría expresión teórica jurídica. Sólo en la fase del cumplimiento de los actos directos a la realización del resultado, el sujeto se niega a aceptar el imperativo de la norma "... porque sólo hasta entonces un contraste hipotético de voluntad se resuelve en un conflicto penal" y los actos directos a la realización del hecho previsto en la ley penal, pueden estimarse como ejecutivos.

¹⁶⁰ Cfr. Vassalli G., *Convegno Nazionale...*, p. 695.

¹⁶¹ Cfr. Maggiore, *op. cit.*, p. 446.

¹⁶² *Op. cit.*, pp. 20 y ss.

¹⁶³ *Op. cit.*, p. 159.

Manzini, por su parte, admite que sobre la base del nuevo código pueden ser punidos tanto los actos preparatorios como los actos ejecutivos, no obstante, al desarrollar su punto de vista en torno de la cuestión, precisa que los actos podrán ser constitutivos de tentativa de delito únicamente cuando lleven en sí mismos *eficacia causal*, agregando que el punto de transición entre la mera intención y la efectiva tentativa punible se localiza precisamente: “En el momento en el cual el agente inicia con actos la violación de una determinada norma penal.” Señala a manera de ejemplo, que la acción de matar lleva a la compra del veneno, actividad aún no punible, pero que lo será cuando la violación al mandato de la norma que prohíbe matar sea efectivamente iniciada, esto es, cuando se comienza a propinar el veneno.

Resumiendo el pensamiento del claro autor, se observa que la punición de la tentativa se encuentra sujeta a la violación del precepto de la norma penal, que en esencia es el mismo criterio afirmado por Vannini, quien como lo expuesto, también observa necesario el inicio de la violación a la norma para la aplicación de la pena.¹⁶⁴

La tesis ha sido criticada al expresarse que la misma hace presente la dificultad de fijar con precisión el momento en que deba considerarse iniciada la violación a la norma penal; otro autor la impugna, asimismo manifestando que se constituye en una construcción puramente tautológica en tanto que se afirma que la actividad ejecutiva se inicia con la violación a la norma, para agregarse en seguida que tal violación se inicia con la actividad ejecutiva. La oposición ha observado así, que en el caso del ladrón provisto de la herramienta necesaria para llevar a cabo su conducta criminosa, quien entrase en una casa con la puerta abierta y se acercase a la caja fuerte con el propósito evidente de robar, de acuerdo con el criterio indicado, no resultaría punido porque no sería iniciada la acción que encuadrara como violación en la norma penal correspondiente.

Impallomeni,¹⁶⁵ siguiendo una vía diversa, llega a diferenciar entre actos preparatorios y actos ejecutivos bajo un criterio que establece en base a los conceptos: *causa inerte* y *causa en movimiento*. Explica el autor que cuando se realiza una acción necesaria para la producción del evento criminoso, se entra en el *iter criminis* y, consiguientemente, en el campo de la tentativa punible. Cuando el veneno ha sido comprado y está listo para ser mezclado en la bebida, se observa una causalidad criminosa aun inerte, porque nada se ha hecho aún para que el potente micidial sea mezclado en la bebida y efectivamente pueda ser ingerido; no obstante, cuando el veneno ha sido ya mezclado en la bebida o en la comida y se encuentra en aptitud, listo, para ser bebido o comido, entonces el tóxico se encuentra en condiciones para ejercitarse su efecto micidial y el impulso de la causalidad criminosa puede considerarse activado.

¹⁶⁴ También Massari sigue el mismo orden de ideas, cuando al referirse al problema expresa que el concepto de acto ejecutivo debe ser derivado del contenido de la norma penal (el momento ejecutivo del reato, ed. 1923, pp. 128-132).

¹⁶⁵ Impallomeni, *Istituzioni di diritto penale*, Torino, 1908, p. 348.

La tesis también ha sido impugnada y rechazada por la doctrina;¹⁶⁶ observándose que con el orden de ideas se ha logrado únicamente transferir el problema a un momento diverso, ya que queda por determinarse cuándo es que la causalidad deberá estimarse en movimiento y cuándo aún inerte. A ello, asimismo, objeta Vannini que si la causa operante es la causa en cuanto que produce el efecto, la distinción propuesta no tiene sentido porque es precisamente para el caso en que no se produce el resultado criminoso que se hace necesario fijar la distinción. Si la causa operante es la causa en cuanto que se encuentra en movimiento para alcanzar la meta criminosa la distinción pierde sentido, porque durante el largo periodo que debe transcurrir entre el inicio de la ejecución de la voluntad criminosa y su agotamiento, momentos causales inertes y momentos causales operantes pueden alternarse indiscutiblemente.

Scarano, después de haber impugnado la división tradicional en su muy interesante estudio del problema que nos ocupa, obviamente en referencia siempre a la ley italiana, afirma que finalmente, con el doble requisito de la idoneidad y la dirección no equivoca de los actos que la ley actualmente señala, el problema queda resuelto sobre la base del criterio que él propone como *adeguatezza della azione* a producir el resultado dañoso o peligroso. Informa el autor, que el requisito de la *adeguatezza* —capacidad de la acción para ser adecuada al propósito perseguido— que deriva de la aplicación sistemática del artículo 49, que es el que ofrece la verdadera esencia de la antijuricidad de la tentativa; no debe ser confundido con la idoneidad de los medios para alcanzar el fin a que hace referencia el artículo 56 del Código Penal, toda vez que el primero es un problema de idoneidad, de aptitud causal de los medios para alcanzar el fin, y el segundo es el problema de la *adeguatezza* —capacidad de ser adecuada— de la acción para producir el daño o el peligro. Allá se trata de una realidad física, aquí de una construcción jurídica. La idoneidad es una potencialidad —dados determinados elementos de hecho— para alcanzar el fin, y es, por así decirlo, intrínsecamente ligada al proceso causal extrínseco, por lo cual a una determinada acción se le relaciona un daño o un peligro.¹⁶⁷ Según este autor, todos los problemas inherentes a la delimitación de la tentativa punible deben venir resueltos sobre la base de la dirección unívoca de los actos y que sean idóneos, es decir, que teniendo potencialidad intrínseca para producir un efecto, sean aptos para causar un resultado dañoso o peligroso.

Esta posición, que es la más válida defensa de la solución adoptada por el Código Penal vigente en Italia, ha sido también objeto de discusión junto con la fórmula del artículo 56 del Código Penal, sea porque viene considerada muy amplia o porque es considerada demasiado restringida, o como se observa, hace venir a menos ese *ubi consistam* que constituye el inicio de la ejecución.¹⁶⁸

¹⁶⁶ Antolisei, *op. cit.*, p. 358; Vannini, *la nozione di attività esecutiva*, pp. 12-13; Scarano, *op. cit.*, p. 31.

¹⁶⁷ *Op. cit.*, pp. 319 y ss.

¹⁶⁸ Como anteriormente indicado, Scarano, en su trabajo elaborado para reafirmar el criterio sustentado por el nuevo Código Penal Italiano, obviamente impugna a los seguidores de la bipartición clásica de los actos, y en el breve recorrido histórico intenta demostrar la inatendibilidad del criterio de la bipartición indicada. Afirma el autor que

Delitala, seguido de Bettoli,¹⁶⁹ expresa que la ley no debe preocuparse de establecer cuáles actos sean preparatorios y cuáles ejecutivos, sino que únicamente debe establecer cuáles actos sean punibles y cuáles deban permanecer impunes y si posteriormente la doctrina desea o no mantener la distinción es libre de hacerlo, ya que esto es una cuestión de mera terminología que no interesa al legislador.

Bettoli agrega:

A los fines de la tentativa son declarados punibles sólo los actos idóneos, es decir, aquellos actos que considerados típicos en relación con la norma del artículo 56 c.p., llevan en sí mismos la eficacia y la aptitud, la idoneidad para agredir y para lesionar los bienes jurídicos. Se reacciona, consecuentemente, contra el acto idóneo ejecutado con la intención de producir una ofensa a un bien jurídico, sin que sea necesario indagar si el acto es próximo o remoto respecto del resultado, sino únicamente teniendo presente su capacidad concreta para producirlo.¹⁷⁰

Petrocelli, al término de su interesante trabajo,¹⁷¹ después de analizar agudamente cada uno de los elementos referidos en el multicitado artículo 56, torna al criterio original de diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, explicando que del análisis por él practicado al dispositivo mencionado resulta que, en su concepto, el actual ordenamiento no obstante el evidente contrario deseo del legislador, en realidad continúa manteniendo la división de los actos como consecuencia de la insuficiencia del coeficiente utilizado en el propio artículo, y finaliza adoptando como criterio de punibilidad al principio del inicio de la ejecución, que pone en juego con un criterio de inmediatez lógica, junto con la idoneidad de la acción y se refiere al comienzo de la acción típica concibiéndola como la energía destinada a producir la ofensa jurídica.

Antolisei¹⁷² expresa:

... indudablemente en el Derecho actual no cada acto con el cual el reo realiza en el mundo exterior su propósito criminoso es punible. Existen también ahora —se refiere a la nueva dicción del artículo— actos preliminares exentos de pena. Esto se deriva en modo cierto no sólo del requisito

en la tentativa únicamente el fin se presenta como noción esencial que se reduce a un problema de prueba, posteriormente, el propio autor reconociendo la insuficiencia del artículo 56 con los dos conceptos de la dirección única de los actos y la idoneidad de los mismos, construye el nuevo elemento de la "adeguatezza" fundado en la interpretación sistemática que acertadamente afirma, no se puede olvidar.

A reserva de aceptar o no su punto de vista, nos parece centrada e interesante sobre todo la crítica general que hace a la bipartición clásica de los actos y a las confusiones presentadas en el intento de establecer su delimitación para los efectos de la tentativa punible.

¹⁶⁹ Delitala, *le doctrine generali del reato*, p. 95; Bettoli, *op. cit.*, p. 482.

¹⁷⁰ *Op. cit.*, p. 482.

¹⁷¹ *Op. cit.*, capítulo segundo.

¹⁷² *Op. cit.*, pp. 362-364.

de la univocidad que aparece en la definición de la tentativa sino también del sistema del Código. Existen, en efecto, varias figuras de delito, como aquéllas contempladas en los artículos 304, 414, 461, y 548 del c.p., que consisten en actos que manifiestan ya un ulterior fin criminoso, mientras que el artículo 115 excluye la punibilidad de la simple instigación del delito y del acuerdo al fin de cometerlo —y agrega posteriormente—; para poder hablar de univocidad es necesario que sea puesta en ejecución una acción que, según el criterio del *id quod plerumque accidit*, no venga realizada sino para cometer el indicado hecho criminoso.

Lo que significa: poner en clara evidencia el fin al cual la acción es dirigida, y excluir una apreciable posibilidad de desistimiento por parte del reo para cometerla.

Vassalli,¹⁷³ en el muy interesante trabajo sobre la tentativa que presenta a la Convención Nacional para acordar una solución a los más urgentes problemas que presenta el Código Penal, celebrado en 1958-1959, afirma:

Se dice que la distinción estaría privada de todo valor efectivo y que en ningún modo se prestaría para delinear una clara demarcación que tuviese valor para toda figura delictiva, entre actos punibles y actos no punibles a título de tentativa. La experiencia de casi dos siglos demostraría la práctica inatendibilidad de la distinción, cuyo valor científico sería nulo, como estaría demostrado, asimismo, por el hecho de que en un último análisis a nada más puede reducirse el concepto de ejecución sino es a aquél de tipicidad de la acción.

O el criterio se resuelve en aquél de la correspondencia de la acción a su tipo legal —y con esto se demostraría la inexistencia de una autonomía científica del concepto de actos de ejecución— o el criterio mismo, incapaz de dar por sí mismo una solución cualquiera “cae en el marasmo del empirismo”. Y continúa posteriormente:

Acerca de la pretendida imposibilidad de distinguir entre preparación y ejecución de una determinada acción, francamente, se ha exagerado. En el lenguaje común, que es aquél al cual evidentemente hacen referencia los diversos códigos que han utilizado las dos nociones, o alguna de ellas, la distinción es bien clara. En la actividad de todos los días, en aquélla del operario, en aquélla del artesano, en aquélla del campesino, en aquélla del hombre de estudio o del profesionista, cada uno sabría distinguir aquélla actividad que es la preparación de un determinado trabajo y aquella que es la ejecución. No se entiende porque la misma operación conceptual no podría ser realizada en relación con una determinada actividad calificada por la ley como delictiva.

Intentando concretar el pensamiento del distinguido estudioso, nos parece que evidentemente no se manifiesta acorde con el criterio seguido por el artículo 56 y estima conveniente su modificación, para lo cual, al parecer,

¹⁷³ Vassalli, *op. cit.*, pp. 221 y ss.

acepta el principio de la bipartición clásica de los actos, si bien estima que la doctrina al referirse al problema se ha visto envuelto en más confusiones de cuanto debiera, ya que en la práctica diaria el problema no se presenta con la complejidad que los estudiosos parecen darle. Si bien nos parece acertada la exemplificación que hace, no parece resultar suficientemente clara la delimitación que sí nos parece importante y que no puede olvidarse que efectivamente la tentativa de delito supone el mínimo de ilicitud penal.

No es muy diversa la postura de Siniscalco¹⁷⁴ cuando se pregunta y afirma:

... ¿debemos mantener el concepto de *ejecución*? ¿Debemos o no debemos distinguir entre actos ejecutivos y preparatorios? Se habla de *ejecución* y de *preparación* en dos sentidos completamente distintos. Para una primera tesis con ejecución y preparación se intenta hacer referencia a los actos punibles y a aquéllos no punibles, en la serie de actos que desde el inicio llegan a la ejecución del delito. Para la segunda tesis, referirse a la ejecución y a la preparación supone ya individuar exactamente el criterio; en la tentativa ocurre distinguir los actos preparatorios de los actos ejecutivos y en ello se observa el canon en base al cual el juez puede caso por caso decidir si los actos son o no punibles.

Por nuestra parte estimamos que el problema de la bipartición clásica de los actos presenta relieve únicamente si es considerado en relación con la tentativa punible; sólo si sirve para delimitar sus confrontes es que puede ser de utilidad.

Se considera que han sido expuestos los principales criterios de distinción y sus objeciones, que exhiben con claridad la dificultad del asunto que nos ocupa la atención. Con el fin de completar la comprensión del problema se estima útil continuar adelante con una referencia sobre las discusiones y resultados a que ha llevado el criterio acogido en el vigente Código Italiano, que es de decisiva utilidad tanto para entender el problema bajo ángulos de intento de solución diversos y las correspondientes objeciones, como para comprender asimismo la orientación adoptada por el Código Penal Mexicano, para terminar más adelante con las conclusiones que se estimen pertinentes.

Soler,¹⁷⁵ afiliándose a la postura objetivista de Beling, estima que es de adoptarse el criterio del inicio de la ejecución y que el acto preparatorio sólo debe ser punido cuando la ley específicamente lo configura como delito. Expresa que el problema que la tentativa plantea es el de la suficiencia e insuficiencia del elemento objetivo, exteriormente apreciable, para que sirva como expresión suficiente de la intención del sujeto y recuerda que en torno al problema se han desarrollado dos orientaciones fundamentales: la doctrina objetiva y la subjetiva de los actos, refiriéndose la primera a la existencia objetiva del peligro corrido, de allí el principio del inicio de la ejecución, y la segunda

¹⁷⁴ Siniscalco in *Convegno Nazionale*..., p. 669.

¹⁷⁵ Soler, *op. cit.*, tomo II, pp. 216-218.

a la sola intención del agente por lo cual resulta irrelevante la diferencia de actos preparatorios y actos ejecutivos.

Sánchez Tejerina,¹⁷⁶ expresa: "Tal vez sea la más acertada, la opinión del P. Montes, cuando dice que no existe una separación sustancial entre los actos preparatorios y los de ejecución" y agrega que en su opinión, observando el criterio de punibilidad a casos de simple resolución manifiesta, es partidario de la punición a los actos preparatorios, en donde no sólo existe un propósito exteriorizado como en aquéllos, sino la realización de auténticos actos materiales dirigidos a la comisión de un delito.

Welzel¹⁷⁷ informa que un hacer punible se inicia donde el autor comienza a ejecutar la acción ética socialmente intolerable, o sea con la tentativa. Como lo injusto punible no radica solamente en la lesión de un bien jurídico, sino en el desvalor de la acción que está descrita plásticamente en el tipo, el agente empieza a hacerse merecedor de la pena con aquella actividad con que se comienza a ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo. Afirma así que: "Se debe partir siempre de la acción típica correspondiente al tipo particular del delito (robar, matar, etcétera)", y agrega que el juicio sobre el comienzo de ejecución debe realizarse en la tesis objetiva individual y no en la objetiva general, y que las acciones preparatorias son en principio impunes.

Cuello Calón¹⁷⁸ refiere que los actos preparatorios son los equívocos por la razón de que no existe aún un principio de violación a la norma penal, de donde se puede concluir que asume frente al problema un criterio que sigue al enunciado por Manzini.

Puig Peña¹⁷⁹ se pronuncia recordando la afirmación de Frank cuando expresa que la diferencia teórica entre actos preparatorios y actos ejecutivos es sumamente difícil, y que en realidad se hace necesario utilizar el criterio de la univocidad, por lo cual estima que ha sido un acierto la determinación adoptada por el ordenamiento italiano. Informa asimismo que en España se ponen los actos ejecutivos y no los preparatorios, salvo determinados casos particulares incluidos en los artículos 290, 314, 315 y 509.

Saltelli y Romano di Falco¹⁸⁰ expresan:

No es necesario que el acto a que se refiere la ley sea un acto ejecutivo, es decir un acto de ejecución de delito... tal distinción ha sido superada con la nueva fórmula de la ley; aun un acto que en el código abrogado era retenido como preparatorio y por tanto no punible puede hoy —siempre que sea idóneo y directo en modo no equívoco a cometer un delito— ser objeto de un delito.

Von Litz¹⁸¹ expresa que se ponen los actos ejecutivos y no los preparato-

¹⁷⁶ Sánchez Tejerina, t. I, pp. 328 y ss.

¹⁷⁷ Welzel, *op. cit.*, pp. 190-195.

¹⁷⁸ Cuello Calón, *op. cit.*, ed. 1940, pp. 495-496.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 208-210.

¹⁸⁰ *Op. cit.*, ed. 1931, p. 340.

¹⁸¹ Von Litz, *op. cit.*, p. 7.

rios pero excepcionalmente también estos pueden serlo, cuando el acto preparatorio es sancionado con pena especial.

Jiménez de Asúa¹⁸² también se perfila por el criterio del comienzo de la ejecución, cuando habla 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 la penetración en el núcleo del tipo o el inicio de las referencias a los medios de acción de una conducta.

Mezger,¹⁸³ siguiendo asimismo la postura objetiva de origen beliniano, expresa que el deslinde entre meras acciones preparatorias y acciones de tentativa no pueden quedar determinadas subjetivamente, según la intensidad mayor o menor de la voluntad delictiva, sino que se hace necesario una característica objetiva, insertada en el punto subjetivo de arranque que es el de la tentativa. Agrega que la simple acción preparatoria es en principio impune; pero que a veces se encuentra castigada como hecho punible independiente y recuerda que ya Frank desde 1897¹⁸⁴ expresaba: "Se encuentra un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como elementos de la misma, según la concepción natural."

Frente a las dificultades presentadas, otros autores partiendo de la base de la bipartición clásica de los actos, han reafirmado su presencia pero han reconocido como tentativa punible tanto el inicio de la ejecución como la actividad inmediata precedente, así Mayer, el mismo Frank y Hippel.

Palacios¹⁸⁵ expresa, recordando a Vannini, que la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos, es más importante de cuanto la doctrina ha querido reconocer, en tanto que la distinción, en el fondo se afirma como expresión práctica del postulado fundamental de la ilicitud, que es la base racional, junto con otros principios, de todo sistema represivo penal de manera que el mínimo de ilícito represivo que recoge la norma es el principio de la tentativa, y expresa, refiriéndose al código mexicano, que el código Rocco vigente en Italia sostiene respecto a la previsión de la tentativa un criterio de proximidad conceptual similar al del código mexicano de 1931, si bien en su conjunto la norma de aquel ordenamiento encuentra una más feliz sistematización.¹⁸⁶ Refiere posteriormente que la jurisprudencia ha acudido a llenar el hueco dejado por la norma, cuestión que en el país ha ocurrido desde la vigencia del Código Penal de 1871, y estima que en su concepto tanto en su primitiva redacción como en su infortunada reforma la ley mexicana sanciona el acto preparatorio.

Pavón Vasconcelos,¹⁸⁷ siguiendo el criterio sistemático de la prelación lógica del delito, recuerda en su importante trabajo sobre el tema que nos ocupa, que

¹⁸² *Op. cit.*, pp. 513 y 514.

¹⁸³ Mezger, *op. cit.*, ed. 1958, pp. 281 y ss.

¹⁸⁴ Citado por Mezger, *op. cit.*, pp. 281-282.

¹⁸⁵ Ramón Palacios, *op. cit.*, pp. 64 y ss.

¹⁸⁶ *Ibidem*, p. 15.

¹⁸⁷ Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 77-88.

el delito es la conducta o el hecho típico, antijurídico culpable y punible¹⁸⁸ y recordando el concepto de tipo utilizado por Mezger, informa que éste es el conjunto de las características de todo delito.

Refiriéndose al problema de la tipicidad expresa que si toda conducta o hecho para ser relevante requiere ser típico —carácter adquirido en cuanto se establece una relación formal con el tipo— la conducta o el hecho incompleto acuñado en la norma especial de la tentativa únicamente será punto de partida, pero su valoración objetiva o subjetiva continuará. A diferencia del delito consumado, en la tentativa dicho fenómeno capta solamente en forma parcial la conducta o el hecho descritos en el tipo principal.

Más adelante refiere que lo antijurídico es un desvalor jurídico, una contradicción entre el hecho del hombre y las normas de derecho; y que en general la doctrina penal moderna acepta el carácter objetivo de lo injusto y continúa, si se admite, que el fin del derecho es la protección de ciertos bienes jurídicos, el desvalor y la contradicción con las normas de derecho se concretará en un daño o lesión del bien jurídico tutelado o puesto en peligro, como continuación material de lo injusto. El delito tentado, al igual que el consumado, tiene un contenido material antijurídico, que no podrá consistir jamás en el daño objetivo del bien jurídico por lo cual su contenido material antijurídico consiste en el peligro de daño al bien jurídico.

II. LA IDONEIDAD Y LA UNIVOCIDAD DE LOS ACTOS

Analizando los dos elementos a que se refiere el artículo 56 del Código Penal Italiano, debe ser establecido si pueden estimarse como criterio suficiente para la determinación de la tentativa punible o resultan insuficientes y, como consecuencia de la claridad aportada al problema, pueda resultar asimismo resuelto o aclarado el panorama que ofrece la ley mexicana.

1. *Idoneidad*

La idoneidad, es indicada en el precepto italiano con la expresión *atti idonei*. La doctrina de este país desde el comienzo de vigencia del código, se ha mostrado no uniforme respecto del alcance y sentido por atribuirse a la expresión y sólo hasta los últimos años se ha alcanzado alguna uniformidad en las opiniones.

¹⁸⁸ En nuestra opinión, según ha sido indicado anteriormente, la muy interesante teoría de la prelación lógica del delito, presenta en el confronte del análisis de la tentativa de delito y del *iter criminis* uno de sus más graves motivos de crítica, ya que resulta difícil sostener que primero debe ser analizado el elemento objetivo del delito cuando por una parte en el caso no se observa la comisión misma de un delito (a no ser precisamente la del delito tentado) en tanto que son actos no llegados a consumación. Y en seguida, al iniciarse el análisis del *iter criminis*, respondiendo dicho análisis a un desarrollo lógico natural, se expresa que primero es elemento subjetivo y después el objetivo. Nos parece que la defensa de los partidarios de la tesis a la sistematización indicada aun cuando afirman que se trata de un análisis diverso, no obstante no logran resolver su difícil situación.

Según una orientación objetivista, las acciones no idóneas permanecen impunes porque no puede ser iniciado aquél que no es posible llevar a cumplimiento. La idoneidad y la inidoneidad son un carácter de la acción y, los medios idóneos, sean en abstracto o en concreto, no pudiendo concurrir a la producción de un resultado dañoso o peligroso no pueden ser punidos. Es fácil observar que no existe impedimento alguno para hablar de acción inicialmente inidónea. La postura es impugnada por un autor¹⁸⁹ quien observa que no es cierto que la idoneidad sea un carácter intrínseco de la acción. De seguirse tal orden de ideas, quien hurgase en la bolsa vacía de un individuo no debería ser punido, como tampoco resultaría punido quien suministrase una substancia dañosa a otro con el fin de causarle la muerte, y permanecería sin castigo el propinar una dosis normalmente mortífera de veneno a una persona que por su excepcional resistencia no sufriese el efecto muerte. En resumen si la tesis fuese exacta se llegaría a la no punibilidad de cualquier manifestación de voluntad punible, porque la inidoneidad de los medios es inherente a la tentativa de delito.

Los autores, en diversas épocas, se han referido a la inidoneidad de los medios y a la inidoneidad de la acción, a una inidoneidad absoluta y a una inidoneidad relativa, a un concepto de inidoneidad en abstracto y a otro de inidoneidad en concreto.

Mittermaier¹⁹⁰ y quienes siguen un similar orden de ideas, observan que se presenta *inidoneidad en abstracto* cuando por la inexistencia del objeto de la agresión (herir a un cadáver) o por los medios utilizados (intención de envenenar con agua) no sería absolutamente posible alcanzar el fin perseguido. Tentativa *relativamente inidónea* y asimismo *inidónea en concreto*, se presentaría cuando sólo por las condiciones del caso concreto se hubiera impedido el resultado (no verificarse de las lesiones por arma blanca a causa de la coraza que la víctima llevaba en el momento de la agresión). La punición no debería aplicarse excepto en el caso de la inidoneidad en concreto.

Se impugna la tesis, manifestando que no se explica cuándo deberá estimarse presente la inidoneidad en abstracto y cuándo aquélla en concreto, y por qué puede existir el peligro de considerar como tentativa una acción cuyo medio es inidóneo en abstracto, pero que *aparentemente aparece* como relativo (así el disparo de una arma de fuego a una distancia más amplia del alcance de la propia arma). Scarano, fundado en su orientación, formula su crítica afirmando que aceptar el orden de ideas expuesto supone poner en el mismo plano dos problemas que son bien distintos, ya que el primero es un caso de inidoneidad de la acción y el segundo se presenta como un caso de *inadeguatezza* de la acción —acción no adecuada— para producir el resultado criminoso, en tanto que la acción considerada en sí misma aparece como idónea. El autor distingue precisamente entre inidoneidad e inadecuación de la acción.

Otra definición refiriéndose a los medios ha sido expuesta en torno a la *inidoneidad en abstracto* y la *inidoneidad en concreto*: se expresa que la pri-

¹⁸⁹ Cfr. Scarano, *op. cit.*, capítulo sexto.

¹⁹⁰ *Der Versuch von Verbrechen*, Gerichtssaal, 1859, pp. 404 y ss. (citado de Scarano, p. 175).

mera supone aquella inidoneidad frente a toda circunstancia posible de presentarse, y la segunda representa la inidoneidad observada respecto del caso concreto. El orden de ideas presenta en el fondo las mismas objeciones antes formuladas; concluyendo, se ha observado que efectivamente, medios absolutamente inidóneos, esto es, medios inidóneos en abstracto, como se refiere, no existen (aun la sal de mesa en particulares circunstancias, como en el azúcar, pueden desarrollar una potencialidad micidial indiscutible y, consecuentemente, presentarse como medios idóneos para producir un resultado criminoso, de la misma manera como un cuchillo, medio en términos generales idóneo para producir la muerte, cuando usado por la parte del mango en lugar de la hoja resulta asimismo un medio inidóneo para causar la muerte).

Observando que la idoneidad no puede ser sostenida como un atributo de la acción, la doctrina se ha puesto a la búsqueda de nuevas vías para establecer cuándo la acción puede y debe considerarse como idónea.

Carrara¹⁹¹ habló de medios *relativamente inidóneos* para indicar aquellos medios que presentan incapacidad de producir el resultado a causa de las condiciones especiales del sujeto pasivo o de circunstancias excepcionales, lo que significó entender la idoneidad no como atributo de la acción misma, sino como juicio del observador que debe advertir la potencialidad o eficacia causal de la acción sobre la base de la normal sucesión de los actos. A tal opinión se ha objetado que conducta con potencialidad causal no es aún causalidad misma y toda vez que al derecho le interesan las acciones sólo por aquello que son y no por aquello que habrían podido ser, la tesis no presenta ninguna relevancia. Asimismo se la ha objetado expresando que la misma deja la obligación de advertir la distinción, a la libre valoración del juez.

Manzini¹⁹² distingue una *inidoneidad del medio* que no debe ser punible, de una *insuficiencia del medio* que viene punida. Esta última, más que un impedimento al actuarse del resultado, se observa como un medio idóneo a producir el resultado dañoso querido, pero que posteriormente por cualquier circunstancia se revela insuficiente (así el veneno es un medio adecuado para producir la muerte, pero cuando utilizado en dosis demasiado pequeñas se manifiesta insuficiente).

Este orden de ideas ha sido criticado al considerar que si la evaluación de la acción debe hacerse en concreto, tanto una cuanto la otra se presentan como acciones idóneas a producir el resultado. Además, para sostener que un determinado medio es insuficiente, por fuerza se debe recurrir al concepto de medio idóneo en abstracto para poder establecer la insuficiencia del mismo en relación al caso concreto (en efecto, el veneno es medio idóneo a causar la muerte, pero utilizado en cantidad menor a la necesaria para que pueda resultar tóxico, se observa insuficiente); se vuelve, en síntesis, al concepto de la idoneidad absoluta y de la idoneidad relativa, y se corre el peligro de caer en confusiones con el riesgo de declarar insuficientes actos inidóneos. Un tiro de fusil, constituye sin duda un acto idóneo a causar la muerte, sin embargo, si viene dispa-

¹⁹¹ Programma..., p. 275.

¹⁹² *Op. cit.*, p. 142.

rada a una distancia mayor del alcance del arma, se observa como un acto inidóneo que, según el orden de ideas desarrollado, vendrá observado como insuficiente.

Otra orientación informa que la idoneidad está generalmente referida a los medios, pero objeto de la misma debe ser toda la acción considerada en su conjunto, de manera que el juicio de idoneidad no se refiera únicamente a un aspecto, sino al conjunto de los factores y circunstancias que en cualquier modo pueden influir sobre la acción misma.

De este parecer se han manifestado diversos estudiosos, tanto al momento de la elaboración del artículo 56 del Código Penal Italiano, como en voces de la doctrina surgidas posteriormente en relación con el problema y, tal parece que haya sido también la opinión del legislador de 1930, al haber modificado el texto de la norma del Código de 1889, que expresaba *messi idonei*, en tanto que la redacción actual informa *atti idonci*, locución que asimismo ha sido respetada en los artículos respectivos de los proyectos de reforma al Código Penal que se han elaborado.

En la doctrina más reciente se manifiesta en este sentido Petrocelli,¹⁹³ cuando declara:

El juicio de idoneidad debe tener por objeto el tomar en consideración cada acto en su propia y específica función, y no debe ser enfocado más allá de ella. Es la acción en su conjunto, cuando sea completada, la que debe ser referida al resultado final, pero los actos simples como preparar el veneno, limpiar y cargar el arma, etcétera, no pueden referirse sino a su específica finalidad y a nada más. Así, la imputación hecha a "X" de haber intentado privar de la vida a "Z" con un disparo, deberá ser basada sobre la idoneidad de la acción en todo su conjunto; la idoneidad, en efecto, puede presentarse respecto a cada uno de los actos solos, así puede observarse idoneidad en la compra del arma, idoneidad en la limpieza y posteriormente idoneidad al cargarla, etcétera, pero faltar la idoneidad de la acción considerada en su conjunto. Agrega el autor: En definitiva, parece claro el problema: o la idoneidad es referida a cada acto solo, como aptitud para realizar la específica función que le es propia (preparar el veneno, limpiar o cargar el arma, etcétera), y, en tal caso, encuadrar la idoneidad como límite de la punibilidad significa llevar la responsabilidad al infinito; o es referida a algunos actos únicamente, y entonces la idoneidad no es sino una máscara detrás de la cual se observa siempre el viejo límite de la ejecutividad.

Bettoli¹⁹⁴ se muestra seguidor del orden de ideas cuando afirma: El acto realizado debe ser idóneo (refiriéndose al contenido de la relación 40 del proyecto preliminar que entiende por idoneidad la capacidad de producir un resultado y de revelar por sí la intención del agente); agrega que nada impide que tal idoneidad sea derivada del acto junto con otros elementos. Sólo el acto idóneo puede ser acto punible a título de tentativa, y el mismo está

¹⁹³ Cfr. Petrocelli, *op. cit.*, pp. 61-65.

¹⁹⁴ Bettoli, *op. cit.*, pp. 480, 482 y 483.

constituido sólo por aquellos actos que “considerados típicos en relación a la norma del artículo 56 llevan en sí mismos la eficacia, la aptitud, la idoneidad para agredir y lesionar los bienes jurídicos”. Agrega el jurista que la idoneidad no debe ser observada en abstracto sino en concreto, en el conjunto de todas las condiciones y circunstancias en las cuales la propia acción se ha presentado, con la necesidad de indagar sobre la calidad y cantidad de los medios puestos en ejecución y sobre las condiciones del sujeto pasivo, el tiempo, lugar de la acción, etcétera. Hay tentativa de delito cuando el acto es concretamente idóneo y se puede establecer que es inequivocamente dirigido a causar un resultado lesivo a la víctima, y concluye el autor afirmando: “Con acto idóneo, en cambio, se ha verificado ya la agresión al bien jurídico, respecto a la cual tanto insisten aquellos que no se resignan a olvidar la contraposición entre actos preparatorios y actos ejecutivos.”

A parte de las críticas hechas a la distinción entre idoneidad en abstracto e idoneidad en concreto, las cuales podrían ser omitidas porque el autor se refiere claramente a la acción idónea considerada en su conjunto, es de observarse, no obstante, que su construcción de idoneidad como ataque ya existente al bien jurídico, es fundada en realidad en la misma división de actos preparatorios y actos ejecutivos que él deniega cuando habla de actos idóneos refiriéndose a actos idóneos ejecutivos.

Vannini,¹⁹⁵ tras de haber criticado los conceptos de idoneidad absoluta y relativa, abstracta y concreta, y la referencia a la idoneidad de los medios y la idoneidad del acto, afirma que bajo el criterio de la realística, ninguna importancia presenta la idoneidad en abstracto del delito, que únicamente podría interesar bajo el criterio de la sintomática para advertir la peligrosidad del reo. Informa el autor que expresar *medio* significa decir instrumento y que con la palabra “acto” o “acción” automáticamente se hace referencia al uso concreto del medio elegido, por esto, sobre la idoneidad del medio es posible juzgar *a priori*, es decir en abstracto, pero sobre la idoneidad de la acción se desarrolla un juicio que implica la valoración completa y concreta de todas las circunstancias conocibles *ex ante*, en las cuales la propia idoneidad habrá de actuarse. La idoneidad es la capacidad de una acción concreta para producir la lesión jurídica, esto es, es la concreta peligrosidad de la acción.

Antolisei¹⁹⁶ expone que tanto la idoneidad cuanto la idoneidad de la acción, deberán siempre ser consideradas en concreto y que sobre la base del principio de la causalidad natural, a cada efecto se recolegan determinadas condiciones, por lo cual si el resultado no se verifica significa que la acción puesta en ejecución no era idónea. En su opinión la idoneidad de la acción no puede ser juzgada *ex post*, es decir, al amparo de las circunstancias existentes en el caso específico, sino que es necesario elaborar juicio *ex ante*, es decir, que se debe trasladar al momento en que la acción ha sido cumplida, considerando sólo las circunstancias que en aquel momento podían haber sido conocidas.

¹⁹⁵ Vannini, *op. cit.*, p. 65.

¹⁹⁶ Antolisei, *op. cit.*, pp. 366-368.

Battaglini,¹⁹⁷ opina que la idoneidad implica un juicio de hecho, de carácter concreto, lo que significa una evaluación hecha caso por caso, donde la insuficiencia se observa como una especie. La inidoneidad, como ausencia de eficacia causal a producir el resultado, se distingue de la inidoneidad absoluta que se observa en el cuadro del delito imposible.

Vassalli¹⁹⁸ estima que el criterio de la idoneidad de los actos que exige el ordenamiento italiano se presenta como necesario y útil en la determinación de la tentativa y que la fórmula del código actual, es preferible a la del código precedente: agrega que cuando la ley habla de actos idóneos, intenta referirse a la actividad considerada en todo su conjunto, comprendidos los medios utilizados, la acción en sí misma y las condiciones negativas especiales en cuya presencia se hubiera actuado. El autor, refiriéndose a la relación entre tentativa y causalidad, afirma: "Suele decirse comúnmente que, en la univocidad de la dirección debe identificarse el valor sintomático del acto, así en la idoneidad va integrado su valor causal." Tentativa y causalidad material son problemas lógicamente relacionados, porque sería absurdo punir a título de tentativa actos privados de idoneidad causal, es decir, intrínsecamente incapaces de alcanzar la consumación del delito. Explica más adelante, en referencia a la idoneidad o sea a la capacidad causal, que debe ser hecha a través de un juicio *ex ante* porque a causa de la fallida consumación, falta toda posibilidad de proceder a un juicio *ext post* y agrega que tal juicio se reporta a la teoría de la causalidad adecuada o bien a la teoría de la equivalencia de las condiciones.

Siniscalco,¹⁹⁹ en su interesante trabajo sobre el problema, dice que idóneos en la tentativa son los actos adecuados en orden al hecho o al disvalor del delito consumado correspondiente. El autor llega a tal concepción después de haber desarrollado un largo análisis del concepto y afirma que la indicada construcción se encuentra fundamentada en la letra de la ley y en la teoría del resultado naturalístico. Afirma que después de efectuada su búsqueda sobre la estructura y el ámbito de la idoneidad, realizada en relación a los artículos 56 y 49 segundo párrafo del código italiano, se ve en la necesidad de reconocer que la fórmula "idoneidad de la acción", se refiere a la misma noción, la cual, no obstante, no se resuelve en una inútil repetición, ya que el requisito requerido por el artículo 49 encuentra un ámbito de aplicación más amplio que va más allá de la tentativa de delito. Agrega que el juicio sobre la idoneidad tiene que ser pronunciado *ex ante* y que, en base a la teoría de la causalidad adecuada (que es aquella que ha sido más profundizada por sus sostenedores en relación con la tentativa), es similar al juicio que podría dar un individuo cualquiera en relación a las circunstancias conocibles; así, el juicio de idoneidad vendría realizado individuando los actos y las notas que los caracterizaron, en cuanto conocibles, después aquellos elementos vendrían recogidos y observados en conjunto, para establecer, en base a las reglas generales de la experiencia, si una situación de ese tipo habría podido llevar o no al resultado puesto en mira.

¹⁹⁷ Battaglini, *op. cit.*, pp. 424 y 425.

¹⁹⁸ Vassalli, *op. cit.*, pp. 657, 232-234.

¹⁹⁹ Siniscalco, *op. cit.*, pp. 168, 172, 180-184.

Por nuestra parte, estimamos con quienes se manifiestan en el mismo sentido, que por las razones que se han venido señalando, es inútil referirse a la idoneidad de los medios, porque con ello se entra nuevamente en las interminables discusiones surgidas para establecer si debe considerarse el medio idóneo en abstracto o en concreto, absoluto o relativo, con eficacia causal o insuficiente. Estimamos que a la interrogación: ¿Cuál es el significado y alcance de la idoneidad en la ley italiana?, debe responderse sobre la base del texto de la ley, refiriéndola a los actos observados como unidad, es decir, a la entera acción considerada en su conjunto y no a cada acto solo, ya que éstos, considerados en sí mismos, pueden ser o no idóneos, sin presentar por ello relevancia para el derecho penal; no se observa la idoneidad como capacidad intrínseca del acto para producir un efecto, es decir, como potencialidad causal del acto y por tanto como valor inherente al mismo, sino que es estimada como juicio de valoración hecho por el juzgador acerca de la potencialidad causal de la acción entera para producir un efecto. Si se habla de que constituye un juicio objetivo, ello se debe a que el objeto de valoración son todos los momentos que se dan en la realidad física y cuya manifestación es físicamente comprobable. El juicio debe de formarse acerca de la potencialidad de esos actos en su conjunto para producir el resultado que encuentran apoyo en su misma realidad tangente, a diferencia del juicio sobre la univocidad que al reconocerlo como subjetivo, se debe no a su naturaleza de juicio de valoración, sino a que el objeto del mismo lo constituye la conducta subjetiva del agente; considerada la acción como unidad, en todo su conjunto, la idoneidad debe ser evaluada considerando las circunstancias de lugar, tiempo y cualquier otro factor que pudiera manifestarse relevante.

Creemos, que el juicio acerca de la idoneidad debe ser realizado *ex ante*, en relación al común sucederse de los actos, y teniendo en cuenta el conocimiento que podía tener una persona normal del grupo social al que el propio agente pertenecía.

2. *Univocidad*

Scarano refiere la noción de la univocidad a aquélla del fin.²⁰⁰ Explica que el fin y el acto son los términos naturales de la noción de la tentativa, la cual tiene un elemento finalístico que le confiere la ejecución de la acción aun cuando ha sido llevada al cumplimiento de un resultado decisivo.

Siendo el acto conciencia y voluntad del sujeto, la valoración de la acción no puede ser divorciada de la determinación del fin, por lo que si ella le da un carácter particular a la tentativa y al fin del agente, el problema que se presenta es aquél de probar tal fin. La referencia al momento ejecutivo interviene sólo como seguro criterio para la individuación de la voluntad dirigida al delito.

²⁰⁰ Scarano, *op. cit.*, pp. 65-75.

En suma:

... si en la tentativa viene punida la manifestación de la voluntad exterior dirigida en modo no equívoco al delito, es suficiente y necesario que los actos sean una prueba de la intención de cometer un delito sin profundizar a ver si éstas son preparatorias o ejecutivas.²⁰¹

Se hace necesario identificar el fin para reconstruir la dirección del acto incompleto. El acto no puede adquirir un valor indicativo sino cuando se hace referencia al fin, así, un golpe puede poner de manifiesto la voluntad de herir o la de amenazar o aun la de causar un homicidio.

Expresa el autor que la distinción entre actos unívocos y actos equívocos resulta inexacta si se intenta hacerla coincidir con aquélla de actos preparatorios y actos ejecutorios; pero resulta exacta si se afirma como el elemento de la univocidad en la tentativa en manera de informar que si los mismos no prueban en modo no equívoco el fin de cometer un delito, no es posible afirmar que fueron seguidos con el intento de perpetrarlo y, por tanto, la tentativa no se configura. Puede ocurrir que en el plano de la realidad material un acto unívoco sea también ejecutivo, pero ello no debe autorizar a una afirmación de principio; no se niega que el acto ejecutivo pueda dar vida a la tentativa, sino que se afirma que la noción de la tentativa es mucho más amplia, por lo cual no es válida la vieja distinción. Con el nuevo criterio acogido por el código no se niega la punibilidad de los actos ejecutivos, se niega el criterio restrictivo en consecuencia del cual únicamente aquellos actos resultan incriminables.

A través del principio de la univocidad no se lesiona el principio del *cogitationis poenam nemo patitur* porque únicamente la manifestación exterior de la voluntad viene punida; no el propósito criminoso, sino el propósito criminoso extrinsecado. Decir que el acto debe ser directo en modo no equívoco a cometer un delito, significa afirmar que existe una extrinsecación actuosa de la intención que no impide la posibilidad de incriminar también los actos preparatorios.

Afirma Scarano, con fundamento en lo expuesto, que el acto no puede adquirir un valor indicativo excepto cuando sea individuada la dirección del querer, es decir, el fin de quien lo ha puesto en ejecución, y que la referencia al momento ejecutivo no sustituye el criterio de la univocidad sino simplemente representa un medio más preciso de identificación. La univocidad, consecuentemente, debe ser entendida como la idoneidad del acto para probar, de parte suya, la intención del agente ya identificada por otras vías por parte del juez.²⁰²

No vale referir el artículo 115 de la Ley italiana como límite a la interpretación del dispositivo 56, como afirman algunos autores, porque la tentativa se encuentra informada no solamente por un criterio de puro subjetivismo, sino por el mismo criterio general que informa el delito, o sea, la necesidad de una acción y de un resultado de daño o de peligro. En el artículo 115

²⁰¹ *Op. cit.*, pp. 98-99.

²⁰² *Op. cit.*, p. 117.

del código penal la punibilidad viene excluida porque la instigación no ha sido acogida y no se ha extrinsecado en una acción, consecuentemente no hay delito porque el hecho no ha sido cometido y por lo tanto no puede surgir la figura del instigador ni la figura del concurrente. Prueba de esta conclusión es el artículo 87 referido a las *actionis liberae in causa*, donde la punición se observa con claridad a un momento anterior a la ejecución del delito mismo.

El artículo 56 del código penal no exige el inicio de la acción prevista por la ley como delito, sino cualquiera actividad antecedente idónea y directa en modo no equívoco al cumplimiento de la acción. El verdadero principio que regula el sistema de la tentativa, expresa el autor, está integrado con el artículo 49 del código penal, que fija el único límite a la punibilidad: Por una parte, la tentativa con la tentativa impune, y aparte, el delito imposible. El indicado artículo 49, relativo al concepto de la idoneidad de la acción, se refiere también a la disposición 56 del código, referente a la relevancia penal del acto; el delito imposible, en cambio, regulada por el artículo 49, se refiere a la antijuricidad de la acción y a los límites de la misma.²⁰³

Resumiendo, manifiesta este autor, intentando establecer su distinción entre inidoneidad del acto e *inadeguatezsa* de la acción, el artículo 56 encuentra aplicación si el medio es concretamente idóneo, pero la acción se observa inadecuada a producir el daño o el peligro. El artículo 49, en cambio, prevé una situación que más bien es veleidad y no voluntad, supone un *quid* que se encuentra en la mente del presunto sujeto agente, y en donde aun cuando deseado el resultado ilícito, no tendrá siquiera ocasión de producirse.

Petrocelli, en relación al segundo elemento de delimitación de la tentativa punible en el Código Rocco, realiza un agudo análisis de la noción de la univocidad, cuando se pregunta:

¿La univocidad en el sistema de nuestro código es un criterio de esencia o es un criterio de prueba? En otros términos, ¿se requiere como un elemento de determinación intrínseca del acto, en manera que la aptitud de probar por sí la intención del agente valga como medida del valor del acto mismo y, consecuentemente, como razón y límite de la punibilidad? O bien, ¿es una fórmula para significar una necesidad obvia, esto es, que sin la prueba de la intención del agente de cometer un determinado delito, no se puede hablar de tentativa?²⁰⁴

Sobre esta disyuntiva se desarrolla el autor declarando que si la univocidad debe ser entendida como calidad de la acción idónea para probar por sí misma la intención del agente, entonces la misma se presenta como verdadero criterio límite de la punibilidad; en cambio, si la univocidad debe ser considerada como criterio de prueba, es decir, si no se debe hacer referencia únicamente a los actos, puesto que se debe buscar la intención del agente sobre la base de estos actos inseridos en las circunstancias del caso concreto, entonces el concepto

²⁰³ *Op. cit.*, pp. 136-137, 148-152 y 219-220.

²⁰⁴ Rocco en Lav. prep., IV, 2p., p. 188. Citado por Petrocelli que en general deriva su afirmación del texto del artículo 58 del Proyecto Preliminar y de las discusiones surgidas en torno al mismo.

de la univocidad resulta insuficiente para delimitar la tentativa punible. El problema, no obstante, no queda con esta aclaración resuelto, porque si se adopta el criterio de esencia buscando individuar la tentativa a través de los simples actos, entonces el criterio resulta en extremo restringido ya que son muy escasos los actos que por sí solos pueden evidenciar tal situación y tampoco es útil que la prueba de la intención derive por otras vías porque no sería ya una cualidad intrínseca del acto.

Parece ser que el intento de la comisión que elaboró el código italiano haya sido considerar la univocidad como criterio de prueba.²⁰⁵

Siniscalco²⁰⁶ examina las diversas tesis acogidas por los autores sobre el concepto de univocidad y después de haber observado que la doctrina ha seguido una orientación subjetivista al considerar tal requisito como parte del aspecto subjetivo del delito,²⁰⁷ afirma la necesidad de que sea probada la intención del agente a cometer el delito.

Tal orden de ideas, como la observación de Vannini y Petrocelli, de que este elemento se limita a expresar en sustancia la exigencia procesal de una precisa y acertada prueba de la voluntad dolosa que mueve la acción ejecutiva, no resultan suficientes para Siniscalco, quien sobre la cuestión observa, que efectivamente son raros los casos de hechos jurídicos puestos en ejecución para desarrollar un papel del género, por lo cual sólo un significado sobre el plano objetivo debe estimarse satisfactorio.

Se afirma que partiendo de premisas de origen beliniano no es posible afrontar la problemática del concurso ni la de la tentativa en modo conveniente; Pedrazzi²⁰⁸ en su trabajo declara que en el límite de una impostación vinculada al *Tatbestand* se presenta inexorablemente la necesidad de individuar los elementos característicos de la disposición sobre la tentativa y sobre el concurso de personas, dado que en los ordenamientos las conductas de forma atípica no son conformes al modelo legal; así en la tentativa, el comportamiento típico, es individuado en medida segura por el requisito de la univocidad.

²⁰⁵ El Proyecto Preliminar no había hecho referencia aún a la univocidad cuando establecía la noción de "actos... dirigidos al fin de cometer un delito" y, posteriormente, también Rocco acogía esa tesis cuando declaraba: "El criterio de la univocidad es siempre necesario en tema de tentativa, en el sentido que los actos sean ellos preparatorios o ejecutivos, en modo no equívoco deben referir la intención, el fin, la voluntad de cometer un delito" (Lav. preparatori, IV, 2p., p. 188). La conceptualización de la idea no se observa clara y así, en virtud de que los compiladores del código no se habían dado cuenta del verdadero significado del concepto de univocidad, solicitaban en un principio que tal concepto fuese identificado como cualidad de esencia; esa situación amenazaba limitar el concepto de univocidad, con el peligro de referirlo en modo indirecto nuevamente al criterio de la ejecutividad de los actos, con lo cual asimismo, se amenazaba limitar aun más el ámbito de la tentativa punible, por lo que teniendo conciencia de esto se concluyó finalmente que el acto debía ser *objetivamente dirigido al resultado*, esto es, *que debe revelar por sí la intención del agente, pero nada impide que esa intención sea derivada del conjunto del acto y de otros elementos*.

²⁰⁶ Siniscalco, *op. cit.*, pp. 87-91.

²⁰⁷ Acogen tal orientación: Petrocelli, *op. cit.*, pp. 66 y ss.; Vannini, *op. cit.*, p. 52; Impallomeni, *op. cit.*, p. 346.

²⁰⁸ Pedrazzi, *El concurso de personas en el delito*, 1952, p. 26 (citado por Siniscalco, p. 99).

Estima en fin, Siniscalco,²⁰⁹ que para entender el concepto de actos no equívocos, referidos en el artículo 56 del Código Penal, debe observarse que el concepto “en modo no equívoco” concierne a la dirección de los actos hacia la comisión del delito; el término “dirigidos”, indica actos orientados, referidos a cometer el delito, y toda vez que la ley habla de “actos”, fórmula al plural, queda excluida la posibilidad de interpretarla únicamente como el último acto, y debe referírsela a los actos que integran toda la acción naturalísticamente entendida, con referencia al factor teleológico. Como segundo elemento es necesario referirse al fin, al contenido de la representación del agente; por “no equívoco” debe entenderse “un solo único”; los actos deben demostrar ser directos a un único resultado, juicio este que debe ser aquél de un observador medio, hecho sobre la base de la normal experiencia.

De esta manera, si para los subjetivistas, la univocidad supone la necesidad de advertir la dirección de la voluntad del agente hacia el delito, para los objetivistas, en cambio, debe advertirse la aptitud de la conducta a dar la prueba. Determinado el criterio de la univocidad, es posible que sobre el plano objetivista tal concepto pueda funcionar con suficiente validez.

Antolisei sigue una posición objetivista. Explica que la intención criminosa es necesaria para la existencia de la tentativa y es indispensable que sea probada. Toda vez que tal intención consiste en un hecho psíquico que no puede ser advertido directamente, requiere ser derivada del comportamiento exterior del sujeto, en base a las normas de la experiencia o por cualquier otro medio a disposición del juez.²¹⁰

Agrega el autor que la prueba de la intención del agente no es suficiente,²¹¹ dado que la fórmula “en modo no equívoco” expresa la obligación de recurrir a un criterio objetivo. Éste significa que la acción en sí, por aquello que es y por el modo en como viene cumplida, revele la intención del agente. Se hace necesario, para ese efecto, encontrarse en presencia de una acción cuya naturaleza sea tal que siendo seguida bajo el criterio del *id quod plerumque accidit*, venga realizada exclusivamente para cometer el hecho criminoso; la acción, al ser evaluada, debe quedar encuadrada en el conjunto de las circunstancias en que viene desarrollada.

Afirma el autor que el requisito de la univocidad objetiva en la tentativa debe ser evaluado por el juez, siempre que la acción haya seguido un desarrollo que ponga en clara evidencia el fin a que era dirigido, excluyendo una apreciable probabilidad de desistencia del reo.

Cavallo,²¹² declara sobre el requisito de la univocidad, que viene rechazado en la propuesta del Proyecto Bellagio de 1959, que el requisito observa una triple función: la primera como criterio de esencia, la segunda como prueba

²⁰⁹ *Op. cit.*, pp. 111 y ss.; también en *Convenio Nacional de Estudios...*, pp. 669-676.

²¹⁰ Antolisei, *op. cit.*, pp. 362-364.

²¹¹ Observa el autor que si el legislador hubiese estimado suficiente la sola prueba de la intención del sujeto, habría utilizado la expresión “actos directos a cometer un delito” y no aquella de “actos directos en modo no equívoco...” que expresa un claro carácter objetivo de la acción.

²¹² Cavallo, *Convenio Nacional...*, pp. 681, 685.

de la intención del agente derivada del acto material de ejecución, así como de cualquiera otra circunstancia y, la tercera, para facilitar la valoración de la inidoneidad.

Explica el autor que si por una parte es útil retornar al criterio de la ejecución de los actos en la tentativa, porque ésta es la única manera de salvaguardar la libertad de los individuos, por otra parte se hace necesario individuar precisamente cuáles actos ejecutivos deban ser sujetos a punición.²¹³ Es aquí donde se presenta útil la aplicación del criterio de la univocidad: si la idoneidad ha sido considerada como criterio necesario y se la ha hecho consistir en la potencialidad del acto a causar el resultado criminoso, la misma debe ser lógicamente referida a un fin determinado, toda vez que ella puede ser idónea para un fin, pero puede no serla para otro; por otra parte, cuando se busca establecer si el acto es ejecutivo o si es directo a la realización del resultado, se busca al mismo tiempo establecer si la univocidad revela la dirección hacia un fin y, en consecuencia, si la misma revela la intención del acto por sí, consintiendo la valoración de la idoneidad del acto.

Vassalli²¹⁴ se muestra desfavorable a la inclusión de la univocidad en la formulación del artículo en el proyecto y se pronuncia sobre el tema afirmando que la introducción de este concepto en el Código Rocco tuvo como finalidad el elemento del dolo requerido por el código precedente cuando establecía:

“...a fin de cometer un delito...”, por lo cual en un sistema que volviese a reconocer el valor diferenciativo de la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos y reprodujese asimismo la enunciación del fin a cometer un delito, el requisito de la univocidad de dirección de los actos no podría menos que aparecer como superfluo.²¹⁵

Aún Petrocelli observa que aquello que los compiladores consideraron como actos dirigidos en modo no equívoco, no es más que la prueba inequívoca de la dirección de los actos hacia la comisión del delito.

El autor critica la posición objetivista afirmando que el orden de ideas no puede aceptarse porque además de la evidente correlación que existe tras el concepto de univocidad y el concepto de ejecución del delito, dos objeciones aparecen insuperables: la primera constituida por la dificultad de determinar la univocidad únicamente en base a la acción material del delito (un acto puede constituir consumación del delito de lesiones, mas puede ser tentativa de homicidio; el abandono de un niño puede ser delito de abandono de infante, pero resulta aun tentativo de homicidio, etcétera). La segunda objeción se presenta al considerar que el acto objetivamente unívoco, que es el acto del tipo legal en su acepción más restringida, sería el acto más típico y el más ejecutivo, y es evidente que éste no ha sido el deseo del legislador que ha querido ampliar la esfera de aplicación de la figura.

²¹³ Recordamos que Cavallo considera como acto ejecutivo cualquier acto posterior a la decisión, por lo cual si bien no admite la posibilidad de punición de los actos preparatorios, en su amplia concesión de actos ejecutivos, incluye actos que para los seguidores del orientamiento contrario quedan fuera de la categoría de los actos ejecutivos.

²¹⁴ Vassalli, *Convenio Nacional*, pp. 230-232.

²¹⁵ Vassalli, *Convenio Nacional*, p. 230.

Considerada la univocidad como mera prueba de la intención del agente —concluye el autor— ésta no encuentra justificación en la moderna sistemática que desaprueba la inclusión de criterios probatorios en las normas de carácter sustancial y, por tanto, resultaría más conveniente utilizar cualquier otro criterio; sea referido al fin (como en el código precedente, sea respecto a la intención en manera de subrayar la posibilidad de la tentativa únicamente en los delitos dolosos).²¹⁶

Ramón Palacios, refiriéndose a la cuestión dice que:

Donde alcanza plena validez la univocidad Carrariana, es en el ámbito de las teorías subjetivas de la tentativa. Ellas postergan la puesta en peligro prefiriendo la intención que revela la peligrosidad criminal del sujeto que agita, o sin atender el estado peligroso, estiman la acción del culpado como causa equivalente a aquella que podría haber puesto en peligro el bien tutelado.

Para la primera tesis basta el acto unívocamente preordenado del culpable, independientemente de su relación objetiva-formal con el tipo, de ello resulta que la figura hipotizada en el precepto penal no adquiere en el exterior la materialidad de su ofensa; la lesión del bien jurídico, así sea parcial —“el comenzar a matar”— es simplemente meta remota, ajena al proceso causal, ya que el pensamiento exteriorizado del sujeto se juzga por la dirección. “Para la segunda se prescinde de la personalidad del imputado y basta su concreta actuación referida al tipo, pues cada uno de los actos puestos en el curso causal tiene el mismo valor natural y jurídico.” Y continúa refiriendo que pierde toda importancia la separación que la realística intenta establecer entre tipicidad y atipicidad por ausencia de cualquiera de los elementos de la figura tentada, y la distinción de medios absolutamente inidóneos, o relativamente inidóneos, la carencia absoluta de objeto, etcétera, no tiene razón de ser en el positivismo penal y en la equivalencia de las condiciones.

Finaliza su exposición indicando que en el sistema jurídico penal mexicano²¹⁷ el legislador recoge la tesis de la equivalencia de condiciones, paliada, quizás, en el sentido de la causa concreta o del caso concreto.

Pavón Vasconcelos²¹⁸ aun cuando no entra al análisis concreto del elemento de la univocidad, deja claramente evidenciado su criterio respecto a la cuestión cuando al referirse al análisis del delito tentado, bajo el sistema de la prelación lógica, expresa:

Si toda conducta o hecho, requiere ser típico, carácter adquirido en cuanto se establece una relación formal con el tipo, la conducta o el hecho incompleto acuñada en la norma especial de la tentativa, únicamente será punto de partida para su valoración, objetiva y subjetiva, en tanto vive en ella la tipicidad, ya como prelación legal o como adecuación típica al modelo de la norma o tipo específico del delito tentado.

²¹⁶ Cassazione, febrero 4 de 1935, en *Justicia Penal*, 1935.

²¹⁷ Prueba de cuanto expuesto son los proyectos del nuevo Código Penal, donde en referencia a la tentativa, han apoyado el criterio de la bipartición clásica de los actos.

²¹⁸ *Op. cit.*, pp. 119-120.

En nuestro criterio Petrocelli ha logrado individuar la postura que nos parece más precisa, por las siguientes razones:

El concepto de la univocidad, efectivamente no puede tener sino dos significados: o supone una referencia al acto como criterio de esencia, lo que significa que se deriva sólo y únicamente del acto mismo, el cual, por sí debe poner en evidencia la intención de agente, en cuyo caso el concepto de univocidad se presenta como extremadamente restringido. O bien, implica la prueba de la intención del agente, prueba ésta que debe ser derivada no únicamente del acto *ex se*, sino de todas las condiciones y circunstancias que puedan ser útiles a ese fin.

Ahora bien, en base al primer significado nos parece que el concepto de univocidad se presenta demasiado restringido, tan limitado en realidad, que al intentar ampliar su alcance, o coincide con el mismo criterio de la adecuación al tipo delictuoso —es decir, aquellos actos que entran ya en la previsión jurídica penal—, o bien, se refiere a aquellos actos que estimándose como la esencia misma de la infracción, llevan la capacidad de revelar por sí el fin propuesto por el agente. En esta segunda acepción, no obstante, la univocidad se presenta con tan poca frecuencia que difícilmente podría ser utilizada como criterio de auténtica utilidad (acaso podría considerarse como tal la repetición de los golpes de cuchillo a la víctima).

Para el caso del código italiano, si bien es cierto que el deseo de los compiladores del código, evidentemente fue aquel de ampliar el ámbito de aplicación de la tentativa punible —y sobre esto la doctrina de ese país no discute— es necesario concluir que una interpretación de la cual pudiese derivar una restricción del instituto de la tentativa, mayor de cuanto hubiera podido entenderse bajo la vigencia del código anterior, no puede resultar menos que repudiada. Igualmente, si la univocidad viene entendida como sinónimo de acto ejecutivo —ciertamente, no ha sido esa la intención del legislador— la esfera de aplicación de la tentativa no habría sido variada, cuando mucho se habría observado una modificación de mera terminología, que en lugar de resultar más asequible, ha resultado más confusa.

La orientación objetivista, como ha sido puesta en relieve por diversos autores, presta el flanco a la crítica, en primer lugar, porque los actos que por sí, objetivamente considerados, ponen en clara evidencia la dirección hacia el delito, son en extremo escasos; y, en segundo lugar, porque como ha observado Vassalli, los actos unívocamente dirigidos a la comisión de un delito, en ese sentido en realidad aún pueden seguir manifestándose como equívocos, en tanto que si bien la tentativa de lesiones o las lesiones mismas pueden ser encuadradas como tales, nada impide, sin embargo, que constituyan actos en realidad integrantes de tentativa de homicidio, en la misma forma como el abandono de un bebé siendo constitutivo del delito de exposición de menor, podría en realidad ser una acción constitutiva de tentativa de infanticidio u homicidio.

Por otra parte, considerar la univocidad de los actos como criterio de orden procesal, creemos que de origen ocupa un lugar inadecuado en el ordenamiento que es de carácter substancial.

Se estima que el criterio debe venir referido a la acción en su conjunto y no a cada acto simple constitutivo de ésta, pues como ha sido puesto de manifiesto, la univocidad referida a cada acto, en último análisis se manifiesta irrelevante, pero sí referida al conjunto de ellos, que es como podría adquirir relevancia jurídicamente válida, viene a coincidir nuevamente con el concepto de univocidad como criterio de prueba de la intención del agente con las objeciones ya formuladas.

Desde otro punto de vista, considerar a la univocidad ya no bajo la orientación *objetivista*, es decir, observando los actos *objetivamente* considerados, sino bajo el orden de ideas de la corriente subjetivista, observando exclusivamente la intención del agente, se llega a conclusiones en extremo radicales, que por lo mismo deben ser rechazadas en un sistema jurídico fundado en los principios del libre albedrío, de la libertad individual y de la responsabilidad personal (esta misma razón es la que origina las mayores dificultades en la ley mexicana, en tanto que el ordenamiento si en su estructura se rige por el principio de la responsabilidad personal, en su orientación, evidenciada principalmente en algunas instituciones, adopta el sistema de la responsabilidad social). Por esto no es aceptada la tesis propugnada por Ferri y quienes posteriormente la hubiesen seguido al coincidir en la afirmación de la responsabilidad social, de la aceptación del acto como síntoma y expresión de la personalidad del delincuente y por tanto para quienes también la división bipartita de los actos resulta irrelevante porque “se empieza a ejecutar el delito” con el inicio del propósito criminoso por cualquier medio, sea o no acto preparatorio, por ser ya manifestación de ese estado peligroso que la escuela positiva tanto intentó controlar; o aún con la perspectiva que ha tomado carta de ingreso en la jurisprudencia alemana bajo la influencia de Von Buri, al considerar como tentativa toda acción delictuosa de la voluntad, basado en la intención del sujeto como único criterio válido, en tanto que al faltar el resultado inherente a la consumación, es irrelevante el análisis sea de los medios que del objeto.

En definitiva, nos parece que el orden de ideas más preciso sobre la cuestión respecto del ordenamiento penal italiano, es aquel que considera como univocidad la prueba de la intención del agente, prueba que puede ser derivada no solamente de los actos en sí mismos, sino de cualquier otro medio que pueda servir al juez en la formulación del criterio que deba llevarse acerca de la intencionalidad del agente, cuestión que no observamos diversa de la prueba del dolo, de cualquier forma obligatoria para el juez, lo que significa que el criterio de referencia en nada adelanta una obligación que ya de antemano se encuentra localizada como obligación fundamental inherente a la función del juzgador.

Por cuanto se refiere a la ley mexicana, estimamos que le es aplicable lo expuesto en relación con la univocidad de los actos, es decir, a la dirección no equivoca de los mismos. Cuando el artículo 12 expresa: “...hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito...” no es posible dejar de admitir que ha sido intención del legislador el referirse a la dirección

de los actos. Si la ley italiana cuando se refiere en su texto a la realización de “...actos idóneos dirigidos en modo no equívoco a la comisión de un delito...” pone de manifiesto, al menos como intento primario del legislador, el doble criterio de la idoneidad y la univocidad de los actos como vía de delimitación de la tentativa punible; la ley mexicana, por su parte, adopta como criterio de distinción aquel de actos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito.

Con la locución “actos encaminados” no queda lugar a dudas que la palabra *directa* hace referencia a la dirección de los actos hacia la realización del fin ilícito y con el término *inmediatamente* se intenta establecer un límite de carácter temporal al ya conformado criterio de la dirección.

Ahora bien, ¿es suficiente tal criterio como vía para delimitar válidamente la tentativa punible, o bien se hace necesario recurrir a otro criterio para realizar tal delimitación?

Nos parece que utilizar el criterio *actos encaminados directamente* se presenta con toda la ambigüedad que podía contener un criterio de punición a la tentativa fundado en la sola univocidad de los actos. ¿Qué debe entenderse con tal idea?, sólo puede significar la dirección de los actos hacia el delito. ¿Debe entenderse tal dirección bajo una concepción objetiva o bajo un criterio subjetivo? Entenderlo en el primer sentido significaría limitar el valor probatorio a los actos objetivamente considerados y en el segundo sentido implica referirse exclusivamente a la intención del agente. Bajo el primer orden de ideas, el criterio de la dirección de los actos bajo la fórmula “...actos encaminados directa e inmediatamente...” viene a resumirse en las dos posibilidades a que con anterioridad nos hemos referido, o es criterio de esencia o es criterio de prueba; o intenta significar que los actos en sí y por sí deberán poner de manifiesto la intención del agente, en cuyo caso son en extremo raros los posibles casos de reagrupar como tales, con la consecuente inutilidad del criterio, pues entonces serían poquísimos los casos por encuadrar como tentativa de delito, o bien, se observa la fórmula como medio de prueba, es decir, estimándola como la obligación expresa para el juzgador de dilucidar la intención del agente, la cual podría ser observada *aliunde*; de ser éste el orden de ideas a seguir, habría que concluir que entonces, por una parte, supone una figura que no es de naturaleza sustancial sino de naturaleza procesal —la obligación de probar el acto— y por consiguiente mal incluida en un ordenamiento de carácter sustancial y, por otra, pone de manifiesto una situación que de antemano es obligación inherente a la función del juzgador, por lo cual la figura se presentaría como jurídicamente irrelevante.

Desde el punto de vista subjetivista nos parece que la fórmula se presenta en extremo amplia si es únicamente referida a la dirección de los actos, tan amplia que sería fuertemente lesiva del principio de la libertad individual en tanto que sólo se hace necesario estimar manifestada la intención del agente. Este criterio, sin embargo, vendría limitado por ese otro elemento del *inmediatamente* a que en seguida hace referencia la discutida disposición. Esto nos lleva a tratar de individuar el alcance del requisito de la *inmediatez*.

El requisito, observado en la locución “...actos encaminados directa e *inme-*

diatamente...”, ¿debe entenderse como criterio de rapidez temporal en la ejecución de los actos encaminados a la realización del delito?, ¿o debe estimarse como una referencia temporal respecto al momento de la ejecución o de la consumación, es decir, de cercanía de tiempo?

La triste redacción del precepto desafortunadamente no facilita la solución. No parece lógico entender que la expresión suponga sólo una referencia de rapidez temporal en la ejecución de los actos, porque en tal caso el criterio sería del todo inútil como elemento para la determinación de la tentativa punible. Más lógico parecería aceptar la segunda postura tratando de entender el término como una delimitación a la amplitud del concepto de la univocidad.

El problema que se presenta, no obstante, no queda con esto solucionado porque si es de entenderse el segundo criterio —y es claro que es el único que podría considerarse pues el otro es irrelevante— entonces queda en la duda, determinar a partir de qué momento deberá estimarse como válido y suficiente para encuadrar la tentativa punible, ese momento de la inmediatez.

Nos parece que con esta fórmula el problema de la tentativa de delito ha quedado mucho más confusa de cuanto hubiera podido estarlo con una dicción diversa, tal vez fundada con claridad en el principio de la bipartición clásica de los actos y el inicio de la ejecución.

Efectivamente, no es posible olvidar la orientación del ordenamiento legal que nos ocupa, que como en la segunda parte es indicado, parece haber seguido un eclectismo que si por una parte, lo coloca en el grupo de los llamados “códigos penales con orientación política criminal”, según la clasificación que hiciera Jiménez de Asúa, no deja de presentar fuertes problemas al adoptar en su seno algunas ideas y fórmulas basadas en el principio de la responsabilidad social en tanto que el cuerpo legal en general se maneja sobre la base del principio del libre albedrío (tal es el caso de la responsabilidad en que incurren los enfermos mentales, a quienes si bien no se les denomina delincuentes, su situación jurídica resulta afectada por disposiciones incluidas en el Código Penal y los hechos son determinados como delitos. Asimismo, pese a que la doctrina al hacer referencia a la culpabilidad estimándola como el reproche en el orden psíquico hecho al agente y estime culpable sólo a los sujetos imputables, es decir, a quien tiene capacidad de querer y de entender, no obstante, en la Ley Penal Mexicana no se localiza en el capítulo respectivo —título primero— base expresa para ello, como se observa en las leyes de otros países).

Finalmente, estimamos que si por univocidad se entiende la prueba de la intención del agente tal solución no encuentra una verdadera justificación en el Código Penal, ya que en otras normas de carácter general, el código establece la necesidad general de aceptar la existencia del dolo para la integración del delito y no se comprende por qué las mismas normas generales no deban ser observadas en la hipótesis de la tentativa.

Resumen de cuanto se ha venido expresando, es la afirmación de que evidentemente no es suficiente el criterio fijado por el artículo 12 del Código Penal para determinar suficientemente los límites de la tentativa punible y, se hace necesario, por tanto, recurrir a otros criterios que estando fundados en

la ley, permitan efectuar una interpretación y aplicación más razonable del dispositivo.

III. LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA

De cuanto se ha expuesto resulta que, sobre la norma de la ley italiana, la interpretación del artículo 56 del Código Penal es insuficiente si se basa sobre los criterios de la univocidad y de la idoneidad, en tanto que ambas, por cuanto ha sido informado anteriormente, requieren necesariamente ser limitadas por otro artículo del Código Penal, el artículo 115, cuya aplicación sistemática permite configurar la tentativa dentro de límites más consistentes. En este sentido se ha pronunciado la Corte de Casación, afirmando que el artículo antes indicado funciona como complemento de la institución de la tentativa.²¹⁹

Ha intentado demostrarse, en las anteriores páginas, que una interpretación de la tentativa punible en base a los elementos del artículo 56 podría llevar a consecuencia graves y lesivas de la libertad individual, lo que constituye en ese país un grave peligro. Los compiladores del código evidentemente persiguieron el fin de ampliar la esfera jurídica de aplicación de la tentativa punible, pero no ha resultado del todo verídico cuanto expresaba Marciano, al afirmar que el legislador a través de la nueva fórmula había logrado llevar un poco más atrás la punibilidad de la tentativa. Tampoco parece observar una correspondencia del todo acorde con la realidad, la afirmación de Scarano, según la cual, finalmente a través de la nueva fórmula, se ha resuelto el serio problema de la doctrina en los diversos países. Los problemas han continuado manifestándose aún más agudos; si bien en desacuerdo se ha buscado retornar a la vieja distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos,²²⁰ afirmando que si bien con tal criterio los problemas subsisten, existe al menos un punto firme y cierto que sirve de garantía y salvaguarda a la libertad de los individuos. Es verídico, advierte la doctrina, que con tal criterio se observan problemas difíciles de resolver, lo que es más, tal vez insolubles afirmará alguno, así la concreción del momento ejecutivo, es decir, el inicio de la acción ejecutiva y por lo tanto del inicio de la actividad punible; pero ello es consecuencia de la naturaleza misma de los actos y de la diversidad intrínseca de las varias figuras delictuosas, especialmente de las figuras del delito a forma libre.

En relación con la fórmula adoptada en el código mexicano, nos parece que con las observaciones precedentes también queda claro el criterio que seguiremos al afrontar el problema.

El artículo 12 del Código Penal Vigente, en los términos en que se encuentra redactado, no se estima suficiente para delimitar la esfera de la tentativa punible, por lo que se hace necesario recurrir a otros criterios que se presentan más asequibles al fin indicado.

El legislador de 1931, al haber adoptado el criterio de referencia en la

²¹⁹ *Op. cit.*, p. 138.

²²⁰ *Op. cit.*, pp. 77 y ss.

elaboración de la fórmula para el delito tentado, nos parece que en realidad no tuvo conciencia clara de los problemas y del alcance que habría de aportar consigo la inclusión de la fórmula adoptada, sino que tuvo conocimiento simple de los problemas derivados del inicio de la ejecución de los actos y de la conveniencia de seguir alguna vía distinta que no se presentara tan sujeta a controversia. Esa situación, que en realidad debió verse actuada aún con mayor intensidad en el seno del legislador de 1871, en tanto que la disposición del vigente ordenamiento sigue la prevista en aquél, modificándolo y variándolo ligeramente, pero manteniéndose en la orientación y en la esencia de la fórmula que previera como conato.

La fórmula del Código de 1871 al parecer se encuentra en principio inspirada, como el ordenamiento entero, en el Código Español de 1870, que supone sólo ligeros cambios al anterior de 1848; pero en tanto que los textos españoles admiten por completo el criterio del inicio de la ejecución, la ley mexicana, sin olvidarse por entero de la bipartición clásica de los actos, adopta, sin embargo, un texto que busca criterios diversos para la delimitación de la tentativa punible. Del análisis realizado se observa que el objetivo no fue alcanzado y como en el caso de la ley italiana, con su específico planteamiento derivado de la diversa dicción legal, se ha hecho necesario recurrir a otros elementos para lograr la más fácil aplicación de la norma.

Para interpretar adecuadamente la norma de la tentativa en la Ley Penal Mexicana, se hace necesario recurrir a la interpretación sistemática, así como a los demás elementos de que puede hacerse uso en la misma disposición legal.

El artículo 12 expresa:

La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado en que se hubiera llegado en la ejecución del delito.

El texto del dispositivo transrito, utiliza el doble criterio de dirección e inmediatez de los actos, pero continúa utilizando, igualmente, el término *ejecutan* que recuerda la bipartición.

Si el doble criterio se encuadra en el marco de los actos ejecutivos como consecuencia del término *ejecutan*, obviamente el criterio para la determinación de la tentativa punible resulta vinculada y limitada a la bipartición clásica de los actos y a la punición al inicio de la actividad ejecutiva.

Sirve de apoyo a este criterio cualquier disposición del ordenamiento que evidencie la admisión de la bipartición clásica de los actos. Por otra parte, el mismo orden de ideas se presenta siempre sujeto a la posibilidad de ser objetado, al hacerse notar que si hubiera sido intención del legislador castigar la tentativa en base al inicio de la ejecución, habría podido hacerlo sin recurrir a los discutibles criterios cuyo estudio ahora nos ocupa, es decir, evitando dar los "rodeos" de interpretación para llegar a la misma meta; si el legislador

adoptó una nueva forma, lo hizo porque su intento fue precisamente aquel de buscar una nueva vía de punición a la tentativa de delito.

Frente a estas posibilidades es oportuno partir del principio, del origen mismo del problema:

Nos parece que efectivamente el intento del legislador fue seguir una vía distinta para la delimitación de la tentativa punible, vía ésta que trató de encuadrar el criterio de la *dirección* y de la *inmediatez* de los actos, si bien asimismo parece que no tuvo clara conciencia de su alcance. No obstante el deseo manifiesto del legislador, el fin no logró ser alcanzado en la realidad; según se ha intentado poner en evidencia, sino que sólo se logró fijar un criterio de limitación a la figura tentada, aún más confuso de cuanto se había presentado en otros países orientados en la postura clásica.

El legislador mexicano, pese a la inclusión del doble criterio a que nos hemos referido, no perdió la clásica división bipartita de los actos ni en la figura misma de la tentativa de delito, ni en otras del propio ordenamiento a las que en seguida se hace referencia, por lo que no puede afirmarse que haya tratado de eliminar la división de los actos del *iter criminis*.

El primer párrafo del artículo 12 utiliza el término *ejecuten*, el cual en caso de entenderlo como realización de actividad ejecutiva frente a la actividad preparatoria, varía por completo el panorama del problema.

El segundo párrafo del mismo artículo 12 expresa: "...el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito". He aquí otro concepto que se estima podría estar evidenciando la aceptación del legislador respecto a la bipartición de los actos de la fase externa del *iter criminis*, que en caso de admitirse como tal sería un apoyo al párrafo anterior, en tanto que sujeta la imposición de la pena a la ejecución del delito. Si por ejecución debe entenderse realización de actos encaminados al fin perseguido, sean preparatorios o ejecutivos, la cuestión no presta ningún apoyo; pero si ejecución significa realización de la acción típica, entonces los actos no ejecutivos, como principio, deben estimarse impunes.

El artículo 2, fracción 1 del Código Penal, en relación con la aplicación de la ley en el espacio, expresa que la misma se aplicará "por los delitos que se inicien, preparen o cometan en el extranjero, cuando produzcan..." Como se observa, si bien en el caso la ley impone punición a actos preparatorios, no obstante, se confirma que el legislador en general si tuvo presente la división bipartita de los actos, y salvo los casos en que castiga expresamente los actos preparatorios, en principio deja a los mismos impunes.

En el artículo 13, fracción 1, al referirse a las personas responsables de los delitos se expresa: "Los que intervienen en la concepción, preparación o ejecución de ellos." Una vez más se evidencia el conocimiento y aceptación del legislador, respecto a la división de los actos en la parte exterior del *iter criminis*.

El artículo 102 al referirse a los términos para la prescripción de los delitos, refiere: "Los términos para la prescripción de la acción penal serán continuos y se contarán desde el día en que se cometió el delito, si fuere consumado, des-

de que cesó, si fuere continuo; o desde el día en que se hubiere realizado el último acto de ejecución, si se tratare de tentativa." Nos parece que este artículo es fundamental para la interpretación de la tentativa punible en tanto que aborda de frente el problema y, al hacerlo, claramente expresa como punibles los actos de ejecución.

Estimar los mencionados artículos como de fundamental importancia, sobre todo el último transcritto, podría parecer excesivo; pero considerando que no es una única disposición sino que es en diversas donde el legislador ha puesto de manifiesto su conciencia de la división entre actos preparatorios y actos ejecutivos —si bien en textos donde a su vez cada uno podría dar lugar a interesantes observaciones—, no puede negarse que él mismo sí siguió considerando al transcurso del código a la bipartición clásica de los actos y que, asimismo, adquiere particular relevancia el que haya reconocido que para la prescripción, el inicio del término para fijarlo se establece precisamente en la realización del *último acto de ejecución*, es decir *solamente estima como tentativa la realización de actos que hayan sido ya ejecutivos y no preparatorios*.

Creemos que de entender como expuesto el artículo 102 del Código Penal Mexicano, adquiere especial relevancia el uso del término *ejecución* en el artículo 12, cuestión que, como antes ha sido indicado, puede dar origen a una connotación del todo diversa a la norma accesoria en estudio.

Resulta extraño, por otra parte, que el legislador habiendo tenido conocimiento de las dificultades derivadas al sostenimiento del inicio de la ejecución como criterio para delimitación de la tentativa punible —y esto nosotros no lo discutimos—, hubiese, no obstante, continuado en el uso de la palabra “ejecución” que es precisamente la que da pauta a una posible interpretación vinculada al principio de ejecución; en otras palabras, nos parece que si por una parte el legislador intentó buscar nuevas vías para determinar el castigo a la tentativa, por otra parte no se desligó por completo del criterio clásico sino que siguió conservando relación con el mismo, en caso contrario habría podido utilizar otro término diverso del de “ejecución”. Cualquiera menos ése.

Resumiendo cuanto hasta ahora se ha expuesto, estimamos, en relación con la norma de tentativa de delito, que no se ha perdido de mira la bipartición clásica de los actos y que la misma sigue vigente y reconocida por el legislador penal de 1931, tanto en el dispositivo que prevé la tentativa del delito, como en otras disposiciones legales del mismo ordenamiento.

Desde otro punto de vista y aceptado que la disposición del artículo 12 también reconoce la bipartición clásica de los actos, puniendo únicamente los ejecutivos —ya hemos afirmado que el criterio de la dirección e inmediatez de los actos se manifiesta insuficiente para delimitar la tentativa de delito punible— se hace necesario tratar de encuadrar un criterio útil para la distinción entre actos preparatorios y actos ejecutivos y, consiguientemente, entre tentativa punible y tentativa impune.

Haciendo relación a los diversos criterios de diferenciación a que nos referimos con anterioridad en la primera parte de este mismo capítulo, nos parece que el criterio más centrado, por suponer un orden de ideas de carácter objetivo

y jurídicamente defendible, por suponer ese *ubi consistam* a que en diversas ocasiones ha hecho referencia la doctrina, nos perfilamos por el criterio del comienzo de la ejecución, entendido como el inicio de la lesión al núcleo del tipo legal, ya que se encuentra fundado en ese principio fundamental del *nullum crime, nulla poena, sine lege*, piedra angular del Derecho Penal. Ningún criterio tan objetivo como éste, como tampoco, ninguna postura jurídica tan válidamente defendible.