

## CAPÍTULO TERCERO

### HISTORIA

I. Origen histórico general . . . . .	39
II. El delito tentado en las leyes mexicanas . . . . .	43
1. El Código Martínez de Castro de 1871 . . . . .	43
2. El Código Almaraz de 1929 . . . . .	46
3. El Código Penal Vigente de 1931 . . . . .	47
4. El Anteproyecto de Código Penal de 1949 . . . . .	50
5. El Anteproyecto de Código Penal de 1958 . . . . .	50
6. Anteproyecto de Código Penal tipo para los Estados Unidos Mexicanos de 1963 . . . . .	51
7. Anteproyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica de 1965 . . . . .	52

## CAPÍTULO TERCERO

### HISTORIA

#### I. ORIGEN HISTÓRICO GENERAL

1. Comentando el *De Iure Belli ac Pacis* de Ugo Grozio,<sup>97</sup> Scarano,<sup>98</sup> quien realiza una profunda investigación a este respecto en los dos trabajos por él publicados en torno al tema,<sup>99</sup> informa que la institución, en estudio, surge en el siglo XVII como deseo de proteger la libertad de los individuos frente al absolutismo de la época.

Como antecedentes remotos de la figura del delito tentado, se recuerda que en el Éxodo XXI, 12, olvidándose el criterio del talión, se indicó: “El que hiere a un hombre queriéndolo matar muere por ello.”<sup>100</sup>

Von Litz,<sup>101</sup> citando a Mommsen, expresa que entre los romanos faltó el concepto y la palabra técnica de tentativa, no obstante lo cual, algunos actos concretos de tentativa y de preparación sí se observaron sancionados como delito consumado. Así, entre los romanos, la institución que nos ocupa sólo se conoció y se reglamentó en épocas posteriores en relación con determinados delitos en la *lex Cornelia de Sicariis et veneficis*, y por un rescripto de Adriano, en la *lex Julia Majestatis*, en la *Pomponia de Parricidiis* y de *Calumniatis*.<sup>102</sup>

En el *Digesto*, Ulpiano incluye la célebre máxima del *cogitationis poenam nemo patitur*<sup>103</sup> y en el mismo libro Callestratus refiere *in maleficiis voluntas spectatur, non exitus*,<sup>104</sup> informando con ello que en los delitos se atiende a la voluntad y no al resultado.

Si bien en los orígenes más remotos del derecho punitivo, en sus etapas de pena privada y pena pública, se observan el castigo en relación con el resultado

<sup>97</sup> C. 20, 39, núm. 4.

<sup>98</sup> *Op. cit.*, p. 52.

<sup>99</sup> *Il Tentativo*, Napoli, 1960; *Sviluppo Storico della Nozione del Tentativo*, en *Archivio Penale*, 1946, I, pp. 441 y ss.

<sup>100</sup> Conforme Ramón Palacios, *op. cit.*, p. 19.

<sup>101</sup> *Tratado de derecho penal*, p. 4; en igual sentido: Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 24; Mezger, *op. cit.*, p. 276; Bernaldo Constancio de Quiroz, *op. cit.*, p. 125 y c.c.; ver: Novoa Monreal, *rev. cit.*, p. 26; Ferri, *Derecho criminal*, pp. 487 y ss.; Cuello Calón, *op. cit.*

<sup>102</sup> Conforme Ramón Palacios, *op. cit.*, p. 20.

<sup>103</sup> Libro XLVIII, Título 19, Ley, 18. Ver núm. 155, de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>104</sup> Libro XLVIII, Título 8, Ley, 14. Ver núm. 155, de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

material ocasionado, tal concepto al transcurso del tiempo se va modificando para ir adquiriendo mayor importancia el lado subjetivo del delito.<sup>105</sup>

La Edad Media alemana no logró integrar tampoco un concepto de tentativa de delito, pese a que en ocasiones eran castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal aun sin haber sido causado resultado.

Fueron los autores italianos quienes lograron conformar la idea, reconociendo en ella la relación de lo intentado con el resultado no producido con la fórmula del *cogitare agere, sed non perficere*, buscando su punición atenuada en oposición a la anterior idea romana.

La doctrina del *iter criminis*, según informa otro autor,<sup>106</sup> parece encontrar su origen con Alberto Gandino en 1262, en el *Tractatus de maleficiis*, tal vez el más antiguo de derecho criminal; en el mismo el autor se refiere a las máximas relativas a las posibilidades del *qui cogitat, nec agit, nec perficit; Qui cogitat et agit, sed non perficit; Qui cogitat et agit et perficit; Qui agit et perficit, sed non cogitat*.

En el Código de las Siete Partidas<sup>107</sup> se expresaba: "... después que lo hubiese pensado se trabajase de lo faser e de lo cumplir, comensándolo de meter en la obra Magüer no lo cumpliesen del todo..."<sup>108</sup>

En la *Novísima Recopilación*<sup>109</sup> en el libro XII, título 21 de los homicidios y heridos se reafirma el principio de la ley del talión, sin embargo, en la ley 1, título 22 del Ordenamiento de Alcalá se refería:

Acaece algunas veces, que algunos hombres están acechando para herir o matar a otro y hacen habla o consejo para ello, y hieren a aquellos a quienes están acechando y atendiendo para herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o la habla; y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea. (Ley 2, título 23, Libro 8 R.).

En la *Constitutio Criminalis Carolina* de 1532, en el artículo 178, se informa una definición clara de la tentativa que adopta postura en la teoría objetiva:

*item si alguien se atreve a emprender un acto malo "missetat" por algunas obras aparentes que pueden servir para la consumación del acto malo y, sin embargo la consumación de ese acto fue impedido por otros medios contra su voluntad, esta voluntad maliciosa de la cual como se ha dicho, resulta una obra, debe ser criminalmente castigada. Pero en un caso más duramente que en otro...*<sup>110</sup>

En el mismo ordenamiento se observaron determinados con más precisión los diversos momentos del *iter* que debían ser castigados en forma diversa, el

<sup>105</sup> Con posterioridad a Adriano va adquiriendo mayor importancia el lado subjetivo del delito, la *Voluntas* en contraposición del *Exitus* y el *Flagitum Imperfectum* es sancionado con pena atenuada, informará Von Litz al referirse a la cuestión (*op. cit.*, p. 5).

<sup>106</sup> Constancio Bernaldo de Quiróz, *op. cit.*, pp. 127 y ss.

<sup>107</sup> Ver el número 159 de la parte de *Legislación Comparada*.

<sup>108</sup> Ley 2, título 31, partida VII.

<sup>109</sup> Ver núm. 160 de la parte de *Legislación Comparada*.

<sup>110</sup> Conforme Mezger, *op. cit.*, p. 277; Von Litz, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

*Conatus remotus* actos preparatorios, el *pro pinquus* acto de ejecución y el *proximus* tentativa acabada.<sup>111</sup>

El castigo atenuado de la tentativa fue mantenido en general, equiparándose por excepción la tentativa acabada al delito consumado.<sup>112</sup>

Expresa Von Litz, que debe serle reconocida importancia particular al Código Penal Josefino de 1787, que al referirse a la realización de actos dirigidos a la consumación de un delito es fuente de la Ley 22 Prairial, año IV, la cual a su vez habría de ser fundamento para el del Código Penal Francés de 1791 y de allí pasar al Napoleónico de 1810,<sup>113</sup> que ha sido el modelo general de los códigos penales del siglo XIX.<sup>114</sup>

El Código Napoleónico consagró la fórmula del comienzo de ejecución al expresar en el artículo 2: "Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution est considérée comme le crime même."

De aquí parte la influencia a España en el Código 1822, que sigue de cerca tanto al Código Napoleónico como el espíritu de las *Partidas* y, posteriormente, al de 1848, a ese mismo con reformas de 1850, y al de 1870, respecto de los cuales, estimamos que si bien no pierden la influencia del Código Francés, se inspiran aún más en el Código Josefino.

Procediendo a un breve análisis del desarrollo histórico de la doctrina en los diversos países en torno al encuadramiento de la tentativa de delito, se observa el panorama siguiente: en Italia, ya desde la época de Romagnosi, se aceptaba como criterio de punición de la tentativa la división entre actos preparatorios y actos ejecutivos. El mismo criterio fue sostenido y discutido por Carrara, Napodano, Paoli y otros más, para ser recogido y nuevamente objeto de debate por Alimena, Manzini, Massari, Maggiore, Battaglini, hasta la más reciente doctrina con Vannini, Bettiol, Brichetti, Antolisei, Petrocelli, Vassalli, Siniscalco, Scarano, y otros estudiosos más, algunos de los cuales nos han ofrecido profundos y serios trabajos en torno a la cuestión.<sup>115</sup>

<sup>111</sup> Recuerda Litz, que las disposiciones de la Carolina constituyen el fundamento del derecho común y de los códigos penales de los Estados de Alemania (p. 6).

<sup>112</sup> Así lo exigió Bohnerer, Leyser y otros y así quedó establecido en el Código Bávaro de 1751 y en el Austriaco de 1768, siendo rechazado el principio por el Código de Prusia de 1721.

<sup>113</sup> Pese a la afirmación que refiere Von Litz, encontramos antecedente más cercano al texto del artículo segundo del Código Napoleónico, el texto mencionado en las *Partidas* que realmente refiere "...comenzándolo de meter en la obra..." y no el Código Josefino que se refiere a los actos dirigidos a la consumación, criterio no seguido en el artículo 2 del Código Francés de 1810.

<sup>114</sup> Ver origen de los códigos europeos en la parte de *Legislación Comparada*; ver Litz, *op. cit.*, p. 6; Mezger, *op. cit.*, p. 277; Palacios, *op. cit.*, pp. 20 y 21; Pavón Vasconcelos, *Ensayo de la Tentativa*, pp. 25 y 26.

<sup>115</sup> Romagnosi, *Genesi del diritto italiano*, 1825, p. 662 (la idea de la ejecución del delito debe ser el único criterio fundamental del atentado); Napodano, *En torno al criterio...*, 1900, p. 365 (se debe hacer referencia al hecho típico como criterio de individuación del inicio de la ejecución); Carrara, *Programma...*, p. 358; Alimena, *L'attività esecutiva nel tentativo*, *Foro it.*, 1936, 9. 18; Battaglini, *op. cit.*, *Sul concetto di tentativo*, *Arch. Dir. proc. pen.*, 1936, p. 417; Vannini, *op. cit.*; Manzini, *op. cit.*; Massari, *op. cit.*; Antolisei, *op. cit.*; Brichetti, *op. cit.*; Petrocelli, *op. cit.*; Siniscalco, *op. cit.*; Vassalli, *op. cit.*; Cavallo, *op. cit.*; Maggiore, *op. cit.*

De las diversas opiniones de la doctrina italiana, se observa que en línea de máxima se presenta regularmente como objeto esencial de las discusiones: la delimitación al máximo del concepto de acto ejecutivo, la precisión del momento inicial del mismo, la crítica consiguiente a la dificultad de encontrar un criterio de distinción plenamente válido y la necesidad de buscar nuevas vías para la delimitación de la tentativa punible.

La doctrina alemana,<sup>116</sup> desarrollada también sobre la base del mismo problema del inicio del momento ejecutivo, al que se refiriera el Código Napoleónico, ha buscado igualmente el esclarecimiento del arduo problema; así, desde la época del Mittermayer, hasta los estudiosos más recientes pasando por Zimmerl, Schmidt, Frank, Hippel, Mayer, Meyer, Graf Zu Dohna, Beling, Litz, y en fecha más reciente Mezger y Welzel entre varios más, han observado las dificultades presentes, al grado de que Cohn ha llegado a parangonar la difícil cuestión con el problema de la cuadratura del círculo.<sup>117</sup>

La doctrina francesa,<sup>118</sup> por su parte, asimismo se ha visto en la necesidad de afrontar el problema, bastando recordar que ha sido el criterio sustentado en el artículo 2º de su ordenamiento penal el que ha dado origen a estas discusiones.

<sup>116</sup> Mittermaier, *Die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks "Anfang der Ausführung"* Gerichtssaal, 1859, p. 22 (constituye tentativa no sólo el inicio de la ejecución, sino también el acto precedente, lógicamente necesario a éste); Frank, *Das St. G. B. für das deutsche Reich*, 1931, p. 86, junto con Hippel, *Strafrecht*, II, p. 402 (explican que la tentativa debe observarse en toda aquella actividad que, aun siendo precedente pueda aparecer como necesariamente adherida a la acción típica); Beling, *Die Lehre vom Verbrechen*, 1906, pp. 245-249 (únicamente los actos de ejecución como elementos esenciales del modelo legal pueden ser punidos en base al principio de legalidad); Litz, *Zur Lehre vom Versuch*, Z.f. g. S. W., 1905, 72 (considera también a la tentativa sobre la base de la división agregando que en la base de la letra del hecho punible típico, es factible diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos); Graf Zu Dohna, *Reforma des Strafrechts*, 1926, 95 (siguiendo en general la tesis del Tatbestand beliniano, declara que el criterio no siempre se muestra seguro y que es más oportuno recurrir a un elemento de determinación de naturaleza substancial); Schmidt, R., *Grundriss des deutschen Strafrechts*, 1931, 2, p. 152 (refiere que la noción de la tentativa debe ser derivada no solamente del hecho típico sino también del acto precedente indisolublemente colegado a la consumación del delito); Mayer M. E., *Der Allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, pp. 351 y 352 (tentativa es la acción que realiza una parte, aun cuando sea mínima, del hecho descrito en la norma penal); Meyer, *Der anfang der Ausführung*, p. 23 (los actos preparatorios y los actos de ejecución son condiciones. Mientras los primeros condicionan el resultado concreto en el mundo de los fenómenos, los segundos se revelan más allá del espacio y del tiempo, como lógicamente necesarios a la calificación del hecho criminoso); Zimmerl, *Die Tatbestandmassigkeit*, pp. 391 ss. (admitiendo la existencia de los actos ejecutivos y de los actos preparatorios, observa que en los casos de duda, es mejor sujetarse a la prudente valoración del juez). Obtenido de Scarano, *op. cit.*, capítulo primero relativo a la inatendibilidad de la distinción.

<sup>117</sup> Cohn, *Zur Lehre vom versuchten und unvollendeten Verbrechen*, p. 95 (así Scarano, *op. cit.*, p. 28).

<sup>118</sup> En la doctrina francesa: L'Ortolan, *Eléments de droit pénal*, 1886, I, p. 988 (en la necesidad del inicio de los actos de ejecución, debe hacerse referencia al hecho típico como criterio de determinación); Garraud, *Traité théorique et pratique du droit pénal*, 1898, I, p. 377 (reconociendo la bipartición, agrega, no obstante, que no basta el acto ejecutivo para la formación de la tentativa, pues amén de ella se hace necesaria la relación de causalidad).

En España también se han hecho presentes las dificultades que son más cercanas a nosotros, como consecuencia de la influencia directa sobre nuestra doctrina, principalmente por la similitud de la lengua y por la presencia de los grandes juristas que han convivido en nuestro medio.<sup>119</sup>

En Italia, la Corte de Casación desde 1900, ha fijado su orientación expresando: "Toca al juez distinguir en concreto, caso por caso, según la particular naturaleza de los hechos." La ley con la frase genérica, principio de ejecución ha querido dejar al juez el poder de señalar en las diversas especies del hecho, el punto en el cual, según su apreciación, la acción dirigida a violar el derecho ha empezado a manifestar la intención del agente de violar el derecho.<sup>120</sup> El mismo orden de ideas fue seguido por el Reichsgericht,<sup>121</sup> cuando se afirmó la imposibilidad de distinguir en abstracto los actos preparatorios del efectivo delito tentado, y dejó tal actividad a la apreciación del juez que debería de pronunciarse tomando en cuenta, en relación al caso concreto, la naturaleza del delito y la intención del legislador.

## II. EL DELITO TENTADO EN LAS LEYES MEXICANAS

### 1. El Código Martínez de Castro de 1871

A reserva de hacer referencia más adelante al problema del encuadramiento de la tentativa punible, se hace conveniente hacer un examen de lo indicado en el texto de las leyes penales mexicanas, recordando al respecto, que la Ley Mexicana, como las de los demás países latinoamericanos, no es sino consecuencia de los cuerpos legales vigentes y doctrina particularmente de los países que determinaron la Conquista y la Colonia, con algunas características particulares derivadas de las condiciones especiales del país y, posteriormente, por la influencia de las corrientes doctrinarias fuertemente orientadas por el pensamiento filosófico-jurídico de la época.<sup>122</sup>

Como se informa en la segunda parte del presente trabajo relativo a legislación comparada, en el capítulo referente a la información comparada en sentido vertical de las leyes que han influenciado la formación del concepto de tentativa de delito en la Ley Mexicana,<sup>123</sup> el Código Martínez de Castro de 1871<sup>124</sup> dis-

<sup>119</sup> En la doctrina española, en fecha relativamente reciente se han referido al problema diversos autores, tanto algunos que aún residen en la península ibérica como otros que han encontrado segunda patria en diversos países de Latinoamérica.

<sup>120</sup> Cas. 25 febrero 1906, en *Sup. Rev. Pen.*, 1906, 7, p. 286; Cas. 4 agosto 1911, en *Sup. Rev. Pen.*, 1912, p. 46.

<sup>121</sup> R. Ge. 15 octubre 1884, en *Rev. Pen.* 22, p. 83, citada por Scarano, p. 43.

<sup>122</sup> Ver el capítulo de Códigos Penales Latinoamericanos, en la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>123</sup> Cfr. a notas 178 y 179 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>124</sup> Así Francisco Pavón Vasconcelos, *Breve ensayo sobre la tentativa*, Editorial Porrúa, México, 1964, pp. 131-136; Ramón Palacios, *op. cit.*, pp. 143-153 y 195 y ss.; Carranca y Trujillo, *op. cit.*, p. 139.

tinguió en el desarrollo del *iter criminis* 4 grados sujetos a pena (artículo 18): I. El conato; II. El delito intentado; III. El delito frustrado; IV. El delito consumado.

El concepto sustentado como tentativa de delito estuvo previsto en el artículo 19 que refirió: *El conato de delito consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e indirectamente a la consumación, pero sin llegar al acto que lo constituye*, para agregar en el artículo siguiente que la indicada figura es punible sólo cuando no se llega a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente.

Exigia el artículo 23: "...que los actos ejecutados den a conocer por sí solos, o acompañados de algunos indicios..." la voluntad del agente, y en la segunda parte se refirió un elemento material consistente en un mínimo temporal de punición al delito consumado para poder castigar la acción en grado de conato.

El dispositivo 24 expresamente refirió los actos puramente preparatorios como impunes a menos de constituir por sí mismos un delito. El artículo 25 refiriéndose al delito imposible al que denominó como delito intentado, manifestó que éste se presenta cuando la consumación "...no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean." Finalmente, el precepto siguiente informó el delito frustrado, expresando: "...el que llega hasta el último acto en que debió verificar la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede."

Posteriormente, el capítulo III del título quinto relativo a la aplicación de las penas, sustitución, reducción y conmutación de ellas, y ejecución de las sentencias, refirió la penalidad para esas figuras, informando para el conato, un quinto de la pena aplicada al delito consumado (artículo 202); para el delito intentado conforme a tres reglas: I. Cuando intentándose contra persona y bienes determinados se produzca en personas y bienes diversos, figura que suponía la existencia del delito en presencia de error en persona y en cosas en cuyo caso se impone la pena del delito consumado; II. Cuando la consumación se presenta como imposible sólo de presente, pero no en circunstancias o medios diversos, haciéndose acreedor el agente, de un tercio a dos quintos de la pena por delito consumado; III. En presencia de imposibilidad absoluta cuya pena era de 10 a 1,000 pesos (artículo 203); por último el artículo 204, relativo al delito frustrado expresó: I. Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustre, pero se consume en la persona o bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resulte consumado; II. Fuera del caso anterior se impondrá de 2 quintos a 2 tercios de la pena por el delito consumado.

Limitamos nuestro análisis al exclusivo problema de la tentativa de delito: Se reconoce el mérito indudable del código cuando estableció una distinción entre tentativa de delito y delito frustrado, y cuando hizo referencia a la figura del delito imposible, si bien con técnica discutible. No nos referimos a los problemas que en nuestro concepto surgen, en estos artículos de ley.

La tentativa de delito, bajo la denominación de "conato", fue delineada con una redacción, que parece poner de manifiesto el conocimiento de los inconvenientes al sostenimiento del principio del inicio de la ejecución como vía para



delimitar la tentativa impune de la tentativa punible, y como consecuencia de ello, el interés en buscar una vía diversa que lograra rendir frutos más útiles para solucionar el sinnúmero de problemas presentados en la práctica.

Se observa así que el Código Martínez de Castro, de filiación clásica con influencia positivista, adopta un texto, en nuestro concepto al parecer inspirado en el artículo tercero del título primero, libro primero del Código Español de 1848,<sup>125</sup> que expresa: *"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento."* Texto que no obstante modifica intentando encontrar una solución diversa pero insuficientemente conocida por el legislador.<sup>126</sup>

Anteriormente el Código Español de 1822 en el artículo 5º del título primero, Libro Primero, al referirse a la tentativa se había manifestado partidario de la bipartición clásica, en tanto que expresaba: *"La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior, que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare."*<sup>127</sup> Y el artículo tercero del título I, libro primero del Código Español de 1870, expresó a su vez un texto que se asemeja estrechamente al del ordenamiento por él abrogado cuando refiere: *"Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito por causas o accidentes que no sean su propio y voluntario desistimiento."*<sup>128</sup>

Concluyendo, el texto español de 1822, expresa: *"...algún acto exterior que dé principio a la ejecución del delito o lo prepare."* En el texto del Código Español de 1848 y en el de 1870 se sigue expresando: *"...cuando el culpable da principio a la ejecución del delito..."*, agregándose el elemento dirección de los actos que deberán ser exteriores.

En el texto del Código Mexicano de 1871 se expresa: *"...ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación..."* no se suprime la idea de ejecución de los actos que nos recuerda la bipartición clásica de los mismos, y se informa un criterio que de haber sido el texto legal de filiación tan radical como la del ordenamiento que lo sustituyó, habría podido hacer pensar en una concepción subjetivista del término "ejecutar", que habría llevado la interpretación del artículo a una extensión mucho mayor; no fue ese el caso y por la orientación seguida no sería acertado aceptar una concepción que no fuera objetivista en torno a la palabra ejecución, que en estas condiciones si nos recuerda el binomio clásico de ejecución y preparación.

La existencia de los términos *"directa e inmediatamente"* parece poner de manifiesto el intento del legislador de modificar el cerrado concepto del inicio ejecución para ampliarlo a una concepción más amplia de la ejecución material de actos, que en su caso vendrían a ser delimitados por los dos conceptos citados. La referencia parece querer orientar el concepto de ejecución que se estimó

<sup>125</sup> Cfr. notas 163 y 164 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>126</sup> Esta modificación parece estar inspirada en el Código Josefino de 1867.

<sup>127</sup> Cfr. nota 162 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>128</sup> Cfr. nota 165 y 166 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.



insuficiente y con esta expresión, indicar: dirección unívoca y criterio cronológico de inmediatez refiriendo un momento cercano a la consumación.<sup>129</sup>

El artículo 21 siguiente, aclara el sentido del anterior en lo relativo a la dirección de los actos, cuando informe acerca del objeto, como medio de prueba, que deben llevar a los actos en sí mismos o acompañados de otros más, con criterio no muy favorable, ya que intenta conciliar lo irreconciliable en tanto que tal expresión supone dos ideas contradictorias puesto que, o los actos deberán de evidenciar por sí mismos la voluntad del agente, en cuyo caso el criterio es muy restringido, o se acepta que son simples medios de prueba con los restantes medios que se localizan, en cuyo caso se estima que la expresión resulta innecesaria porque de cualquier forma el juzgador está obligado a valorarlos en ese sentido. Asimismo para conocer el criterio del legislador deben mencionarse los artículos 23 y 24 siguientes que expresamente refieren como actos no punibles a los actos preparatorios, salvo cuando involucraren un tipo específico penal.

Resumiendo cuanto expuesto, se estima que el Código Martínez de Castro, aun cuando intentó evitar el principio expreso del inicio de ejecución, no logró dejar de utilizar el concepto de la bipartición clásica de los actos que se observa a la base de su texto, no obstante lo cual intentó variar el sistema para la delimitación de la tentativa punible bajo un criterio diverso de dirección y tiempo.

## 2. El Código Almaraz de 1929

El Código Almaraz de 1929<sup>130</sup> en el Libro Primero, título I, capítulo II, artículo 20, expresó: "En los delitos intencionales se distinguen: I. El delito consumado, y II. La tentativa de delito." El artículo siguiente expresó:

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

El artículo 23 siguiente, informa un texto similar al del artículo 21 del ordenamiento anterior, relativo a la calidad de medio de prueba que los actos de ejecución llevan consigo.

Como se deriva del artículo 22 transcrito, el legislador de 1929 pese a la filiación radicalmente positivista que informó su sistemática y contenido, en la previsión de marras, variando la concepción en extremo amplia que podía involucrar la fórmula del texto legal anterior, volvió nuevamente a los cauces del

<sup>129</sup> Coincidimos con Palacios en lo relativo a la exposición general que hace sobre el problema, indicando que evidentemente fue postura del legislador aquella de adoptar un criterio de esencia sintomatológica positivista, hecho que se evidencia con la referencia a la exposición de motivos de Martínez de Castro, no obstante, no coincidimos con el ilustre autor cuando refiere que el intento de la ley de 1871 fue incriminar el acto preparatorio (*op. cit.*, p. 144) ya que no puede olvidarse el texto del artículo 24 siguiente, que es claro en torno a la cuestión.

<sup>130</sup> Cfr. notas 180 y 181 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

principio de la ejecución fundado en la bipartición clásica de los actos, pese a suponer una limitación respecto a la amplitud del anterior, más adecuado a una concepción positivista del derecho penal. Aun cuando adopta nuevamente el canon del principio de ejecución, el código de referencia le imprimió como modalidad la exigencia del doble elemento, “idoneidad y dirección” de los actos, con cuya presencia intentó modificar el alcance del principio original. La presencia de la adopción del principio de referencia no resultó tan positiva como se hubiera supuesto, ya que la inclusión de los dos elementos indicados ponen en evidencia que no fue intento del legislador dejar de reconocer la importancia de esos dos factores, uno objetivo y el otro subjetivo, para la punición de la tentativa de delito.

Sobre el acierto de la fórmula adoptada, estimamos que si bien impuso una indudable mejoría respecto del texto anterior al adoptar claramente ese criterio objetivo que el inicio de la ejecución suponía,<sup>131</sup> con la inclusión de los otros elementos confundió el texto que ya resultaba claro; o aceptaba el criterio del inicio de la ejecución, o incluía el criterio de la idoneidad de los actos y de su dirección unívoca. Si bien el legislador intentó delimitar con ambos conceptos, con mayor intensidad el criterio del inicio de la ejecución de los actos como punto de partida de la tentativa punible, según trataremos de poner en evidencia en el siguiente capítulo, en realidad sólo logró confundir más un problema, ya de por sí complejo; o se adopta el criterio del inicio de la ejecución y entonces resultan invalidados los otros factores, o se acepta el doble criterio referido, en cuyo caso, al menos en principio, resulta substituido el inicio de la ejecución de los actos, o el mismo es informado exclusivamente como referencia de un criterio objetivo sobre el cual deben desarrollarse los dos factores indicados.

Como acertadamente observa Pavón Vasconcelos, el legislador omitió indicar la figura del delito como tentativa acabada ya que los artículos 26 y 27 son evidencia clara de la filiación positiva del ordenamiento.

### 3. Código Penal Vigente de 1931

El Código Penal Vigente de 1931, en el Libro I, título primero, capítulo II, artículo 12, se refiere a la tentativa expresando: “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.”<sup>132</sup>

Estimamos que el artículo que actualmente prevé la tentativa en el D. F., encuentra su inspiración en el texto del artículo 19 del Código 1871,<sup>133</sup> con

<sup>131</sup> Así Ramón Palacios, *op. cit.*, pp. 146-148; Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 136-138; Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pp. 139-140.

<sup>132</sup> Cfr. nota 122 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>133</sup> Carrancá y Trujillo (*op. cit.*, p. 140), refiriéndose al artículo 22 del Código Almaraz expresa: “Como se verá en seguida, entre la umbria del frondoso precepto palpita la solución que habría de adoptar el legislador de 1931” y posteriormente indica “e inspirándose en el viejo Código Penal Holandés, con miras al aspecto subjetivo de la acción y al valor e importancia de los motivos, señaló a la tentativa punible estos elementos...” Por nuestra parte, estamos de acuerdo con la observación que hace Palacios, en tanto que no encontra-

algunas variaciones que por cierto no le fueron beneficiosas ya que al suprimirse las restantes disposiciones sobre la cuestión, dejando vigente solamente la que correspondía al conato, se originaron nuevas confusiones que la Suprema Corte de Justicia de la Nación se ha visto en la necesidad de solucionar en la jurisprudencia. No significa esto que se considere que el legislador debió utilizar el mismo texto que el Código Martínez de Castro, sino que se estima que debieron ser observados los problemas que ahora la doctrina y la jurisprudencia tienen que afrontar.

Como expresa uno de los estudiosos que más seriamente ha tratado el problema en el país,<sup>134</sup> la previsión actual de la tentativa no sólo omite la referencia concreta del acto consumativo del delito, lo cual en todo caso no presentaría especial relevancia, en tanto que puede derivarse de la última parte del mismo párrafo de la propia disposición, sino que se encuentra construido sobre la base del criterio temporal que a nadie convence y que ya Beling a su tiempo tuvo oportunidad de criticar. El criterio cronológico de temporalidad en nada alcanza a aclarar la naturaleza de la figura del delito tentado y por cuanto a la dirección, que se estima debe ser entendida como unívoca, tampoco se presenta como elemento suficiente para determinar su naturaleza; se hace necesario buscar nuevos elementos como asimismo investigar en el origen de la norma, para tratar de encontrar un criterio suficientemente válido para individualizar la tentativa punible.

Como consecuencia del texto vigente, se discute igualmente si con la redacción actual del artículo debe estimarse que resulten punidos los actos preparatorios en la tentativa, como también cuál es la postura del código respecto de las figuras del delito imposible y del delito putativo.<sup>135</sup>

Al respecto pensamos que no deben considerarse incluidos en el contenido del precepto, ni los actos preparatorios ni el de delito imposible, aun cuando del texto literal aparentemente parezca admitirse una y otra posibilidad. Ya anota Palacios que no puede prepararse lo impreparable, de donde quedaría excluida la acción absolutamente inidónea; frente al caso de imposibilidad por inexistencia del objeto, se presenta como caso de atipicidad y por tanto inexistencia del delito por no haber un bien jurídico protegido; y, por último, por cuanto se refiere a la posible punición a los actos preparatorios, bajo el orden

mos la relación indicada, al observar que la solución adoptada por el Código Mexicano, al menos en intento, difícilmente puede considerarse, como se afirma, en el mismo sentido del ordenamiento holandés. El artículo 45 del Código Penal Holandés expresa: "La tentative de delit est punissable si l'intention de l'auteur c'est manifestée par un commencement d'exécution n'est restée machinée que par suite des circonstances indépendantes de sa volonté." el cual aceptando que sea constitutivo de uno de los ordenamientos más interesantes de su época, al referirse a la tentativa de delito, adoptó la solución dada en el Código Napoleónico, actuada en el artículo 2º, y refiriendo el criterio del *commencement d'exécution*, en tanto que el Código Mexicano, diferenciándose precisamente en esto de aquél, así como de la mayoría de los ordenamientos europeos y latinoamericanos, intentó seguir, al menos en principio, una postura diversa fundada en la dirección unívoca de los actos, unida a su inmediatez.

<sup>134</sup> Ver Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 138-140.

<sup>135</sup> Ver Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, pp. 140 y ss.; Ramón Palacios, *op. cit.*, pp. 202 y ss.

de ideas más adelante expuesto, así como por los antecedentes anotados del dispositivo legal, no creemos que el propósito del legislador haya sido punir la preparación del delito.

Sobre el delito putativo, no participamos con quienes estiman que el delito que sólo existe en la mente de quien lo realiza pueda ser objeto de pena; en base al principio de reserva que informa el derecho penal, se trata de conductas no típicas y sólo con texto expreso se haría aplicable una medida de seguridad. Finalmente, al definir el código, la tentativa, no indica en manera expresa las posibilidades del *iter criminis*, no obstante, estimamos que después de configurar en el primer párrafo al delito tentado, en el segundo párrafo y en las normas para la aplicación de la pena, tácitamente considera tal división cuando se expresa: "... los jueces, en la aplicación tendrán en cuenta la temibilidad de autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito."

Este criterio nos parece positivo, y en cierto modo más acertado aún que el de los códigos anteriores, ya que en vez de establecer una presunción legal prefijando una mayor gravedad a la tentativa acabada que a la tentativa inacabada, únicamente indica que por los efectos de la punición, deberán ser tomados en consideración tanto la temibilidad del autor cuanto el grado a que se hubiere llegado en la ejecución. La distinción entre el delito tentado acabado y delito tentado inacabado, es un fenómeno que se observa en la esencia misma del delito y, por tanto, no está en las manos del legislador su previsión o menos sino que constituye fenómeno fuera de su voluntad; en efecto, sea que el delito tentado se hubiera configurado por la no consumación involuntaria del acto idóneo a causar el daño bajo el criterio del *id quod plerumque accidit*, o bien que el delito se hubiera frustrado por la inadecuada ejecución de los actos encaminados a realizarlo, se observa que la distinción no obedece a la voluntad del legislador sino a la naturaleza de la figura. Por esto se estima más afortunada la redacción actual que la del anterior texto, en tanto que no se considera que la suspensión involuntaria de los actos obligadamente deba suponer una menor peligrosidad por parte del agente, ni desde el punto de vista de la realística ni del de la sintomática.

En resumen, el Código de 1931 torna al criterio sustentado para el conato en el Código de 1871, imponiendo pena a la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, concepto que ha debido ser aclarado por la Corte, la cual ha puntualizado su significado en postura que no puede considerarse plenamente uniforme.

Se observa que el problema planteado por el artículo 12 de la Ley Penal Mexicana, en torno a la tentativa, guarda cierta semejanza con la situación originada por el artículo 56 del Código Rocco Italiano, de 1930, el cual al referirse a la tentativa expresó en su primer párrafo: *Colui chi compie atti idonei diretti in modo non equivoco alla commissione di un delitto, risponde di delitto tentato se l'azione non si compie o l'evento non si verifica*, ya que el enunciado conforma la tentativa con base en la realización de actos idóneos con dirección unívoca, y elimina con ello el criterio del inicio de la ejecución

que utilizara el anterior Código Zanardelli de 1889 en su artículo 61,<sup>136</sup> originando con ello fuertes discusiones en la doctrina, las cuales con el acervo doctrinario ya prevaleciente, ha venido a integrar un vasto material,<sup>137</sup> y ha originado el dictamen de resoluciones sobre el tema en sentido diverso por el Supremo Tribunal de Casación del país,<sup>138</sup> tanto sobre la aplicación concreta del instituto de la tentativa como en relación con su esencia y contenido, observada en ocasiones como actos idóneos y unívocos y en otras a través del criterio de actos ejecutivos y preparatorios.

#### 4. *Anteproyecto de Código Penal de 1949*

El Anteproyecto del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y Federación de 1949,<sup>139</sup> varía el criterio adoptado por el Código Vigente, al referir: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestado por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente."

Como se observa, el dispositivo adopta nuevamente el principio del comienzo de ejecución del Código Napoleónico de 1810, en su texto más limpio, eliminando las referencias a los factores de dirección e inmediatez incluidos en el actual.

#### 5. *Anteproyecto de Código Penal de 1958*

El Anteproyecto para el Distrito y Territorios Federales de 1958,<sup>140</sup> en forma que no se observa clara, parece haber reiterado el criterio sobre la tentativa seguido en el anteproyecto anterior, si bien, dados los términos en que se encuentra construido, estimamos que en caso de aprobarse sería origen de nuevos problemas con su agregado inicial y último párrafo del propio artículo, que ponen de manifiesto un criterio sintomático de fuerte esencia positivista. Expresa así el artículo 13 indicado:

*Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente.*

<sup>136</sup> Así Gustavo Malo Camacho, *Atti Directti in modo non equivoco nel tentativo*, Roma, Italia, 1967, p. 15. Ya en este trabajo se indicaba que el criterio del Código Penal de 1930 varía del todo al sostenido en el código precedente en donde en el artículo 61 se sostiene una figura sustancialmente fundada en el inicio de la actividad ejecutiva. Expresaba el artículo 61: "Aquel que, con el fin de cometer un delito, comienza con medios idóneos la ejecución, pero por circunstancias independientes de su voluntad no realiza todo aquello que era necesario a su consumación, es punido..." dejándose al artículo siguiente el caso de la figura de la tentativa acabada.

<sup>137</sup> Ver número 115, *infra* siguiente.

<sup>138</sup> Ver número 120, *infra* siguiente.

<sup>139</sup> Cfr. notas núms. 180 y 181 de la segunda parte de *Legislación Comparada*; ver Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 142.

<sup>140</sup> Cfr. notas 182 y 183 de la segunda parte de *Legislación Comparada*; ver Pavón Vasconcelos, *op. cit.*, p. 146.

*La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.*

*Cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito es imposible, será sancionado.*

El artículo como está redactado se estima que no resultó favorecido: como producto de la adopción de dos tendencias diversas en una misma disposición, como consecuencia inmediata, eliminó la utilidad que podría prestar el objetivo principal del inicio de la ejecución, haciendo nugatorio el precepto principal que prevé la tentativa del delito en el segundo párrafo transcrito, para supeditarlo ya no al doble criterio de tiempo y dirección, sino al exclusivo elemento de dirección unívoca, tan fuertemente discutido y criticado por la doctrina.

Pensamos que, en todo caso, eliminando el primer párrafo y dejando subsistente el último, se logra sostener el espíritu de sintomatología positivista que informó a la comisión al elaborar el indicado precepto, sin alejarse para ello de la tendencia político-criminal que debe seguir observando el nuevo ordenamiento y, al mismo tiempo, se mantiene incólume un firme criterio en la concepción de la tentativa de delito.

#### *6. Anteproyecto de Código Penal tipo para los Estados Unidos Mexicanos de 1963*

El Proyecto de Código Penal tipo indicado, expresa en el artículo 15:

*La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.*

En el artículo 16 el anteproyecto se refiere a los casos del desistimiento y arrepentimiento, e informa en el dispositivo 17 su postura en torno al problema del delito imposible en los siguientes términos: “*El delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.*”

Como se observa, la comisión que elaboró el indicado Proyecto, adoptó el principio del inicio de la ejecución fundado en el criterio de la bipartición clásica de los actos, como vía para delimitar el delito tentado, no obstante, en el texto se agregó: “...o por todos los actos que debieran producir el resultado...”, fórmula que se estima confusa, ya que en lugar de aclarar el difícil problema le impone este complemento que a su vez origina necesidad a nueva interpretación.

La Comisión, según se observa, adoptó respecto de la configuración del delito imposible, un texto similar al incluido en el segundo párrafo del artículo 49 del Código Penal Italiano.<sup>141</sup>

### 7. Anteproyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica de 1965

El Proyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica de 1965,<sup>142</sup> aceptado por México, aprobó el tema relativo al *iter criminis* en los siguientes términos:

#### I. El delito se considera:

- a) “Consumado, cuando en él se reúnen todos los elementos de su definición legal;
- b) *Tentado, cuando iniciada la ejecución, no se consuma por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.*”

II. Salvo disposición en contrario, la tentativa debe ser castigada con la pena correspondiente al delito consumado, disminuida en uno o dos tercios.

III. El agente, que voluntariamente desiste de proseguir en la ejecución del delito o impide que el resultado se produzca, sólo responde por los actos ya ejecutados.

IV. No es aplicable pena alguna cuando, por ineficacia absoluta del medio empleado o por absoluta impropiedad del objeto, era imposible que se consumara el delito (en la disposición que mejor corresponda conminará la ley la medida de seguridad al autor de tentativa imposible que represente peligrosidad).

Como se observa viene adoptado por la Comisión que elaboró la disposición del delito tentado, el criterio del inicio de la ejecución, con supresión de todo elemento extraño al mismo, por estimarse que en lugar de aclarar el problema, presentaba confusión.

<sup>141</sup> Artículo 49, párrafo segundo del Código Penal Italiano de 1930: “*La punibilidad queda igualmente excluida cuando por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, se hace imposible el resultado dañoso o peligroso*”; conforme nota 187 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.

<sup>142</sup> Cfr. notas 188 y 189 de la segunda parte de *Legislación Comparada*.