

## CAPÍTULO PRIMERO

### GENERALIDADES DE LA TENTATIVA DE DELITO

I. Tentativa de delito y derecho sustantivo . . . . .	1
II. Tentativa y delito consumado . . . . .	3
III. Figuras especiales en el análisis de la tentativa de delito . . . . .	6
1. Delito perfecto y delito imperfecto . . . . .	6
2. Delito doloso y delito culposo . . . . .	10
3. Tentativa propia y tentativa impropi a . . . . .	12
4. Tentativa en los delitos unisubsistentes y en los delitos instantáneos . . . . .	15
5. Tentativa en el delito permanente . . . . .	16
6. Tentativa en los delitos formales y materiales . . . . .	16
7. Tentativa en el delito de peligro . . . . .	17
8. Tentativa en el delito sujeto a condición objetiva de punibilidad . . . . .	18
9. Tentativa en el delito circunstanciado . . . . .	19
10. Tentativa de los delitos de omisión simple y de comisión por omisión . . . . .	20
11. Tentativa en el delito habitual . . . . .	20
12. Tentativa en el delito continuado . . . . .	20
13. Tentativa en la convergencia de delitos . . . . .	22

## CAPÍTULO PRIMERO

### GENERALIDADES DE LA TENTATIVA DEL DELITO

#### I. TENTATIVA DE DELITO Y DERECHO SUSTANTIVO

La tentativa de delito es una figura jurídica presentada en el marco de la esfera del *itercriminis*.<sup>1</sup>

Como observan los autores desarrollados durante el periodo del iluminismo, los que habrán de culminar con las ideas sobre el origen del Estado de Rousseau, para que los individuos puedan vivir y coexistir en sociedad y para que la misma se encuentre en condiciones de permitir su subsistencia y progreso, se hace necesaria su organización y estructuración jurídica; el orden jurídico se presenta así como estructura y forma de la sociedad que le permiten alcanzar los fines que constituyen su objeto.<sup>2</sup>

El derecho penal, una de las ramas de esa estructuración jurídica de la sociedad, habrá de presentarse entonces, conforme indica Bettiol,<sup>3</sup> como "... la más característica expresión de la fisonomía de una sociedad en un momento determinado de su evolución histórica cultural". El orden jurídico se presenta de este modo como un sistema de límites a la libertad individual que permite la vida social, límites que encuentran su origen en la necesidad de imponer a los hombres un conjunto de reglas de conducta munidas de una cierta garantía para su observancia, cuya validez deriva en ser expresión de la voluntad colectiva respecto del comportamiento que se desea que los hombres tengan sobre sus acciones.<sup>4</sup>

<sup>1</sup> En realidad es más acertado expresar que la tentativa de delito es, desde el punto de vista jurídico, una figura que se ubica como uno de los momentos del *itercriminis*, ya que si se admite, como en ocasiones viene afirmado, que el delito es un fenómeno social por excelencia, de esencia parajurídica, habrá que admitir que desde tal enfoque también la tentativa de delito, en cuanto intención socialmente negativa manifestada, es también un fenómeno social. En realidad la cuestión no origina controversia pues el derecho como estructuración formal de fenómenos sociales, se fija como objeto de regulación, situaciones que al mismo tiempo vienen observadas por otras ciencias o disciplinas sociales, de donde la validez de la afirmación, delito como fenómeno jurídico, en cuanto objeto de normación, no viene invalidada.

<sup>2</sup> La afirmación viene asimismo aceptada por la orientación del materialismo marxista, en donde aun cuando la concepción sobre el origen de la sociedad haya variado, al observarse como su fundamento el concepto económico de necesidad, con la consiguiente afirmación de que el concepto *Sociedad* no debe ser observado como originalmente diverso del *hombre*, sino como consubstancial de éste, no obstante, se mantiene la afirmación de la superestructura del orden jurídico como forma de la estructura económica social.

<sup>3</sup> Bettiol Giuseppe, *Diritto Penale*, parte generale, 6<sup>a</sup> ed. CEDAM, Padova, Italia, 1966, p. 6.

<sup>4</sup> Así Cavallo Vincenzo, *Diritto Penale*, parte generale, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, Italia, 1962, p. 15.

En el orden jurídico penal, objetivado en el conjunto de normas incluidas en el Código Penal y en las leyes penales especiales, observadas en los diversos ordenamientos de un país, se establecen la serie de conductas consideradas contrarias a los fines del grupo social en un momento histórico determinado.<sup>5</sup>

La protección ofrecida por el Estado en tales términos, no resulta suficiente; si bien es cierto que a través de la regulación indicada, se logran hacer entrar en la protección del Estado la serie de conductas donde existe una efectiva violación a la prohibición o mandato de la norma contenida en la ley, de donde quedaría perfectamente regulada la situación presentada como consecuencia de la privación de la vida de A causada por la conducta de B, o bien de la defraudación sufrida por C a consecuencia de la conducta engañosa de A, también es cierto que permanecen fuera de la protección estatal una serie variada y frecuente de situaciones de indudable interés para el Estado en su afán por establecer y mantener el orden del conglomerado social que representa. Nos referimos a toda aquella gama de conductas, nada remotas, cuya realización obedece al interés del sujeto para producir un resultado típico penal; en éstas, aun cuando la conducta ha sido iniciada, no obstante no ha llegado a su consumación y, por tanto, no ha producido la lesión que de haberse completado se habría indudablemente actualizado. Tales conductas que si bien es cierto resultan de diverso interés según se adopte el criterio sintomático o el realístico,<sup>6</sup> no por ello dejan de manifestarse como conductas ejecutivas de una intención criminosa, de donde siempre existirá el interés del Estado por lograr en la tipificación penal, no sólo la observancia de previsiones concretas referentes a delitos consumados, sino, asimismo, la inclusión de previsiones a carácter extensivo, genéricas, y por tanto incluidas en la parte general de los ordenamientos, en donde se amplie y extienda, en la medida establecida en la propia ley, la tipificación aun a los casos de no consumación del hecho criminoso.

<sup>5</sup> Ver Antolisei Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, parte generale, 5<sup>a</sup> edizione, Ed. Giuffrè, Milano, Italia, 1963, pp. 123 y 124; no resultan convincentes, en cambio, las posturas que fundan la necesaria presencia de las conductas estimadas delictivas en orientaciones de orden ideal, como ocurre cuando se afirma, con criterio substancial, que delito es la lesión que ofende el orden ético del Estado. (Así, entre otros, Maggiore, *Principi di Diritto Penale*, parte generale, p. 189), o bien, que es la violación a los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y probidad (ver Garofalo, *Criminología*, 2<sup>a</sup> ed., Torino, Italia, 1891, p. 2), o aún, que son las conductas que a juicio de las personas encargadas de la emisión de leyes, hacen imposible o ponen en grave peligro, la existencia o conservación de la sociedad (ver Grispigni Filippo, *Diritto Penale Italiano*, vol. I, Ed. Giuffrè, Milano, Italia, p. 144).

<sup>6</sup> En tema, Vannini Otorino, *Il Problema Giurídico del Tentativo*, Milano, Italia, 1952. Aun cuando las consideraciones sobre el problema de la adopción del criterio a seguir, sintomático o realístico, viene enfocado al artículo que prevé la tentativa en el Código Italiano y a la sistemática general seguida en el texto en particular con la presencia del artículo 49 que prevé el delito imposible, no obstante resulta de interés en la interpretación de la ley mexicana por las consideraciones formuladas.

Expresa Novoa Monreal<sup>7</sup> que cuando la ley sanciona un hecho, precisa en qué consiste y cómo debe ser realizado, determinación que efectúa en el Código Penal respectivo o en leyes especiales, pero siempre a través de su inclusión en un tipo penal; existen casos, sin embargo, agrega, en que el delito está incompleto porque no alcanzó a concluir su realización y en ellos el sujeto ha iniciado la ejecución, pero no la ha llevado a término dando origen a la figura del delito tentado.

Una previsión de tal naturaleza la ha realizado el Código Penal Mexicano en el artículo 12, capítulo segundo, título primero, del libro primero, de la misma manera como lo han hecho la gran mayoría de legislaciones del mundo.<sup>8</sup>

## II. TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO

Conforme a la orientación clásica, el análisis sobre la esencia del delito permite destacar, en primer término, los elementos objetivo y subjetivo,<sup>9</sup> siendo referido el primero al hecho físico material del cual habrá de derivarse la

<sup>7</sup> Novoa Monreal Eduardo, "El proceso de generación del Delito. Tentativa y Delito imposible", en *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, Universidad de Concepción, Chile, núm. 124, 1963, pp. 19-21.

<sup>8</sup> Ver la segunda parte del ensayo donde vienen informadas las previsiones sobre tentativa de delito incluidas en la legislación europea y latinoamericana.

<sup>9</sup> No corresponde en esta sede referirse a las diversas posturas seguidas en torno a la sistemática de la teoría del delito, no obstante, se observa que la doctrina italiana, salvo algún caso, se ha manifestado definitivamente orientada hacia la denominada sistemática causalista, presentándose las divergencias doctrinarias fundamentalmente en torno a los problemas derivados de la aceptación o menos de determinados conceptos dogmáticos, o de su nueva creación como consecuencia de la insuficiencia de los preexistentes para resolver los múltiples problemas en la interpretación de la ley y, la doctrina alemana, por su parte, se observa actualmente dividida entre los estudiosos partidarios del sistema clásico y los orientados por la postura finalista.

La doctrina española, influida por la alemana y por la italiana se mantiene con partidarios de una y otra corriente, y la doctrina en Latinoamérica actualmente se presenta definitivamente inclinada hacia el causalismo, aun cuando de fecha muy reciente empiezan a levantarse voces orientadas hacia el finalismo que al parecer se manifiesta más oportuno en el planteamiento de algunos problemas fundamentales, no suficientemente resueltos o bien soslayados por la doctrina causalista, si bien, al mismo tiempo se manifiesta como sistema aún insuficiente con planteamientos que implicando la modificación esencial de anteriores conceptos, normalmente configurados como dogmas, son poco gratos a los seguidores de las tesis estimadas clásicas.

Refiriéndose a la corriente finalista, Novoa Monreal (Rev. cit., p. 38) indica: "Para la doctrina finalista, la tentativa, en razón de su característica que explicamos, se transforma en uno de sus más firmes puntos de apoyo en la legislación positiva, y un argumento de peso para la teoría jurídica. Welzel define la tentativa como la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones." Hans Welzel, representante principal de la corriente finalista (*Derecho Penal*, parte general, Ed. De Palma, Buenos Aires, 1956, trad. de Carlos Fontán Balestra y Eduardo Friker, pp. 13-18), expresa que la doctrina alemana se dividió en dos corrientes: a) la corriente clásica con Binding a la cabeza, de esencia conservadora autoritaria y con la idea de la retribución que inspiraba al Código Penal de 1871 y fundada en la herencia del idealismo de Kant y Hegel, y la escuela moderna, fundada por Litz, quien vio en el derecho penal un medio finalista racional en la lucha contra el delincuente. Y continúa, la denominada corriente de la acción finalista,

existencia del delito, en general estudiado en sus tres momentos de conducta, resultado y nexo causal y el segundo, integrado por el factor de intencionalidad que habrá de unir la voluntad del agente con el resultado producido. El llamado elemento objetivo, referido también como elemento material, hecho, conducta, acción y aun acto *lato sensu*, habrá de abarcar la objetivación misma del resultado producido, la voluntariedad del autor respecto de la acción producida en su doble coeficiente psíquico y físico, y la relación causal entre uno y otro. En tanto que el elemento subjetivo habrá de referirse a la intención en sus momentos volitivo y cognoscitivo, respecto de la comisión de un hecho típico estimado contrario al interés social en un momento histórico determinado. Es inútil agregar que faltando alguno de tales elementos el delito no se presenta.<sup>10</sup>

parte del principio de que toda vida social se estructura sobre la actividad finalista de los miembros de la comunidad. "Presupone que el hombre puede proponerse fines, vale decir, objetivos futuros, elegir los medios necesarios para su obtención, y ponerlos en actividad." El derecho penal como una de las manifestaciones de la vida social supone asimismo acciones en el sentido finalista. Como son acciones finalistas las que estructuran la vida social, son también acciones finalistas las que la lesionan, unas son adecuadas al derecho y otras son contrarias al derecho, unas implican un valor y otras implican un disvalor. El hombre al mismo tiempo de obrar finalísticamente obra también como ser moralmente responsable.

El propio autor con anterioridad expresa al referirse a la función ético-social del derecho penal (pp. 1-8): Es misión del derecho penal amparar los valores fundamentales de la vida de la comunidad y tal resultado puede ser valorado en una doble manera: a) como el resultado producido que será el valor del resultado, y b) como valoración de la actividad en sí misma, que es el valor del acto. Con el derecho penal se asegura la vigencia de los valores positivos ético-sociales de los actos: el respeto a la vida, a la propiedad, etcétera, y se aseguran o amparan determinados bienes de la vida de la comunidad: vida, salud, libertad, etcétera. Los valores positivos ético-sociales del acto constituyen el substrato ético-social de las normas del derecho penal y es por ello que el objeto del derecho penal es asegurar la validez inviolable de esos valores mediante la amenaza y la aplicación de penas para las acciones contrarias a los valores fundamentales del actuar humano. Es por esto que para el derecho penal es más importante asegurar el respeto a los bienes jurídicos, es decir, la validez de los valores del acto que el resultado positivo y actual de una acción.

Siguen la orientación de la bipartición clásica en el análisis del delito: Manzini Vicenzo, *Istituzioni di Diritto Penale italiano*, 6<sup>a</sup> ed., Padova, 1937, p. 61; Pannain Remo, *Manuale de Diritto Penale*, parte general, 3<sup>a</sup> ed., Torino, Italia, 1962, p. 218; Antolisei, Francesco, *op. cit.*, pp. 151 y ss.; Piacenza Scipione, *Esercitazioni pratiche di Diritto Penale*, Roma, 1964, p. 23; Carrara Francesco, *Programma di Diritto Criminale*, pp. 53 y ss.; Pessina, *Elementi di Diritto Penale*, Napoli, 1883, p. 39; siguen la teoría de la tripartición: hecho, antijuricidad y culpabilidad: Bettoli Giuseppe, *Diritto Penale*, parte generale, 6<sup>a</sup> ed. Padova, Italia, 1966, pp. 171-181; Porte Petit Celestino, *Apuntamiento de la parte general de derecho penal*, I, 3<sup>a</sup> ed., 1964, México, pp. 227 y ss. El autor, sin embargo, sigue en el desarrollo analítico del delito, el sistema denominado como *Teoría de la prelación lógica* de los diversos momentos susceptibles de encontrarse presentes en la comisión de un delito; Jiménez de Asúa Luis, *La Ley y el Delito*, 3<sup>a</sup> ed., Buenos Aires, 1959, p. 207; Castellanos Fernando, *Lineamientos de derecho penal*, Editorial Porrúa, México, 1967, p. 121; ver asimismo Villalobos Ignacio, *Derecho penal mexicano*, Editorial Porrúa, México, 1960, pp. 201-203; Carrancá y Trujillo Raúl, *Derecho penal mexicano*, parte general, Antigua Librería Robredo, México, 1955, pp. 172-177; siguiendo la postura tetrapartita conducta, tipicidad, antijuricidad y culpabilidad se observa a Grispigni Filippo, *Diritto Penale Italiano*, v, II, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 1952, pp. 11-14; Mezger Edmundo, *Tratado de derecho penal*, p. 156.

<sup>10</sup> Lo mismo ocurre faltando alguno de los restantes elementos del delito.

Con base en lo expuesto, en el ámbito del elemento objetivo, si A quiere ocasionar un daño a B, pero no activa su intención criminosa en un acto que implique exteriorización de voluntad, resulta claro que el delito no se habrá presentado; asimismo es obvio que si un evento jurídicamente relevante no existe como consecuencia de la realización de una conducta, la figura del delito tampoco podrá haber surgido y, finalmente, es claro que si un resultado, relevante para el derecho penal, existe pero no puede ser imputado a un sujeto determinado por haber sido probado que éste no pudo ser su autor, aun cuando el mismo tenga una existencia indiscutible, no la tendrá, sin embargo, en el confronte de aquel individuo particular, por inexistencia de nexo de causalidad.

Por cuanto se refiere al elemento subjetivo indicado, conforme a la misma tesis clásica presente en la relación psicológica entre la voluntad del agente y el resultado producido,<sup>11</sup> cualquiera que sea la forma en que tal resolución haya sido adoptada, habiendo querido producir el resultado ocasionado, o bien que el mismo hubiera sido consecuencia de una actitud previsible y prevenible, será indispensable su presencia, toda vez que en su ausencia el delito no se presenta.<sup>12</sup> Mezger, al desarrollar el estudio del hecho punible, se refiere a la culpabilidad bajo una concepción normativa y la concibe como el reproche hecho al individuo por haber querido producir una conducta contraria a cuanto la ley de él esperaba. De aquí que la culpabilidad se presenta ya no como nexo psicológico en sí mismo, sino como juicio de valoración de reproche a la voluntad del autor, con lo cual, no obstante, no se desvirtúa la observación general hecha en torno a la tentativa y al delito consumado, en tanto que las formas de dolo y culpa siguen manteniéndose como forma de manifestación que fundan el juicio de reprochabilidad que constituye la culpabilidad, de donde aun cuando con sistemática modificada se mantiene la división en el análisis sobre el elemento subjetivo del delito.

<sup>11</sup> En torno a la conceptualización del elemento psicológico del delito, dos órdenes de ideas han ocupado principalmente la atención de los autores seguidores de la sistemática causalista: la corriente tradicional, psicologista, que considera la culpabilidad como nexo psíquico entre la voluntad del sujeto y el hecho mismo, y la corriente normativista que entiende la culpabilidad como el carácter antidoveroso de la voluntad, es decir, la inclinación negativa de la voluntad en tanto que contraria a la norma penal, arribando por tanto a observarla como el juicio de reproche o reprobación en el orden psíquico, por haber querido realizar una conducta contraria a lo que la ley ordenaba. Frente a estas dos corrientes, una tercera ha intentado mantener una postura ecléctica, lo que no siempre resulta congruente, en particular cuando el normativismo llega a la concepción del reproche, ya que una refiere el aspecto psíquico mismo de la conducta del agente, y la otra se refiere a la valoración en torno al aspecto psíquico de la propia conducta del agente efectuada por un tercero. Por su parte la corriente finalista, al referirse a la culpabilidad, evidentemente tiene que manifestarse como orientada a la concepción del reproche, en tanto que la conducta en sí misma, en sus elementos de objetividad y subjetividad —que psicológicamente la determinaron— vienen a ser estudiadas en un estadio diverso. Ver: Alimena, *Appunti di Teoria generale del reato*, 1938, pp. 38 y ss.; Bettoli, *op. cit.*, pp. 320-325; Delitala, *Il fatto*, pp. 83-85; Battaglini, *op. cit.*, p. 222; Antolisei, *op. cit.*, pp. 239-241; Jiménez de Asúa, *op. cit.*, pp. 354-355; Castellanos, *op. cit.*, pp. 218 y ss.; Villalobos, *op. cit.*, pp. 274 y ss.; Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, ed. 1941, pp. 236-238.

<sup>12</sup> La regla sufre su excepción en los casos de responsabilidad objetiva, los cuales, no obstante, en forma alguna representan adelanto de la legislación penal.

Situación diversa se presenta con la sistemática finalista, en donde el estudio del dolo y aun el de la culpa viene excluido de la esfera de la culpabilidad.

Viene observado que en realidad la intención de cometer un delito, desde el estricto punto de vista subjetivo, es idéntica en quien ha llegado a la plena comisión de un delito, de quien después de haber iniciado la ejecución de un intento criminoso no lo lleva a término por causas a él independientes. En todas estas hipótesis, sean de delito consumado, delito intentado, delito frustrado, o aun en los casos del solo pensamiento criminoso y del delito imposible se observa la misma conformación psicológica del sujeto.

La voluntad de producir un delito será entonces la misma entre quien llega a la comisión del delito, de quien se limita al simple pensamiento criminoso, pero no por ello el individuo ha de venir igualmente punido; ya expresaban los romanos *cogitationis poenam nemo patitur* y aún se escucha el eco del positivismo con la afirmación del “no hay delito que no me haya sentido capaz de cometer”.

### III. FIGURAS ESPECIALES EN EL ANÁLISIS DE LA TENTATIVA DEL DELITO

Expresa el artículo 12 del Código Penal de 1931, actualmente vigente, correspondiente al título primero de la Responsabilidad Penal, capítulo segundo de la Tentativa que: *La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*

Con esa previsión legal es posible conformar el delito tentado en los siguientes términos:

#### 1. *Delito perfecto y delito imperfecto*

Ya Massari informa que diversos autores al referirse a la tentativa de delito, exponían que la misma encontraba diferencia con el delito consumado en cuanto a que en ella faltaba el resultado material antijurídico, aun cuando se presentaban los restantes elementos constitutivos de la figura; de aquí que se concibiera el delito tentado como una parte del delito consumado, observando, no obstante, que aun en el delito tentado se localiza la presencia de un resultado, si por tal se admite y entiende aquella situación de pena potencial objetivada en el estado de peligro;<sup>13</sup> a reserva de admitir o menos que el fundamento de la tentativa de delito se localiza en el potencial de daño o peligro, se observa cómo desde tiempo atrás la doctrina ha discutido la presencia del delito tentado, concebido como delito perfecto o no, en cuanto a que también en ése es posible observar un determinado resultado.

Carrara,<sup>14</sup> por su parte, indicó que la tentativa lejos de ser una fracción del delito consumado es un ente jurídico substancialmente diverso de aquél. Tanto la tentativa como el delito consumado constituyen entes jurídicos: toda vez que su esencia se encuentra en la contradicción observada entre el hecho

<sup>13</sup> Massari, *Le dottrine generali del Diritto Penale*, Napoli, Italia, 1930, p. 161.

<sup>14</sup> Carrara, *op. cit.*, p. 328.

humano y la figura delictiva delineada por el legislador, siendo, no obstante, del todo diversos en cuanto a sus respectivos elementos, de manera que no se deba afirmar que una es parte de la otra y que con la tentativa venga consumado parcialmente el delito querido.

Vannini expresa que no obstante que la norma violada en la tentativa sea la norma primaria que supone la consumación, la tentativa constituye un tipo de delito *a se*.<sup>15</sup> Brichetti, adoptando la postura contraria afirma:

Considerar la tentativa como figura autónoma de un delito, significa hacer de la tentativa, que es solamente disminución cuantitativa del relativo delito consumado y que por tanto no sale de la esfera de la cantidad, una modificación de calidad, es decir, el pasaje de una calidad (aquella de delito meta) a otra (de peligro) —y por tanto que— es, de esta manera, poco exacto que la tentativa sea una figura autónoma de delito, la cual regiría con leyes propias, siendo que no se puede pensar en la tentativa de un delito sin pensar en el correspondiente delito consumado del cual el delito tentado forma parte.<sup>16</sup>

La tentativa de delito desde el ángulo normativo, expresará Scarano, no es un fragmento del delito consumado, sino que tiene su autonomía específica. En ésta, la agresión del bien viene actuada, en aquélla, el bien es agredido sólo en potencia; entre delito consumado y delito tentado no se observa una diferencia de cantidad sino de calidad y es el artículo 157 del Código Penal (italiano), el que al delimitar los términos de la prescripción de los delitos, pone en luz tal distinción.<sup>17</sup>

La Corte de Casación italiana refiriéndose a la norma incluida en el Código Penal, ha reconocido la autonomía de la figura al resolver: El delito tentado es un delito por sí mismo, jurídicamente diverso del correspondiente delito consumado y la razón de su punibilidad no debe observarse en el peligro de la consumación del delito, sino en la violación de la norma penal a que va dirigida, por lo cual en el delito tentado no va insrito el carácter del delito de peligro, sino, según los casos resueltos producidos, aquel de delito de daño o de peligro,<sup>18</sup> y en tal sentido se ha orientado la doctrina italiana de los últimos años.

<sup>15</sup> Vannini, *op. cit.*, p. 6.

<sup>16</sup> Brichetti, *op. cit.*, pp. 15-16.

<sup>17</sup> Scarano, *op. cit.*, pp. 283-284.

<sup>18</sup> "Casación italiana" de fecha 3 de marzo de 1939, publicada en *Giustizia Penale*, 1941, 99, n. 1388; "Casación Italiana", de fecha 22 de marzo de 1949, en *Archivio Penale*, 1949, p. 617.

En la doctrina italiana éste ha sido en general el criterio sustentado: Manzini, *op. cit.*, p. 138: "Si la tentativa fuese un delito imperfecto no sería punible, sino un hecho incompleto respecto de la hipótesis típica de delito, pero perfecta en los elementos que la hacen punible"; Bettioli, *op. cit.*, pp. 476 y 477: "La tentativa observa una objetividad propia derivada de la lesión potencial al bien jurídico, es el resultado de la fusión de dos normas a la integración de un delito perfecto"; Petrocelli, *op. cit.*, p. 12; Antolisei, *op. cit.*, pp. 353 y 354; Contra: Pessina, *Elementi di Diritto Penale*, 1882, I, p. 249; "...en el conato se observa siempre un delito imperfecto"; Carnelutti, *Lezioni di Diritto Penale*, p. 185;

El delito tentado integra una figura perfecta de delito.<sup>19</sup> Entendiendo, no obstante, el concepto de delito perfecto en su acepción clásica cuando significa: “terminar”, “cumplir”, la tentativa se presenta como aquella situación que ha permanecido en *itinere* sin haber logrado su consumación, por lo que desde tal ángulo se presenta como delito imperfecto, pero la afirmación es válida solamente cuando es referida al delito consumado, considerado perfecto por haber llegado a su meta; de aquí que la figura de delito tentado integre un delito perfecto, y sólo sea admisible la denominación de imperfecto cuando la afirmación venga sostenida en relación a la particular característica de delito no consumado.

Como expresa Antolisei<sup>20</sup> siguiendo a Paoli, el delito tentado es el resultado de la combinación de dos normas: la norma de incriminación como norma principal y la norma de integración extensiva como norma secundaria, generalmente prevista en el libro primero de la Ley Penal.<sup>21</sup> Ambas normas producen como resultado el nacimiento de una disposición normativa diversa e independiente que origina un nuevo tipo delictivo, el cual debe ser considerado como autónomo toda vez que sufre variaciones diversas, aun en el propio *nomen juris* dejará de nominarse delito de robo o delito de incendio, para llamarse delito tentado de robo o delito tentado de incendio; y es ese *minus* inherente a la tentativa lo que ha inducido a la doctrina a considerar a la misma como un delito imperfecto, siendo que constituye un delito perfecto.

Concluyendo, consideramos que la figura del delito tentado constituye un delito autónomo, propiedad que le deriva de encontrarse integrada por una norma perfecta, en cuanto está compuesta de precepto y sanción y de contener un fin propio, no obstante que su objeto jurídico, es decir, el bien jurídico protegido, sea el mismo. Es precisamente la diversa forma de otorgar tal pro-

“...un delito iniciado pero no llevado a término”; Romagnosi: *Genesis del Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1956, Trad. de Carmelo González Cortina, p. 257: “Se puede decir que la tentativa de delito... es la ejecución incompleta de un delito.”

En México Pavón Vasconcelos F., “La tentativa”, en revista *Criminalia*, año xxv, marzo de 1959, núm. 3, pp. 122-135, expresa que aun cuando la tentativa integra un delito incompleto, no obstante, es también un delito autónomo; Ramón Palacios: *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, Imprenta Universitaria, México, D. F., 1951, pp. 29 y 32: “La tentativa integra un delito perfecto, es figura jurídica accesoria y es autónoma”; Carrara F., *op. cit.*, Trad. de la 11<sup>a</sup> ed. italiana por Soler, Gavier y Núñez, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1944, p. 231: “...en tales casos, el delito presenta una degradación en la fuerza física porque no está perfecta ni siquiera la acción o, si la acción fue perfecta no está perfecta la ofensa a la ley. En ambos casos se configura un delito imperfecto”; Battaglini G., *Diritto Penale*, 3<sup>a</sup> ed., Padova, Italia, 1949, p. 421; “La tentativa de delito constituye un delito perfecto y también un delito imperfecto”; Saltelli C. e Romano di Falco E., *Commento Teorico-práctico del nuevo código penal*, Torino, Italia, 1931, p. 336; “La tentativa no es un delito imperfecto, si por la expresión ‘delito imperfecto’ se quiere significar a los 2 factores esenciales de cada delito, porque también en ésta concurren estos dos elementos, es decir, una acción imputable y el verificarce de un atentado a un bien o interés protegido por la ley penal”; Novoa Monreal, *op. cit.*, pp. 21-23: “Es delito perfecto.”

<sup>19</sup> En el mismo sentido Petrocelli B., *op. cit.*, p. 12; contra Scarano, *op. cit.*, pp. 285-287.

<sup>20</sup> Antolisei F., *op. cit.*, pp. 353 y 354.

<sup>21</sup> Ver la segunda parte del ensayo, comentario de Legislación Comparada, en donde se incluyen las previsiones de la tentativa en diversos países.

tección, lo que da a la tentativa su fin particular y creemos que tal fin sea evitar el peligro que deriva de poner en acción determinados actos que, de ser consumados, producirían un resultado dañoso o peligroso.<sup>22</sup> Asimismo, es posible concluir que la tentativa, si bien se constituye en una figura autónoma, encuentra su conformación como una figura accesoria, secundaria y extensiva; es accesoria siempre que por tal se haga referencia a la particular figura del artículo 12, en tanto relación aplicada a un tipo delictivo completo; secundaria, porque implica la aplicación del propio precepto que se designa como secundario en el confronte de la norma de incriminación primaria; y extensiva, en tanto que substancialmente la figura del artículo 12 es una norma de integración a carácter extensivo.<sup>23</sup>

<sup>22</sup> En torno al fundamento de la incriminación en la tentativa, ver Manzini V., *Tratado*, t. II, p. 438; Antolisei F., *op. cit.*, p. 356; Carrara F., *op. cit.*, p. 234, expresa el autor que los delitos imperfectos no pueden presentar por su naturaleza el elemento de daño inmediato, sino un daño inmediato inferior o ninguno, no obstante, son políticamente impunitables porque "...también de ellos surge accidentalmente el daño mediato, las funciones del daño inmediato que le faltan, las cumple el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado"; Bettoli, *op. cit.*, pp. 472-474, expresa: "Si bien es cierto que en la tentativa no se ha sufrido la efectiva lesión de un bien tutelado, es indudable que un bien tutelado ha sido puesto en peligro a una lesión potencial"; Carnelutti, *Teoría Giurídica del reato*, Padova, 1933, p. 190, refiere que es el peligro efectivamente corrido; Vannini, *op. cit.*, p. 5, indica también que "es la puesta en peligro de un bien jurídicamente protegido"; Mezger, *Trat. de Der. Pen.*, II, Madrid, España, 1935, p. 212, indica que sólo existe una acción que pone en peligro el bien jurídico.

Por nuestra parte no coincidimos con Antolisei cuando afirma que "diferencia substancial entre la tentativa y la consumación no existe" y que el fundamento de la incriminación es la concreción misma de la intención criminosa en un hecho exterior que no puede ser tolerado por el Estado en base a un carácter antisocial; afirmación que si bien es válida, no obstante observa un carácter exclusivamente formalista. Cuando se afirma que una acción es contraria al orden social, tal afirmación tiene por fundamento su observancia en la Ley Penal; sin embargo, es claro que tal sanción penal deriva precisamente de ser aquella acción, substancialmente, en sí y por sí una acción que lesiona el orden del conglomerado social en tanto que representa un daño o un peligro. Así, el homicidio en el momento histórico actual no es delito exclusivamente por encontrarse incluido en la Ley Penal sino que es sancionado en el propio ordenamiento por constituir en sí mismo una acción antisocial conforme a la valoración social de las acciones en el momento histórico actual, cristalizado en la orientación de los legisladores; si así no fuera, una acción, aún siendo prevista por la Ley Penal y constituyendo una figura legal de delito, no sería sin embargo antisocial y no pasaría de ser letra muerta de la ley en espera de su necesaria derogación. Por cuanto expuesto, consideramos que toda acción punida debe causar una lesión a la propia sociedad, que significa causar un daño o un peligro a la misma. Respecto a la tentativa, es claro que el daño material no puede producirse porque no existe un resultado material y, por tanto, es el peligro el disvalor de ser considerado. Es cierto, como hace notar Manzini, que la norma de la tentativa presupone tácitamente evitado el peligro de la consumación, ello, sin embargo, se refiere exclusivamente a la figura típica del delito —tan es así que existe precisamente la norma de la tentativa para cuando el resultado no se realiza—, pero en relación con la realidad física existirá siempre la posibilidad de que el sujeto agente logre alcanzar un fin antisocial, de donde la existencia de la tentativa obedece al interés del Estado en eliminar todo posible peligro de causación de delitos.

<sup>23</sup> Expresa Novoa Monreal, refiriéndose a la tentativa en la sistemática, que la tentativa es un dispositivo legal amplificador del tipo y por tanto es causa de extensión de la pena.

## 2. *Delito doloso y delito culposo*

Como se expresara anteriormente, desde el exclusivo punto de vista de la postura psicológica del sujeto al momento de la comisión de un delito, las posibilidades pueden ser la de haber querido producir la lesión al bien jurídico tutelado por el derecho penal, o bien la de no haber querido producir la propia lesión.<sup>24</sup>

La postura de querer o no el resultado, es prevista en la Ley Penal Mexicana, en el artículo 8º, cuando se indica: "Los delitos pueden ser: intencionales y no intencionales o de imprudencia."

En el ámbito específico del delito tentado, al hacer referencia a los elementos objetivos y subjetivos del ilícito penal, se indicó que desde el ángulo específico del último aspecto, realmente no era posible localizar una distinción entre las diversas posibilidades de pensamiento delictuoso llegado a resolución, intención manifiesta a un fin ilícito predeterminado por actos aún no punibles, delito tentado punible, delito consumado y aun el caso del delito imposible. En todas esas situaciones el común denominador es la voluntariedad del sujeto respecto de la realización de un fin ilícito, independientemente del grado de objetividad alcanzado en ellos, y tanto en un caso cuanto en los otros, en la mente del sujeto agente es observable la representación de un fin ilícito que después ha llegado a momentos diversos en su ejecución,<sup>25</sup> de donde se deriva que no existe diferencia desde el ángulo psicológico, entre el delito tentado y el delito doloso.<sup>26</sup>

<sup>24</sup> No se admite como tercera posibilidad la figura del delito preterintencional, como lo hacen algunos autores, toda vez que en el caso, aun cuando aparentemente se observa una dualidad psicológica del querer y el no querer el resultado, esa dualidad en realidad no existe en tanto que los mencionados momentos psicológicos opuestos no son simultáneo sino subsecuentes. Si la conducta de A, tiende a producir en B un efecto X, y tal conducta se observa idónea para producir ese resultado, mismo que no se actualiza por circunstancias del caso concreto, sino que es producido un efecto mayor Z, no creemos que se deba afirmar que la presencia del haber querido un resultado y haber producido uno diverso haya sido simultáneo, más acertado resulta reconocer que en primer lugar fue realizada la conducta intencional del sujeto y sólo en un momento posterior por circunstancias del caso, se produjo un resultado superior al deseado.

<sup>25</sup> Antolisei, *op. cit.*, p. 352; Altavilla, *Lineamenti di Diritto Criminale*, 2<sup>a</sup> ed., Napoli, 1932, p. 124; Carrara, *Il grado della Forza Fisica del Reato*, Luca, 1870, p. 371; Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 274; Petrocelli, *op. cit.*, p. 445; Puig Peña, *Derecho penal*, II, 5<sup>a</sup> ed., 1959, p. 216; Von Lizt, *op. cit.*, p. 4; Manzini, Ist., *op. cit.*, p. 158; Bettoli, *op. cit.*, p. 478; Ramón Palacios, *op. cit.*, p. 248; Ranieri Silvio, *Diritto Penale*, III, Padova, 1952, p. 209; Maggiore, *Diritto Penale*, vol. IV, 4<sup>a</sup> ed., Edit. Temis, Bogotá, p. 375.

<sup>26</sup> La figura del delito doloso, no obstante, se presenta en modalidades diversas, dolo eventual, dolo directo, dolo indirecto, etcétera, que presentan íntima relación con el problema que nos ocupa. Si bien es posible afirmar que en el típico caso del dolo, el dolo directo, la situación que prevalece responde al criterio adoptado, en los casos del dolo eventual y aun del dolo indirecto, difícilmente puede sostenerse la afirmación ya que la intención de causar el daño no se encuentra delimitada con claridad y si bien puede aceptarse que existe una intención general de causar el mal, o bien, una aceptación tácita socialmente negativa del resultado antijurídico y culpable consecuencia de la conducta perpetrada, con dificultad puede afirmarse igualmente que ha existido una intención dirigida completamente a un fin ilícito puesto en mira, como supone el caso del delito tentado.

En el ámbito subjetivo del delito, al lado del dolo, se observa la segunda forma a que se refiere la culpabilidad: la culpa, cuando el resultado material jurídicamente relevante ocasionado, no habiendo sido querido, ha sido no obstante producido por una causa imputable al agente.

Parecería derivarse que toda vez que, el elemento subjetivo de la intencionalidad no se presenta en los delitos culposos y, como indicado, tal es la característica esencial de la tentativa de delito, sería absurdo pensar en la presencia del delito tentado culposo. Ya Carrara hablaba de la "absurda figura". La observación es verídica en términos generales, presenta, sin embargo, determinados matices que imposibilitan la afirmación en manera categórica. En los códigos penales de algunos países se hace referencia a determinadas situaciones en que el hecho estimado contrario al interés social, aun habiendo sido querido, viene castigado, no a título de delito doloso sino con el carácter de delito culposo.<sup>27</sup> Tales casos, conocidos bajo la denominación de "culpa propia", se presentan fuera de la regular situación en que lo esencial es la no volición del resultado y como consecuencia contrarián la institución de la culpa fincada normalmente en la no intencionalidad del evento; de donde resulta que hechos producidos por conductas típicamente dirigidas al efecto, vienen atenuados en la pena que los equipara a los casos de culpa, con base en las mismas razones invocadas para justificar la punición a los delitos culposos: no previsibilidad de un resultado, peligro corrido, ataque a los reglamentos de policía, no cumplimientos a un deber de atención, no previsibilidad de lo prevenible, etcétera.<sup>28</sup>

La situación intenta venir resuelta a través del orden de ideas instituidas particularmente por Alimena, que finca al error como base de la culpa, indicándose que la culpa se presenta siempre como un error de valoración, por parte del sujeto, respecto a las condiciones que habrán de producir el resultado jurídicamente relevante. Lográndose con ello, asimilar bajo un común denominador tanto los casos de culpa propia como aquellos de culpa propia, ya que no siendo la intencionalidad el elemento característico de la figura del delito culposo sino el error en la valoración, es posible, efectivamente, admitir la presencia del delito culposo aun habiendo sido querido el resultado.<sup>29</sup>

Concluyendo, si los hechos delictuosos cometidos bajo la situación particular de la culpa propia son entendidos como verdaderos casos de culpa, entonces el delito tentado también podrá presentarse en el confronte de ellos.<sup>30</sup>

<sup>27</sup> El Código Penal Italiano las consigna en los artículos 47 y 55 a 59.

<sup>28</sup> En los casos referidos, el Instituto que busca justificar la punición de la culpa caracterizada únicamente por el resultado, sufre un fuerte descalabro si se considera que es tendencia del derecho penal moderno punir, en cuanto posible, sólo las conductas que ponen de manifiesto la peligrosidad del sujeto respecto del interés social, disminuyendo y eliminando la punición a los casos de responsabilidad objetiva.

<sup>29</sup> Ésta es la postura de Alimena en torno al problema.

Conforme a la sistemática finalista este problema no se presenta porque la culpabilidad está limitada exclusivamente al análisis de la atribuibilidad del hecho a un sujeto y a la reprochabilidad, en tanto que el problema del querer la conducta criminosa se encuentra analizado en la esfera de la acción.

<sup>30</sup> Así el caso de A, quien caminando en la noche en una calle notoriamente peligrosa, cree ser atacado al oír los pasos de B que se acerca velozmente, saca el arma que porta consigo y la descarga en contra del indicado B quien no era sino un individuo que encon-

si por culpa propia, en cambio, habrá de entenderse el concepto que manifestaran otros autores como Santoro; es decir, como verdaderos casos de delito doloso asimilados por el legislador a delitos no intencionales a consecuencia de la mínima peligrosidad manifestada por el agente, o bien, como expresa Antolisei,<sup>31</sup> como casos en los cuales el legislador ha querido punir no el actuar voluntario a la realización de un resultado criminoso, sino la ligereza en el actuar del agente, entonces podrá seguirse afirmando la absurda figura de la tentativa culposa.

### 3. *Tentativa propia y tentativa impropia*

El Código Penal vigente aparentemente no fija bases que permitan afirmar la distinción entre la tentativa propia y tentativa impropia, ya que, el texto del artículo 12 no parece indicarlo.<sup>32</sup>

trándose en retardo, tornaba rápidamente a casa. En el caso, si el golpe del arma blanca no llega a su meta el delito permanecerá como tentativa acabada, quedando fuera de duda la manifiesta intención del agente respecto de la conducta y del resultado no alcanzado; pero el delito en cuanto a su sanción, seguirá asimilado al delito culposo. Es esto lo que acontece en general, en los diversos casos de error de valoración respecto a la presencia de una causa de no incriminación.

Estos casos de legítima defensa putativa o de errónea creencia de la existencia de una causa de no incriminación, conforme a algunas legislaciones permanece impune y en otras se hacen acreedoras de penalidad a título de culpa. Obviamente a la base del problema es de analizarse la falta a un deber de cuidado como base de la errónea creencia de la presencia de la causa de justificación.

<sup>31</sup> Ver Antolisei, *op. cit.*, pp. 283 y 284.

<sup>32</sup> Como se indica en la parte de la legislación comparada, el Código Martínez de Castro siguiendo al Código Español de 1848, si observó diversos momentos punibles en la exteriorización del *iter criminis*.

El Código de 1929 no hizo referencia, como indica su principal autor en la Exposición de Motivos (Almaraz, Exposición de Motivos del Código Penal promulgado el 15 de diciembre de 1929, México, 1931, pp. 39-45), al expresar: "La comisión estima inútil comentar lo improcedente de esta innovación, ya que si forma parte del delito frustrado y éste no debe subsistir en un código moderno menos podrá sostenerse aquella novedad —y posteriormente siguiendo a Saldaña, refiere—: "el delito llamado frustrado para nada interesa a la criminología como tampoco la injustificada distinción entre aquél o la tentativa o connato; pero si los grados de éste, es decir, la distinción entre la tentativa remota o principio de ejecución y próxima, o eventual ejecución. La definición legal del código debe substituirse por un amplio concepto penal de la tentativa, haciendo exclusión del elemento anticientífico del azar para la valoración criminal. La doctrina de la tentativa debe basarse en elementos exclusivamente psicológicos y sociales".

El Código de 1931, actualmente vigente expresa: "Artículo 12. 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 la tentativa, los Jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito."

En torno al problema de tentativa acabada e inacabada, en general viene enunciado por todos los autores que se han ocupado del estudio de la parte general del derecho penal. Entre otros: Von Lizt, *op. cit.*, pp. 8 y 9; Sebastián Soler, *op. cit.*, pp. 225 y 226.

En torno a las ventajas o inconvenientes de admitir o no alguna de las indicadas denominaciones ver José Almaraz, *op. cit.*, pp. 40-43.

Se presenta la tentativa propia, comúnmente referida como tentativa inacabada cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no llegan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación. La tentativa impropia, conocida también como tentativa acabada o como delito frustrado,<sup>33</sup> se observa cuando el autor ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes de su voluntad.

La división se observa expresada en gran parte de las legislaciones penales actualmente vigentes en otros países, y consideramos que asimismo existen razones que permiten afirmar que también en el Código Mexicano se presenta esa distinción, aun cuando tácita, que se ha observado también en el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.<sup>34</sup>

Expresa Romagnosi que la distinción exacta entre los casos de verdadero delito tentado y delito frustrado, se observa cuando el individuo utiliza todos los medios que la experiencia ha demostrado adecuados para producir el efecto dañoso, teniendo la certeza y previsión físicas de que el efecto habrá de verificarse. Si quiere el resultado y realiza cuanto considera necesario a su plena consumación, por lo cual aun no presentándose el resultado previsto pero no consumado por el obstáculo imprevisto, debería ser punido por la conducta realizada. Por su parte, en torno a la tentativa inacabada observa que cualquiera que haya sido la causa que detuvo la mano del culpable a la mitad de la ejecución del delito, o en los límites del último acto, es siempre cierto que le faltó realizar los otros varios actos físicos o uno último, que, sin embargo, eran necesarios.<sup>35</sup>

En realidad, aun cuando algunas legislaciones no indican expresamente la división, ello no hace venir a menos una distinción que se localiza en la naturaleza misma de la figura y no en la voluntad del legislador.

Respecto al Código Mexicano, en torno a la cuestión, no se imputa omisión al legislador, ya que creemos que la distinción aparece implícita al referirse en el último párrafo del propio artículo, que para los efectos legales de la imposición de la pena deberá considerarse el grado a que se hubiere llegado en la comisión del delito, amén de la temibilidad del actor. Después de haber sido enunciado, en el anterior párrafo un criterio que si bien expresamente nada indica, admite, en cambio, ambas posibilidades.

<sup>33</sup> En torno a la cuestión ver Battaglini, *op. cit.*, p. 434; Vannini, *op. cit.*, pp. 103-104; Soler, *op. cit.*, pp. 225 y 226.

<sup>34</sup> La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha expresado: *Semanario Judicial de la Federación*, XCII, quinta época, pp. 1785-1786; sobre la tentativa acabada: *Semanario Judicial de la Federación*, LXIII, quinta época, p. 3013.

<sup>35</sup> Romagnosi Giandomenico, *Génesis del derecho penal*, traducción al español de Carmelo González Cortina, Ed. Temis, Colombia, Bogotá, 1956, pp. 255-257. Romagnosi establece en realidad una distinción tajante entre ambas figuras, pues en tanto que al tratar la tentativa la refiere como un momento determinado para la realización de un delito, determina precisamente dónde comienza el acto que habrá de completar la ejecución del delito (p. 270), a la figura que denomina como delito frustrado la observa como un verdadero delito consumado, pues no le interesa que el resultado haya sido llevado por su autor hasta los últimos extremos (pp. 261 y 262); también hace referencia Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, pp. 137 y 138.

Esta postura puede ser observada como acierto, pues el texto de la Ley Mexicana, aun cuando no con los mismos términos y técnica, pero si con similares consecuencias, puede asimilarse al caso del texto vigente en Italia, en donde si bien el anterior Código de Zanardelli —artículo 60— tasando uno y otro caso, imponía una pena superior para el caso de la tentativa acabada, estableciendo una presunción legal de mayor peligrosidad de la acción fallida respecto de la acción no terminada, el nuevo ordenamiento de 1930, modificando y evitando la punición tasativamente agravada, aun cuando manteniendo la distinción de esencia, indicó en la última parte del primer párrafo del artículo 56: “... *Se l'azione non si compie o l'evento non si verifica*”.

En el fondo, aun las figuras jurídicas del delito imposible, del arrepentimiento y del desistimiento, en buen número de países declarados impunes o sujetos a pena disminuida o a medidas de seguridad, desde el exclusivo punto de vista de la actividad del agente, quedan incluidos en la esfera general de la tentativa, como tentativa acabada los dos primeros casos y como tentativa inacabada el último. En los primeros casos de tentativa acabada se ha verificado una acción completa pero fallida, en el delito imposible por inidoneidad absoluta de los medios o inexistencia del objeto, y en el arrepentimiento, por la acción ulterior del propio agente que anula las consecuencias fatales de la conducta criminosa; en el caso del desistimiento porque la acción encaminada a la producción del resultado antijurídico ha sido suspendida por causas que obedecen a la voluntad del sujeto agente.<sup>36</sup>

El Código Penal Mexicano, en la dicción del segundo párrafo del artículo 12, subordina la punición al grado a que se hubiere llegado en la ejecución y a la temibilidad del autor, que posteriormente complementa con el texto del artículo 63, el cual, a su vez, indica que para la aplicación de la sanción a los autores de tentativa, la penalidad podrá llegar a constituir hasta las dos terceras partes de la punición indicada para el delito consumado, observando en la aplicación lo previsto en los artículos 52 y 59. Tal situación aunada al primer

<sup>36</sup> En torno al variable criterio de impunidad del delito imposible y de los casos de desistimiento y de arrepentimiento, ver lo conducente en el informe de la segunda parte de Legislación Comparada.

La impunidad obedece a razones de índole diversa, por cuanto al delito imposible, se refiere que no siendo posible de presentarse la lesión a un bien jurídico protegido, el delito jurídicamente no podría haberse presentado, en tanto que en el caso del efectivo delito tentado si se hubo presentado la posibilidad de comisión de ilícito; no obstante viene impugnado, ya que en realidad tanto en uno cuanto en el otro caso se ha puesto de manifiesto un cierto grado de peligrosidad variable en la actividad del agente, mismo que no debe permanecer sin relevancia para el legislador penal. Frente a esa postura, por otra parte se ha indicado que la razón de la impunidad cuando así establecida, o de la punición disminuida, como en el caso del arrepentimiento y desistimiento, obedece a razones que encuentran su base en la política criminal. Son siempre dos tendencias que se enfrentan, por una parte, aquella que procura fincar la punición particularmente en la producción de un resultado lesivo, y, por otra parte, la tendencia que estima como relevante no el resultado sino la conducta del agente. Frente a éstas, nuevamente las diversas posturas concretadas la una en considerar como relevante sólo la peligrosidad manifestada en grado mayor o menor por el agente a través de su conducta y, por otra parte, las razones de política criminal que intentan producir la mínima lesión, directa o indirecta al individuo, al grupo de personas directamente de él dependientes y el grupo social mismo.

párrafo del propio artículo 12, en donde viene configurada la tentativa punible con un concepto amplio que da cabida a las dos formas de tentativa de que nos hemos ocupado, se pone en evidencia por una parte, creemos, la diferencia entre la tentativa acabada y la tentativa inacabada, pero asimismo, parece sujetarse la magnitud de la imposición al grado de avance en la ejecución. El criterio no nos parece conveniente, porque es tanto como aceptar que la tentativa por el solo hecho de ser acabada ha puesto de manifiesto una mayor peligrosidad por parte del agente, cuestión que en el fondo no viene a ser sino la presencia de una presunción legal de mayor peligrosidad para el caso de tentativa acabada. Si se piensa en un mismo caso adoptado como objeto de estudio, la afirmación podría resultar verídica, pero considerando la variedad infinita de formas de manifestación exterior de voluntad, aun referidas al intento de cometer la misma infracción a una norma establecida en la ley penal, resulta imposible aceptar el orden de ideas. ¿Quién podrá sostener que la peligrosidad manifestada por A al estudiar detenidamente los movimientos y actividad de B, con el fin de privarlo de la vida después de minucioso programa llevado a efecto, sin lograr su intento por razones de índole externa, deba por fuerza ser menos peligrosa que la conducta de X, quien sintiendo en un momento determinado un profundo rencor hacia Y, decide repentinamente atacarlo y en el acto de hacerlo, como consecuencia de su actitud impensada no logra llevar a feliz término sus malas intenciones.<sup>37</sup> Observado desde el punto de vista sintomático de la peligrosidad, y aun desde el ángulo realístico, resultaría difícil afirmar el mayor peligro sufrido por la persona, es el caso de tentativa acabada, respecto del caso de la tentativa inacabada.

En el Código Mexicano, pese a suponerse el problema indicado, se señalan enseguida otros criterios que vienen a actuar como moderadores del aspecto anterior y toda vez que el legislador no ha indicado expresamente en qué grado deberán ser valorados cada uno de los diversos aspectos, cuestión que se deja al libre arbitrio judicial, no existe para el juzgador la obligación de optar una determinada postura, sino que será él mismo quien lo resuelva en concreto bajo juicio elaborado *ex-ante*.

#### *4. Tentativa en los delitos unisubsistentes y en los delitos instantáneos*

Siendo los delitos unisubsistentes figuras jurídicas caracterizadas por su inicio y consumación instantánea con la realización del delito en un solo acto, no se considera posible la presencia del delito tentado, el cual requiere para su existencia de una pluralidad de actos que autoricen la punición de aquéllos considerados como exteriorización de voluntad punible.

Por la razón mencionada, difícil resultaría observar la aplicación penal en los delitos *quod unico actu perficitur* también denominados delitos instantáneos; sin embargo, para quienes observan como delito instantáneo, el delito no per-

<sup>37</sup> Ver lo indicado en el capítulo relativo a las leyes mexicanas de este mismo trabajo.

manente, es decir, el delito donde el resultado tiene una consumación y agotamiento instantáneo, entonces la tentativa de delito sí puede presentarse.<sup>38</sup>

Frente a estas figuras se perfila el delito plurisubsistente, constituido con la presencia de diversos actos necesarios para la obtención de un fin ilícito y en donde se observa posible la figura que nos interesa.

### 5. *Tentativa en el delito permanente*

Siendo el delito permanente aquella figura caracterizada por una conducta ilícita que se protrae en el tiempo y que produce como consecuencia una suspensión en el estado de antijuricidad,<sup>39</sup> consideramos que sí es observable la presencia del delito tentado, siempre que la situación que interrumpe la serie causal normal del hecho, se presente antes de la realización de la conducta que origina el estado de antijuricidad consumando el delito, toda vez que es esa conducta que se protrae en el tiempo, la que ininterrumpidamente está consumando el delito en manera de no darle fin sino con su suspensión final. Precisando, se estima que la tentativa de delito, puede presentarse como tentativa inacabada en todos los casos y como tentativa acabada en los delitos necesariamente permanentes.

### 6. *Tentativa en los delitos formales y materiales*

Conforme a un orden de ideas se entiende por delito formal un concepto sinónimo del denominado delito de mera conducta, delito sin resultado o delito de resultado jurídico, cuya característica es la consumación del ilícito penal sin la producción de una consecuencia física material relevante para el derecho, de donde, el mandato prohibición de la norma se presenta al actuar mismo del individuo por considerarlo como acto socialmente peligroso, o con mayor precisión, como acto contrario al interés de la sociedad; son éstos los delitos donde el interés jurídico protegido se traduce en un valor asimilado a los bienes de na-

<sup>38</sup> Ver Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, p. 179; Antolisei, *op. cit.*, p. 238 (sólo admite la figura en la tentativa acabada, pero no en la inacabada); Grispigni, *op. cit.*, p. 198; Pavón Vasconcelos, *Rev. cit.*, p. 20; Porte Petit, *op. cit.*, p. 239; Vannini, *op. cit.*, pp. 31-32; Scarano, *op. cit.*, p. 297: si bien para el autor el problema pierde importancia porque el texto de la Ley Italiana al no hablar de actos ejecutivos no existe razón para referirse a la distinción que nos ocupa. No se olvide que su obra obedece precisamente al intento de reafirmar la inexistencia de la bipartición clásica de los actos en la tentativa y la aceptación a la variación de criterio sostenido en el nuevo texto de la Ley Italiana respecto del criterio sostenido en el anterior Código de Zanardelli.

<sup>39</sup> Ver Antolisei, *op. cit.*, pp. 195-198; Carrancá y Trujillo, pp. 179 y ss. (quien sólo lo admite en los delitos eventualmente permanentes y no en los necesariamente permanentes); Grispigni, *op. cit.*, pp. 198-204; Petrocelli, *op. cit.*, pp. 19 y 20; Manzini, *Tratado*, vol. VII, p. 676; Vannini, *op. cit.*, pp. 149 y 150; otros autores indican como característica de este delito, su consumación en dos momentos: una primera parte positiva, que es la consumación del delito, y un momento siguiente negativo, que supone la continuidad en el estado de consumación hasta la ulterior conducta del sujeto que pone término al estado de antijuricidad.

turaleza material, o a aquellos otros que sin ser bienes materiales en sí mismos, son, no obstante, susceptibles de una apreciación física.

Siguiendo un orden de ideas diverso, Grispigni<sup>40</sup> expresa que delitos de mera conducta son aquellos en los cuales la realización misma de la conducta típica se presenta como relevante para el derecho penal, independientemente de las consecuencias de su carácter material, a diferencia de los delitos materiales que están integrados por los modelos legales en donde inevitablemente viene requerido un resultado físico para ser penalmente relevantes.

Los delitos de mera conducta, bajo esta concepción, se integran por la mayoría de los delitos de omisión propia y por los delitos presentados como sola acción del agente, ya por traducirse en una traslación física del propio sujeto como en los delitos de evasión, inmigración ilícita, allanamiento de morada, etcétera, o bien, por constituirse en un movimiento de alguna parte del cuerpo, como en el adulterio, en los actos contra el pudor, etcétera. Bajo esta concepción se estima que en tales delitos es de admitirse la posibilidad de la tentativa inacabada y no aquella de la tentativa acabada.

Desde un ángulo diverso y haciendo referencia el autor citado exclusivamente a la intencionalidad del agente respecto al resultado producido y no ya a la presencia o menos de un resultado objetivamente considerado, por delito formal se entiende aquella situación donde la voluntad del agente se observa dirigida a la producción de un resultado antijurídico, sin requerir para su consumación que el delito mismo se haya consumado. Se observan de éstos dos tipos diversos: los delitos donde se requiere que la conducta haya sido totalmente realizada como en el caso de las injurias y en el delito de difamación y, aquellos en los cuales es suficiente el inicio de la conducta ilícita para consumar el delito, es decir, que el delito viene integrado con la sola realización de la conducta que para la generalidad de los casos constituiría la tentativa.

Concluyendo, puede decirse que bajo este orden de ideas, es de admitirse la tentativa inacabada y conforme a la otra clasificación de delitos formales, no se considera posible la presencia de la tentativa en ninguna forma.

## 7. *Tentativa en el delito de peligro*

Entendiendo por delito de peligro la punición a conductas que exclusivamente suponen el ataque a bienes jurídicos sin requerir para su existencia de la presencia de una lesión, puede afirmarse que no es posible la configuración de la tentativa de delito de peligro, ya que ello supondría castigo a una situación que representaría tentativa de una tentativa o, lo que es lo mismo, peligro de un peligro.<sup>41</sup>

<sup>40</sup> Grispigni, *op. cit.*, pp. 65-69 y 81-83; ver también Scarano, *op. cit.*, p. 296; Ramón Palacios, *op. cit.*, p. 248.

<sup>41</sup> Así Antolisei, *op. cit.*, p. 377; Petrocelli, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; Vannini, *op. cit.*, p. 166; contra: Palacios, *op. cit.*, pp. 252 y 253, que sí la admite en la tentativa acabada y no en la inacabada; Von Litz, *op. cit.*, p. 10.

### 8. Tentativa en el delito sujeto a condición objetiva de punibilidad

Si por condición objetiva de punibilidad se entiende aquella causa o circunstancia material del todo externa a la serie causal normal de los hechos, de cuya presencia depende la punición de la conducta que, no obstante, puede resultar en sí misma constitutiva de delito, se considera que la tentativa es factible de presentarse, siempre que la indicada condición objetiva extrínseca, se manifieste anterior a la conducta y no subsecuente a ella; por el contrario, si la condición se presenta con posterioridad a la conducta, no se observa posible la presencia del delito tentado. Así, a manera de ejemplo, en algunos países viene punida la quiebra fraudulenta, sujetándola para los efectos de la aplicación penal a la previa declaración de quiebra hecha por la autoridad competente; en ese caso, sería indispensable que los actos ejecutados por el comerciante, con fines fraudulentos, dirigidos a disminuir el acervo de bienes de la sociedad quebrada, fuesen ejecutados después que la condición objetiva de punibilidad se hubiera hecho presente, en caso diverso no sería posible observar la presencia de este delito que exige como requisito indispensable para su punición el estado de quiebra ya declarado.<sup>42</sup> Determinados autores observan en la figura un problema de índole adjetivo y no sustantivo.<sup>43</sup>

A la base del problema que nos ocupa se finca una vez más el problema del delito tentado. Ya Carrara refería que los delitos imperfectos no pueden por su naturaleza presentar el elemento del daño inmediato, sino un daño mediato inferior o ninguno, no obstante, indicaba, son políticamente punibles porque "... también de ellos surge evidentemente el daño mediato, las funciones del daño inmediato que le faltan, los cumple el peligro corrido por la sociedad o por el ciudadano atacado" (*op. cit.*, p. 234); Bettoli se refiere al peligro derivado de la lesión potencial (*op. cit.*, ed. 1945, p. 198); Carnelutti lo cifra en el peligro real corrido (*Teoría generale del reato*, Padova, 1933, p. 190); Mezger se refiere a la efectiva peligrosidad del hecho (*Tratado de derecho penal*, II, Madrid, 1935, p. 212); Manzini se ha referido a la contradicción del hecho con la voluntad del legislador (*tratado cit.*, p. 364); Kohler se ha referido a la alarma social y Palacios también ha seguido la vía del peligro objetivamente corrido (*op. cit.*, p. 46); Soler resumiendo las diversas posturas, ha expresado que deben ser distinguidas la doctrina objetiva y la doctrina subjetiva de los actos, puesto que, en tanto que para la primera la presencia de un inicio de la ejecución es indispensable, de donde la existencia objetiva de un peligro corrido, para la doctrina subjetiva, la existencia de un peligro real corrido no es indispensable pues lo que interesa es la temibilidad del agente, por lo cual se borra también la diferencia entre actos preparatorios y actos ejecutivos (*op. cit.*, pp. 223 y ss.); Vannini igualmente se refiere a la puesta en peligro del bien jurídico protegido (*op. cit.*, p. 5).

<sup>42</sup> Así Petrocelli, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; Alimena, *La Condizione di punibilità*, Milano, 1938, p. 113; Battaglini, *op. cit.*, p. 438; Vannini, *op. cit.*, pp. 162-166; contra Scarano, p. 293.

<sup>43</sup> En la Ley Italiana resulta más fácil impugnar el orden de ideas sin tener que mantenerse en la sola afirmación de que una situación representa un problema de esencia, en tanto que el otro problema es siempre de carácter formal, toda vez que existen determinados artículos en torno al problema del transcurso del término de la prescripción, en donde es posible establecer una diferencia clara respecto de una auténtica causa de procedibilidad como puede serlo a manera de ejemplo la querella.

### 9. *Tentativa en el delito circunstanciado*

Observa una corriente que no es posible la apreciación de las circunstancias en la tentativa, porque su existencia supone como presupuesto, la presencia de un delito consumado que venga a concretarse como objeto de la calificación.

Con Vannini,<sup>44</sup> se estima que siendo la circunstancia una situación del todo ajena al delito, al cual habrá de calificar favorable o desfavorablemente, conforme a las diversas condiciones particulares que pongan de manifiesto la mayor o menor peligrosidad del sujeto, la misma es susceptible de apreciación aun en los casos de delitos no consumados. Son susceptibles de valoración la presencia de circunstancias objetivas que afecten la sanción del delito tentado, refiriéndose, por tanto, a la gravedad del mismo; como igualmente pueden valorarse las circunstancias subjetivas toda vez que su presencia es independiente del grado alcanzado del *iter*. Así, a manera de ejemplo, no se observa inconveniente en considerar la presencia de circunstancias para la aplicación de la pena, tanto en el caso de un delito tentado de homicidio calificado por alguna de las circunstancias agravantes, o atenuado por haber sido cometido en riña, o bien, en el delito tentado de robo perpetrado con violencia o en lugar destinado a habitación, o bien con alguna otra circunstancia de naturaleza subjetiva (artículos 308, 315, 303, 364, 372 y 381) como haber sido cometido el tentado robo en una empresa por empleados de la misma.<sup>45</sup>

<sup>44</sup> Ver Vannini, *op. cit.*, pp. 155-159.

<sup>45</sup> Fernando Castellanos, *Lineamientos elementales de derecho penal*, Ed. Porrúa, Méx., D. F., 1967, pp. 160-163; al referirse al estudio de la tipicidad, indica que por su ordenación metodológica, los delitos pueden ser: *fundamentales* o *básicos* cuando constituyen la esencia de un tipo delictivo, *especiales* cuando se integran con los elementos de un tipo básico más otros requisitos de naturaleza fundamental que hace variar la denominación del tipo delictivo, y *complementados*, cuando se integran con el tipo básico más otras características que aun cuando hacen variar la sanción dejan invariable la denominación del tipo básico. Nosotros consideramos que en orden al tipo, los delitos esenciales constituyen unidades de tipo básico o fundamental que por la presencia de circunstancias pueden ser constitutivos de delitos especiales, cuando la naturaleza de las mismas forme parte del núcleo del tipo delictivo haciendo por tanto variar su configuración, sin embargo, toda vez que su naturaleza es de tal categoría que forma parte del núcleo del tipo, deja de constituir una simple circunstancia en sentido jurídico, para integrar un elemento del nuevo delito, ya que por circunstancia debe entenderse "lo que rodea a..." "lo que está alrededor de..." (*Circum stat*) y en el caso de los delitos especiales tales circunstancias no sólo rodean sino que se presentan como elementos. Al lado de tales casos se observa la otra categoría de tipos, los complementados, integrados con la presencia de circunstancias verdaderas cuya naturaleza no hará variar el nombre del tipo sino exclusivamente el grado de la pena. Siguiendo a Antolisei (*op. cit.*, p. 328), consideramos que las circunstancias pueden ser objetivas y subjetivas; siendo de la primera categoría los referidos a la naturaleza, especie, objeto, tiempo, lugar y cualquiera otra modalidad de la acción, la gravedad del daño o peligro ocasionado y las condiciones personales del ofendido, en tanto que son subjetivas aquellas circunstancias que reflejan la intensidad del dolo y el grado de la culpa y las condiciones o cualidades personales del sujeto agente, o sus relaciones con la víctima.

### 10. *Tentativa en los delitos de omisión simple y de comisión por omisión*

Siendo los delitos de omisión simple aquéllos configurados en manera similar a los delitos *quod unico actu perficitur*, en donde la consumación se alcanza a través de la realización de un solo acto que en el caso se presenta como acción negativa, no se observa posible la realización del delito en la forma de tentativa donde se requiere, como indicado, forzosamente de una pluralidad de actos jurídicamente relevantes que puedan integrar la fase externa del *iter* criminoso. Por su parte, deberá aceptarse como factible la configuración de la tentativa en los delitos de omisión impropia, ya que la presencia de la conducta diversa de la exigida y esperada conforma un auténtico *iter*, cuya interrupción puede válidamente originar la tentativa de delito punible.<sup>46</sup>

### 11. *Tentativa en el delito habitual*

Concibiendo la figura del denominado delito habitual<sup>47</sup> como aquella situación prevista por el legislador de varios países, cuya esencia se concreta en la punición a una serie plúrima de actos que cuando unidos conforman el delito habitual y que cuando realizados singularmente, no constituyen figura antijurídica alguna, como en el caso del maltrato por corrección familiar, no se observa cómo podría configurarse la tentativa del delito, cuando no existe en realidad una conducta jurídicamente relevante anterior a la integración de la figura tipificada como delito; en otros términos, se trata de una figura que intrínsecamente no constituye un hecho físico en sí mismo, sino que es una situación que el legislador ha considerado oportuna equiparar a tal.<sup>48</sup>

### 12. *Tentativa en el delito continuado*

Así como en torno al concepto del delito habitual se plantea en ocasiones alguna confusión; como consecuencia del instituto de la habitualidad consignada en algunos países como forma particular de peligrosidad criminal, en la figura del delito continuado su conceptuación requiere asimismo de la precisación del concepto toda vez que su conformación en los códigos, aun cuando normalmente viene delineado como caso específico del principio de la unificación legal de la pena, siendo por tanto observado más correctamente como forma particular de concurso de delitos que como figura delictiva independiente,

<sup>46</sup> Ver Petrocelli, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; Antolisei, *op. cit.*, p. 294; Von List, *op. cit.*, p. 10; Pavón Vasconcelos, rev. cit., pp. 132-133; Porte Petit, *op. cit.*, p. 355.

<sup>47</sup> No debe confundirse el denominado delito habitual con el instituto de la habitualidad consignado en algunas de las legislaciones más recientes como es el caso del Código Penal Italiano, en donde en su presencia el sujeto agente se hace acreedor a la aplicación de determinadas medidas de seguridad.

<sup>48</sup> Leone Giovanni, *Del Reato abituale, continuato e permanente*, Napoli, 1933, p. 73; Petrocelli, *op. cit.*, pp. 50 y ss.; Mancini, *Trat. VIII*, *op. cit.*, p. 833; Vannini, *op. cit.*, pp. 149 y 150; Palacios, *op. cit.*, pp. 255-256.

en algunos ordenamientos, la diversidad de criterio en el contenido de los preceptos, en la sistemática, cuando no en la poco feliz redacción, dificulta la determinación del concepto.<sup>49</sup> Por delito continuado entendemos nosotros en base a la ley mexicana, la realización de una pluralidad de conductas lesivas del mismo bien jurídico protegido, realizadas con un idéntico propósito criminoso, en contra de un mismo objeto pasivo y en momentos históricos diversos; expresa Villalobos:<sup>50</sup>

Son delitos continuados aquellos en que hay varios actos de una misma naturaleza antijurídica, que corresponden a un mismo tipo penal que afectan a un mismo bien jurídico, pero todos los cuales se han convenido en reunir en una sola unidad: bien por corresponder a un solo propósito criminoso, o mejor por la similitud en una ejecución y los ligan para formar la unidad de un delito.<sup>51</sup>

Se considera que en el caso no puede aceptarse la existencia de tentativa toda vez que antes de tener vida el delito continuado, podría acaso existir una figura de delito diversa, pero no el delito continuado que como indicado requiere forzosamente de una pluralidad de hechos con las características anotadas. En rigor, el problema del delito continuado sólo presenta interés para la doctrina y para los fines derivados del derecho comparado y pierden interés en el análisis específico de la ley penal mexicana ya que consideramos que no existen en la misma bases para afirmar su presencia.<sup>52</sup> Cuando el código en el artículo 19 se refiere al delito continuo —y tal es la designación del delito continuado en Italia— indica que en su presencia no operará la acumulación, y en seguida, en el párrafo siguiente, establece un concepto de la figura del delito continuo que coincide con el delito llamado permanente. Por

<sup>49</sup> En el Código Penal Italiano, el artículo 81, segundo párrafo, expresa: "Las disposiciones de los artículos que preceden no se aplican a quien con diversas acciones u omisiones ejecutivas de un mismo propósito criminoso comete, aun en tiempos diversos, diversas violaciones de la misma norma de incriminación, aun cuando sea de diversa gravedad."

Como se observa el concepto conforma un problema de unificación de la pena, es la misma situación que se observa en el concurso formal y en concurso ideal de delito —no así del curso aparente de normas donde se observa un problema de convergencia de normas aparentemente aplicables a un mismo caso—, y en el cual, frente a la pluralidad de hechos estimados delictivos, opera el criterio del cúmulo jurídico en la aplicación de la pena. De esta manera, por unificación legal de la pena se entiende un criterio que implica una unificación para los efectos de la aplicación de la sanción, el cual desde el ángulo adjetivo origina la acumulación y consiguiente simplificación del procedimiento y, desde el punto de vista substancial, autoriza al tratamiento penal único frente a cada individuo, aun cuando sea una pluralidad de hechos constitutivos de delitos diversos o iguales, o bien una pluralidad de delitos ocasionados por un solo hecho.

<sup>50</sup> Villalobos Ignacio, *Derecho penal mexicano*, Ed. Porrúa, México, D. F., 1960, p. 242.

<sup>51</sup> La identidad del sujeto pasivo no siempre es elemento esencial de la figura, como se deriva del texto del artículo 81, de la Ley italiana, transcrita en el número 49, *infra* y en donde puede observarse que la figura de marras existe aun en el confronte de sujetos pasivos diversos.

<sup>52</sup> Ver Villalobos, *op. cit.*, pp. 242-243; Palacios, *op. cit.*, p. 242.

su parte los artículos 18 y 58, respectivamente, fijan las bases para la aplicación del cúmulo penal para el concurso real e ideal.

Estas observaciones adquieren relieve si se recuerda que el Código Mexicano anterior de 1929, sí hizo la inclusión del caso en estudio.

### 13. *Tentativa en la convergencia de delitos*

Como en el caso precedente, toda vez que el problema del concurso del delito no puede ser analizado sino hasta el momento en que el mismo se actualiza, en cuyo caso el concurso habrá de estudiarse precisamente en función de las conductas ilícitas realizadas, o bien, de la conducta simple productora de la pluralidad de resultados típicos penales, no es posible hablar de tentativa de concurso aun cuando, desde luego, es no sólo factible sino frecuente de la presencia de alguna tentativa en el seno de un caso de convergencia de delitos sea real o ideal.

Adquiere relieve en el presente tema, como problema anexo relacionado, el caso del error impropio, ubicado, según informa una corriente doctrinaria, no en el proceso de formación de la voluntad, sino en el proceso de ejecución de la misma. Se observan en las especies dos casos: la *aberratio delicta*, que se presenta como verdadero caso de concurso de delitos, integrado por un delito y a título de culpa correspondiente al resultado no querido pero producido y un delito intentado doloso respecto del resultado querido más no producido; y la *aberratio ictus*, calificada normalmente a título del delito producido ya que no habiendo variado el título del delito intentado y habiendo recaído el error exclusivamente en el golpe a persona determinada, el resultado originalmente intentado se mantiene sólo que en persona diversa.<sup>53</sup> Como se observa, en ambos casos de error impropio, operan siempre casos concretos de verdadero concurso ideal, los cuales, no obstante, guardan siempre particular tratamiento por encontrar su base en el error: integrados con la presencia de un delito consumado a título de culpa y un delito tentado a título de dolo, configurados con la realización de una sola acción en sentido estricto, vienen sujetos a sanción penal en forma diversa conforme a las disposiciones italianas.

La Ley Mexicana establece las bases en tema, con técnica deficiente, en lo dispuesto en el artículo 9º fracción V que deja obscura la orientación del legislador sobre el problema: no se aclara si en los casos de marras deberá aplicarse la sanción por el delito perpetrado o si deberán seguirse las reglas del concurso ideal del artículo 58.

Entendiendo por delito complejo el integrado por dos o más situaciones cada una de las cuales, o al menos una de ellas, la principal, constitutiva a su vez de un delito,<sup>54</sup> es de aceptarse la configuración del delito en forma tenta-

<sup>53</sup> Contra Carrancá y Trujillo, *op. cit.*, ed. de 1955, pp. 242-243. La concepción enunciada en torno al error no coincide con la ilustre penalista.

<sup>54</sup> La concepción del delito complejo, enunciada por Villalobos, es contraria a la aquí consignada, en tanto, que el autor, se refiere al número de actos revisados fijando como delito complejo un género de delitos caracterizado por la realización de éstos en dos o en

da, siempre que la intención del agente sea precisamente la comisión intrínseca del delito complejo. De esta manera, el delito de robo con violencia se encuentra configurado por el propio delito de robo y por aquel otro de violencia privada. La unión de dos figuras que autónomamente integran delitos diversos, no eliminan la posible presencia del fenómeno de la tentativa, porque la pluralidad de actos para la constitución del fin ilícito no viene eliminada ante la complejidad del tipo delictivo.<sup>55</sup>

más actos, como contraposición al concepto de delitos simples (*op. cit.*, p. 240). Se refiere, no obstante, el propio autor al “delito compuesto”, cuyo concepto coincide con la idea del delito enunciado.

<sup>55</sup> Contra Ramón Palacios, p. 248, que no acepta la figura.