

CAPÍTULO DÉCIMO CUARTO

LOS LÍMITES A LA TENTATIVA PUNIBLE

— I —

El tipo penal de la tentativa y el delito en grado de tentativa

La punición de la tentativa no sería admisible si la conducta y si las condiciones con las que aquella se conforma no las previese la ley penal. Ya que sólo así se puede cumplir con la garantía de estricta legalidad en los delitos del artículo 14 C.

Los delitos que se recogen en la Parte Especial de los códigos penales y en otras leyes son figuras típicas de delitos «consumados», sin que ellas contengan la descripción de la conducta de tentativa, ni las condiciones que ella debe asumir para que sea punible aún sin integrar todas las que las primeras exigen. La figura de la tentativa se prevé en la Parte General de los códigos penales, al igual que las normas que regulan la autoría y la participación. Por ese método se evita tener que reproducir junto a la figura típica de cada delito consumado —y que pueda admitir a la tentativa— la correspondiente figura típica de su delito en grado de tentativa. *Pero a diferencia de las normas de la autoría y la participación, la de tentativa no "amplifica" las figuras típicas del delito consumado, simplemente porque una y otras no pueden coexistir, ya que las figuras típicas de los delitos consumados suponen siempre tal consumación, mientras que la de tentativa requiere como elemento propio precisamente el signo contrario, esto es, la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente.* La tentativa punible tiene así su propia configuración típica, la cual por referirse siempre a la voluntad de consumir un delito cuyo bien jurídico se pone en peligro, pero que no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, conlleva a que tal figura típica deba conectarse con la del delito que se quería consumir para integrar la del delito en grado de tentativa que corresponda.

De todo ello se sigue que la tentativa siempre implica un momento anterior al del delito consumado al cual se dirige. Y que cuando una conducta se ensambla al dispositivo típico que sanciona dicho momento anterior al de la consumación del delito propuesto —que se deja de dar por causas ajenas a la voluntad del agente— es que puede aparecer la tentativa como un delito en sí. Con todos los elementos consubstanciales a éste, según la dogmática del Derecho del cual dichos elementos manen.

Por ello —aunque por facilidad de lenguaje nos refiramos a la «tentativa»— en el universo fáctico jurídico es impropio hablar de tentativa "a secas". Como igual es inadecuado decir que se intentó un delito. Ya que no se trata de que se intente nada, ni tampoco se trata de un delito tentado. Ya que si sólo se intentara un delito que no se da: ¿porqué pues habría de punirse la conducta si no hubo delito? Lo que se intenta es consumir un delito. Pero la acción que constituye ese intento configura por sí y más bien un "delito en grado de tentativa". Cuya específica estructura típica surge de la vinculación de dos normas **1)** La que prevé el tipo penal de un delito consumado en particular. Y, **2)** La del dispositivo típico que consagra a la tentativa como hipótesis típica con su acción propia que capta momentos anteriores a aquél en que cristaliza la consumación de la particular figura delictiva. Pero precisamente por ello es equívoca y puede ser falsa la afirmación de que la tentativa sea un dispositivo típico que «amplifique» las figuras típicas de los delitos en particular, tal como lo sostuvo con

elocuencia Jiménez Huerta en nuestro país, siguiendo en tal aspecto la tesis de Beling.⁷⁸⁰ La tesis es correcta en la medida que la tentativa no se puede entender y concretar si no se le vincula con la figura típica del delito que el sujeto quería consumir. Pero es falsa en cuanto que por este motivo aquella debiere estimarse una figura complementaria o una hijuela del delito principal, mismo al cual amplificaría. Porque tal idea conduce a sostener que la tentativa sea parte del delito consumado. Y ninguna de estas dos últimas conclusiones es apropiada. Pues aunque es innegable que los actos u omisiones que constituyen a la tentativa como conducta típica se vinculan íntimamente a los de la estructura típica del delito consumado, pues sólo así se puede producir un marco jurídico de concreción del injusto que salvaguarde la garantía de legalidad estricta en los delitos. También es indudable que la norma de la tentativa supone la inconsumación del delito, la cual colisiona con las exigencias de las figuras típicas de los delitos consumados. La tentativa tiene así sus propios elementos típicos configurantes que prevé la misma ley. Dada la tipicidad de la tentativa y, además, la antijuridicidad del hecho y la culpabilidad de la conducta, surge la tentativa como un delito. Por lo tanto, el delito en grado de tentativa no es una simple fase de ejecución del delito consumado. Sino que aquél es un delito en sí mismo, diverso al delito consumado y no ampliatorio de él.

Todo ello tiene su razón de ser en la garantía de estricta legalidad que —como límite al poder punitivo del Estado— debe gobernar la construcción legal previa de las conductas por las que se pretenda sancionar con penas. Además, también tiene su importancia práctica. Porque ayuda a evitar las confusiones frecuentes que parten de la idea errónea de que la tentativa es segmento del delito consumado y, por lo tanto, accesorio a él, lo cual de por sí es un contrasentido no sólo porque en ambos tipos (o supuestos legales) uno de sus elementos se opone al del otro; sino porque en última instancia: ¿qué acaso no sería a la inversa, donde el delito consumado sería accesorio de la tentativa, en cuanto todo delito consumado presupone el inicio de su ejecución? Sin embargo, aunque tal aspecto —inicio de ejecución— podría —aunque no siempre— ser común a la tentativa y al delito consumado, nunca lo será así un restante componente esencial: pues en tanto las figuras típicas de los delitos consumados requieren precisamente de la consumación para que se tipifiquen, la de tentativa exige el dato opuesto, esto es, la inconsumación del delito propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente. En tal sentido, una cosa es derivar que la tentativa sea accesorio a las figuras típicas de los delitos consumados en virtud de la necesaria interconexión de la tentativa a la figura típica de los delitos consumados a efecto de completar en aquella el marco de concreción del injusto en cada caso; y otra muy distinta es pensar que por ello la tentativa sería parte de estos últimos, desacierto que por lo demás genera equívocos lamentables. Así, con base en los delitos consumados que se consideraban como graves en los códigos procesales, se pretendió decidir la improcedencia de la libertad caucional respecto a los delitos en grado de tentativa de aquellos delitos. Para tal efecto se adujo que los códigos sólo citaban los nombres de los delitos graves y los artículos que los prevenían — ¡como consumados!— y que si la ley no distinguía (sic), aquellos también implicaban a los delitos en grado de tentativa. El error y las consecuencias a las que él condujo son evidentes. A grado tal, que fue hasta después de ese criterio arbitrario que se reformó el CFPP para dar cabida a los delitos en grado de tentativa que se debían estimar graves. Haciéndolo a través de la

⁷⁸⁰ Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., Tomo I, p. 337.

formula general expresa en el sentido antes dicho. Con lo que se incurrió en la diversa falla de adoptar una política criminal incoherente con los motivos de un Derecho Penal de intervención mínima, mismos que dieron origen a la reforma constitucional de 1993 de la fracción I del artículo 20 C. para limitar el empleo de la prisión preventiva sólo respecto a los delitos que la ley clasificara como graves.⁷⁸¹

— II —

Los elementos típicos de la tentativa punible

La ley contempla —o de ella se pueden deducir— tres condiciones para la integración típica del delito en grado de tentativa. Dos positivas y una negativa.

La primera. Que se exteriorice la resolución de cometer un delito por un comienzo de ejecución a través de actos que sean unívocos en su conjunto de aquella resolución. (Artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC.) Como se verá, la univocidad de los actos sirve para deslindar la conducta ejecutiva de los medios preparatorios.

La segunda. Que se dé el específico peligro de dañar al bien jurídico tutelado y, por lo tanto, que los actos sean «idóneos» para ello. Así se desprende a través de la expresión "*actos «idóneos»*" del artículo 38 del CPC y mediante el principio de daño o peligro del bien jurídico como elemento permanente del tipo penal, tan en el CPF y el CPDF (el artículo 4º del CPDF lo consagra de manera expresa), como en el CPC (los artículos 16-V y 41 que también lo señalan de igual modo.) Y,

La tercera. Que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente. (Artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC.)

La tentativa punible es pues necesariamente dolosa y requiere de indudables actos ejecutivos que sean típicamente adecuados para la consumación del delito propuesto, la cual no se da por causas ajenas a la voluntad del agente. Pues es claro que no se sanciona sólo el querer consumir un delito determinado. Sino a los actos u omisiones que con ese fin inicien la ejecución de un delito en particular. De tal suerte que por esta vía, además, se ponga en peligro el bien jurídico tutelado por la norma en el tipo penal del delito que se trate de consumir. Por ejemplo: el núcleo de la figura típica del delito de violación no consiste simplemente en copular, sino en hacerlo por medio de la violencia física o moral. Es decir, la ejecución que la figura describe y sanciona se inicia cuando se violenta o amenaza a la víctima con el propósito de yacer de inmediato contra su voluntad. Lo que objetivamente se debe evidenciar por acciones del activo en su propio cuerpo y en el de la ofendida que indiquen en aquel sentido, de tal modo que se actualice la "univocidad" y la "idoneidad" de la acción que concreta al tipo penal del delito en grado de tentativa. En síntesis, de acuerdo con los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, para afirmar que un hecho se ajusta al tipo penal de un delito en grado de tentativa, será necesario que se exteriorice la resolución delictiva por un comienzo unívoco e idóneo de ejecución, pero sin que se consume el delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Ello implica, que todas las posibilidades de la tentativa punible no se agotarán con los dos baremos siguientes: 1) Que el sujeto activo incurra dentro del verbo o núcleo del tipo que pretende consumir. Es decir, que se pueden considerar en forma objetiva como actos de "ejecución": los que sin consumir al tipo ingresen a su "núcleo" por verificarse algunos de los medios comisivos o circunstancias de ejecución que el mismo tipo penal establece para la realización de la conducta y los que no deben dejar duda de la resolución criminal del agente

⁷⁸¹ Ver al respecto el CAPÍTULO TERCERO, núms. III y IV.

con relación al delito propuesto. O bien, 2) Los actos que supongan el inicio de la acción u omisión del figura típica penal del delito al que se dirigen, pero sin que "completan" la conducta específica; o agotándola no produzcan el resultado. Y lo anterior es como se indica, porque el inicio de ejecución no siempre se caracterizará según aquellos índices, esto es, porque se inicie la conducta que describe la figura típica del delito consumado o en su caso se le complete pero sin que se dé el resultado por causa ajena a la voluntad del agente. Porque si bien es indiscutible que en el primer caso ya hay inicio de ejecución y que en todos los casos citados habrá tentativa punible si el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, lo cierto es que también es posible que el inicio de ejecución se dé en virtud de otros actos anteriores al inicio del "verbo" de la figura típica del delito consumado y que ya sean por sí mismos unívocos, en cuanto que por ellos mismos revelen la resolución de cometer el delito propuesto; siempre y cuando, además, aquellos lleguen a ser idóneos, en cuanto a su capacidad —en un juicio *ex-ante*— de lesionar el bien y, en su caso, producir el resultado, según el plan del autor. Toca entonces aclarar más ¿en qué consiste ese proceso ejecutivo?

— III —

La univocidad, el dolo y la idoneidad de la conducta como elementos del proceso ejecutivo en la tentativa punible

Los actos de ejecución que constituyan la acción de la tentativa deben evidenciar en sí y por sí el propósito delictivo del agente de consumar un delito. Lo cual no sucede en el mismo ejemplo de la violación si los actos que realiza un sujeto activo consisten en tocamientos en el cuerpo de la ofendida sin su voluntad. Y sin que antes de que se le interrumpa en tal realización, el sujeto no utilice la violencia física o moral ni realice maniobras que por sí mismas evidencien su propósito de copular por aquél medio. Es claro entonces que los actos de que se trata serían atípicos del delito de violación en grado de tentativa. Y sin que, además, se pueda afirmar que se surtió el elemento subjetivo, cual es el propósito del agente de llegar a la cópula por medio de la violencia. Pues la misma dinámica de los hechos plantea en sana crítica la seria posibilidad de que fuera otra la voluntad del agente. Por ello:

El inicio de ejecución o la ejecución misma de los actos que actualicen el tipo penal de delito en grado de tentativa se caracteriza así por el carácter «unívoco» e «idóneo» de la acción u omisión con relación a la consumación del delito propuesto. Aquella acción será «unívoca», cuando el comportamiento del agente revele por sí la resolución de cometer el delito propuesto. Y la acción u omisión serán «idóneas», cuando en un juicio *ex-ante* el comportamiento ponga en peligro concreto al bien jurídico según el plan concreto del autor. Esto es, la que conforme al plan del autor y en juicio *ex-ante* se traduzca en una conducta apta o adecuada (idoneidad) para dañar el bien jurídico en el caso concreto y, en su caso, producir el resultado que se contempla en el tipo penal delictivo que se quiere consumar.

Así, en los delitos de resultado, el límite mínimo de la tipicidad de la tentativa se da con el inicio de ejecución que se revele a través de actos unívocos e idóneos que se pueden dar inmediatamente antes de iniciar la conducta de la figura típica que no se consuma o con aquellos que iniciándola no la completan. Y el límite máximo es el último acto idóneo con el que el agente termina la acción ejecutiva y que debió causar el resultado que no se produce. Es decir, sin que aquel se origine o no se dé la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Mas de ello también se deriva que los actos típicos de tentativa no pueden caracterizarse en razón de que fueren inmediatos anteriores a la conducta descrita en la figura típica, no solo

porque también podrían constituir tentativa aquellos que inicien el verbo de la figura típica, sino porque la esencia de los actos de tentativa radica en su univocidad e idoneidad y no sólo en su a veces inmediatez anterior a la acción de la figura típica del delito consumado.

Con esos criterios se hace la distinción entre tentativa «inacabada» y tentativa «acabada»; ambas punibles. La primera, que inicia la ejecución de la conducta, pero que no la completa. La segunda, donde la conducta ejecutiva se completa pero sin que ella produzca el resultado. De lo cual se sigue que la tentativa acabada sólo es posible en los delitos de resultado.

Conceptualmente es viable que un delito de simple conducta admita la tentativa. Mas ello dependerá de la fraccionabilidad de la conducta que —en el caso concreto— satisfaga, además, los requisitos típicos de la misma tentativa punible. Pero en tales eventos sólo es dable la tentativa inacabada. Pues completar la acción que suponga el delito de mera conducta ya implica consumarlo. Lo que sí es imposible, es que quepa la tentativa punible con relación a un delito de conducta de omisión simple y en aquellos de simple conducta activa cuya acción no pueda materializarse sin implicar ya la consumación de la figura típica, como sucede con relación a esos últimos respecto a los tipos penales de “proposición para cometer traición, espionaje, rebelión y sedición” de los artículos 123-IX, 135-I y 141 del CPF. La naturaleza de esa clase de conductas impide que se les pueda fraccionar. Y, por lo tanto, no puede iniciarse su ejecución sin que esta no implique en sí la consumación misma del delito. Sin embargo, aunque respecto al nuevo CPC es claramente válida la consideración de que la tentativa es factible en un delito de simple conducta, pues la redacción del artículo 38 de ese código permite con facilidad tal interpretación, al decir que: (...) *la figura típica en grado de tentativa se integra cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, por realizar en parte una conducta unívoca e idónea para consumarlo; o por ejecutar totalmente la que debiera producir el resultado; sí aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.* Los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF parecen regular un supuesto diferente en cuanto disponen que: (...) *Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberfan producir el «resultado», u omitiendo los que deberfan «evitarlo».* La situación parece así distinta en el CPF y el nuevo CPDF respecto a la que prevé el CPC. Ya que pareciera que los respectivos artículos 12 y 20 de esos códigos sólo admiten la tentativa punible en los delitos de resultado y no así en los de simple conducta. Y ello es así, pues aunque las figuras típicas sobre la tentativa tan del CPC como las del CPF y el CPDF se refieren a un “resultado”. Y, asimismo, los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF se refieran a *exteriorizar en “parte” o “totalmente” los actos ejecutivos...* Sin embargo, las figuras típicas de la tentativa punible del CPF y el CPDF condicionan los actos de la tentativa inacabada y la acabada a dicho “resultado”. En tanto que en el CPC sólo se condiciona el “resultado” a la tentativa acabada, mas no así a la inacabada; respecto de la cual nada más se hace referencia a la interrupción de la conducta misma con relación a un delito consumado. Lo cual es distinto a un delito de resultado. Ahora bien, se podría decir que los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF aluden a “resultado” como equivalente a daño del bien jurídico. Aunque es el caso que el vocablo “resultado” es conceptualmente diferente al de “daño”. En tanto que el “resultado” alude —en el contexto del tipo penal— a la consecuencia material o externa que la misma figura típica prevé o implica de manera necesaria. Mientras que el “daño” referido al tipo es el menoscabo de un bien jurídico (el “peligro” de daño es el riesgo de que ese bien se menoscabe en el caso concreto.) (Diferente al “daño” como menoscabo de la esencia o utilidad de una

cosa, mismo que sólo aparejaría a un "resultado" bastante reducido en sus alcances para los efectos de los delitos en grado de tentativa). Con todo, lo único que podría razonarse válidamente es que la ley, al aludir a "resultado" en la tentativa se refiere al daño jurídico. Esto es, al menoscabo al bien jurídico que el tipo penal protege. Mismo que no se da en tanto que, por causas ajenas a la voluntad del agente, la acción ejecutiva solo origina el riesgo —peligro— de tal menoscabo. Y es que hay delitos de simple conducta que sin embargo son de resultado jurídico en el sentido antes dicho. Como lo es el robo. Y por lo tanto, de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF se diría que en aquel cabría la tentativa por virtud del peligro que ella implica de dañar el patrimonio ajeno. Claro que se puede argüir válidamente que una interpretación literal en el sentido antes dicho de "resultado material o externo" sería absurda de la norma que se interpreta. Pero ello sólo muestra la impropia redacción de los preceptos, sino es que la interpretación no se aparta del sentido correcto de la norma que se explica.

Igualmente cabe señalar que es un contrasentido aparente que la tentativa pueda ser admisible en los delitos de "peligro". Es decir, en los que la figura típica del delito consumado involucre sólo un «peligro» de daño al bien jurídico. Pues si la tentativa misma es un delito de peligro y no de daño, en cuanto que aquella sólo admite el peligro concreto de dañar al bien jurídico que prevé la figura del delito consumado: ¿Cómo sería posible entonces concebir el peligro de un peligro sin caer en contradicción esencial? Sin embargo, ello aparejaría confundir a la realización del peligro con la consumación. Lo cual sería un error. Porque la consumación en esos delitos no solo depende de que se dé el peligro para el bien jurídico, sino de que se agoten, además, todos los actos u omisiones y demás condiciones que configuren la conducta típica del delito. Por lo tanto, es factible que un delito sea a la vez de simple conducta y de mero peligro. Y que en tal contexto la conducta sea fraccionable y, permita, así, un inicio de ejecución que origine el peligro que la misma figura típica exige y en el cual no se lleven a cabo todos los demás actos que debieren completar la conducta que integre al tipo consumado. Pues se debe recordar que la conducta puede naturalísticamente integrarse por un sólo acto o por una pluralidad de ellos o de comportamientos activo-omisivos que en su unidad de sentido constituyen la "acción" u "omisión" y que será la conjunción de aquellos los que han de estimarse unívocos e idóneos a efecto de integrar la tentativa punible.

La "univocidad" y la "idoneidad" de la conducta que despliega el autor son pues elementos necesarios del tipo penal del delito en grado de tentativa. Esos elementos se mencionan de manera expresa en el CPC. Por "univocidad" en el contexto de la acción ejecutiva del delito en grado de tentativa se debe entender aquella acción en sí —que por el modo en que se realiza— revela la resolución del agente de cometer el delito. Por lo tanto, la que por sí misma y sin lugar a ambigüedad evidencie que el agente resolvió cometer el delito. Mas para determinar la "univocidad" de la conducta no se deben examinar los distintos actos aisladamente, ya que la conducta se puede integrar por un sólo acto o por una pluralidad de ellos o de comportamientos activo-omisivos que en su unidad de sentido constituyen la acción que por aquellas características de univocidad deban ya estimarse de ejecución del delito.

En los mismos artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, a la "conducta" no se le constribe a un "acto". Sino que el primer y segundo numerales aluden a "los actos ejecutivos...", y el tercero, a un "... comienzo de ejecución o a todos los actos u omisiones...". De esta manera, se debe atender al «desarrollo» de la "conducta". De tal guisa que en su íntegro contexto permita una sola conclusión: la resolución de cometer un delito determinado. Tal criterio ya permite un deslinde de los "actos ejecutivos" o del "comienzo de ejecución" —con el que se caracteriza la conducta de la tentativa punible en los artículos 12 del CPF y 20 del CPDF— de

los actos meramente preparatorios, porque en la medida que un acto o una serie de ellos no permitan asumir que en sí revelan el fin de consumar el delito propuesto, aquellos actos podrán estimarse preparatorios pero no constitutivos de la conducta que pune el tipo penal de tentativa. Criterio éste que sostienen las siguientes tesis de la SCJN:

TENTATIVA INEXISTENTE (JURISPRUDENCIA). La tentativa punible es un grado de ejecución directa inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado, y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa.⁷⁸²

TENTATIVA. Los actos que integra la tentativa son necesariamente ejecutivos, aún cuando no consumativos, pues precisamente la ausencia de consumación y el principio de ejecución es lo que caracteriza este grado de comisión de los delitos, y mientras el acusado no pase del acto preparatorio que es objetivamente inequívoco, no puede hablarse de que se esté en presencia de una tentativa.⁷⁸³

Por otra parte, la "unívocidad" de una acción muestra su contenido de voluntad final. En tanto que es la resolución de cometer un delito la que se exterioriza por un comienzo unívoco de ejecución. Y este comienzo será "unívoco" sólo cuando en su integridad revele en sí el dolo del agente. Sin embargo, se debe precisar que en nuestro Derecho se incrusta en forma expresa el dolo del delito que se pretende consumar dentro del dispositivo típico amplificador de la tentativa: "*La resolución de cometer un delito se exteriorice...*". El que forma de ese modo expreso parte necesaria de los elementos del tipo penal del delito en grado de tentativa. Ese dolo se podrá probar por los diversos medios de convicción que se aporten en autos. Más lo anterior no implica que en virtud de la prueba del dolo, necesariamente los actos realizados fueron de naturaleza "unívoca". Pues tal atributo se refiere tan a los actos como a la voluntad. Y, por ende, su valoración ha de ser objetiva y subjetiva. En este último aspecto, la «unívocidad» de los actos debe revelar la exteriorización voluntaria de los mismos «para» consumar el delito propuesto. En el primero, los actos demostrados, en su contexto de acción en sí y por sí deben evidenciar dicha voluntad de contenido típico. Para así ser considerados como "unívocos".

Por ello no se debe confundir a la "unívocidad" con la confesión de la intención del agente. Esto es válido en cuanto que aquella no siempre se puede reducir al contenido de la segunda. En tanto que la intención delictiva si bien se puede probar con la confesión del inculpado; esto no siempre supone que los actos que llegue a confesar el sujeto hayan sido "unívocos". Esto es así, pues la "unívocidad" se refiere tan a la intención del sujeto, como a los actos mismos; los que por sí la deben revelar. Sin embargo, también es cierto que si se acredita la «unívocidad» objetiva de los actos ya sea por la misma confesión o bien por diversos medios de prueba ajenos a la confesión, aun sin ella esos mismos medios de convicción serán suficientes para probar la «unívocidad» subjetiva de la conducta. Y no por la confesión del inculpado, la que incluso puede faltar. Sino porque con esos medios de prueba se acredite en sana crítica que el activo realizó actos "unívocos". En este caso, los que de por sí y en sí revelen la voluntad de aquél de cometer un delito determinado.

Así pues, se reitera, que se debe evitar involucrar —como llegó a hacerlo Carrara— a la «unívocidad» de los actos con la prueba de la «intención» del agente. Reduciendo la primera a la segunda. Pues equivaldría a confundir los planos sustantivo y procesal en que se debe analizar el elemento subjetivo del delito en grado de tentativa. En efecto, el dolo es elemento esencial y necesario del tipo penal del delito en grado de tentativa. Como tal, coincide en lo sustancial con el dolo del delito que se pretende consumar. La «unívocidad», por su

⁷⁸² Apéndice al S.J.F., Segunda Parte, Primera Sala, p. 672, 1978.

⁷⁸³ SCJN, Primera Sala, Boletín de 1981, p. 594; A.D. 3541/1981, Román Navarro Gaeta; resultado 4 de septiembre de 1981; resuelto por unanimidad de 4 votos; ausente: Sr. Ministro Rivera Silva; Ponente: Ministro Mercado Alarcón, Sr. Lic. Javier Alba Muñoz.

parte, se refiere a los actos u omisiones que en su conjunto deben evidenciar por sí y en sí la voluntad de cometer el delito de que se trate, pero los cuales también se constituyen en un elemento material esencial para la configuración del tipo penal de la tentativa. Así, la «univocidad» de los actos resulta útil para inferir el dolo. Pero si el agente confiesa la intención que tenía, pero no relata en qué consistieron sus actos o los actos que narra, por sí mismos son equívocos y no revelan el delito propuesto, dicha confesión —si acaso fuese correcto considerarla así procesalmente de acuerdo con el concepto legal de ella— será insuficiente para evidenciar la «univocidad» de la conducta o bien los que aquella indica serán precisamente “equivocos”. Univocidad de los actos que se debe demostrar como elemento típico del periplo ejecutivo propio de la tentativa punible. Mismo que prevé en forma expresa el CPC; pero que también se puede deducir para el CPF y el CPDF, cuenta habida que los respectivos artículos 12 y 20 de esos códigos exigen que *“la resolución de cometer un delito se exteriorice realizando en parte o totalmente actos ejecutivos”*. Lo cual equivale a que los actos ejecutivos sean los que deban revelar por sí la resolución del agente; misma que se debe exteriorizar a través de ellos.

Cabe hacer una precisión con relación a esos actos ejecutivos cuando se trate del “autor mediato”. Porque en la autoría mediata es concebible que la conducta específica de la figura típica, al menos en su forma externa, se realice conforme a Derecho o por una persona sujeta a error de tipo, inimputable, inculpable o ajena a la aplicación del poder penal. El sujeto activo que realiza la conducta de la figura típica pone la condición principal para realizar el delito. Pero lo hace sin dolo, sin imputabilidad, conforme a Derecho o sin culpabilidad, o sin ser sujeto al que le sean aplicables las normas del Derecho Penal. Quien lo utilizó para que realizara la conducta al menos objetivamente típica como sujeto activo, también puso una “condición”. Pero lo hizo “dolosamente” y contra Derecho. Y será el único que puede ser penalmente responsable, a título de autor mediato.

En tal línea de pensamiento, los actos ejecutivos que realice el sujeto activo no-autor dominado por otro, en muchos casos sólo pueden tener una mera exteriorización material no dolosa, como sucede cuando actúa sin dolo. Dolo que sí tiene el mediato autor. Aún así, *es indudable que se debe dar la «univocidad» objetiva de la acción u omisión por parte del sujeto activo-no autor, dominadas por el autor mediato*. No será suficiente que el autor mediato inicie actos dirigidos a dominar los de otro con el fin de cometer el delito ya que faltaría la referencia de actos ejecutivos en el seno de la figura típica, que al menos en su aspecto objetivo supongan un inicio de ejecución de la conducta descrita en tal figura típica. En tal caso, el elemento subjetivo del dolo sólo existe en ese autor mediato. En tanto que el sujeto «de adelante» podrá actuar sin dolo, pero ese obrar, para que sea ejecutivo debe en su aspecto objetivo ser de tal suerte «unívoco», que revele en sí y por sí la voluntad dolosa del mediato autor con relación al delito que éste se propuso.

También es claro que el dolo del agente es el mismo que el del delito que se pretende consumar. La doctrina y la jurisprudencia es casi unánime en aceptar que la tentativa implica la existencia plena y completa del elemento subjetivo propio del delito consumado. No hay “dolo de tentativa”; como tampoco cabe la “tentativa *culposa*”: Ya que la tentativa requiere que se emprenda la acción «con el fin o el objeto de consumar un delito», cual es el del tipo penal hacia el cual se dirige la acción ejecutiva. Como excepción notable a la corriente que niega la existencia de un “dolo de tentativa”, encontramos la opinión de Binding quien para demostrar que tal dolo es posible apeló a la hipótesis del autor que emprende la tentativa a *prueba*, para establecer la posibilidad de proseguir el delito hasta su consumación. (...) Como la prosecución de los actos hasta la consumación del delito —arguyó Binding— aparecería tan solo como un proyecto futuro. Puede darse, por ende, un puro “dolo de tentativa”. Así, Binding enunció el ejemplo de quien, queriendo causar la

muerte de otra persona mediante un envenenamiento crónico en varias dosis, encarga a un sirviente de la víctima, puesto al corriente del plan, que dé a su patrono, con el que va a emprender un viaje, una o dos veces una pequeña dosis de veneno.⁷⁸⁴ Petrocelli refutó el ejemplo de Binding como un caso de "dolo de tentativa". Pues observó que no es posible escapar a estas alternativas: (...) o se quiere propinar la pequeña dosis de veneno con el fin de producir solamente una perturbación que fuese índice suficiente (para la proyectada, pero todavía futura, acción homicida) de la potencia del veneno; y entonces aquí no existe sino un dolo de lesiones que, como tal, no se presta a entrar en comparación con el dolo de homicidio consumado. O, mas allá del fin, por así decir, experimental, se quiere dar encargo al sirviente, conocedor del fin definitivo, de que dé una o dos de las muchas dosis de veneno dirigidas al fin homicida, que luego no se alcanza, y en tal caso existe precisamente aquel dolo del homicidio en grado de tentativa, que es idéntico al dolo del homicidio consumado.⁷⁸⁵

De lege data la cuestión no presenta duda alguna. Los hechos se deben "encaminar a la realización de un delito", según el artículo 12 del CPF y conforme al 20 del CPDF la voluntad debe estar en función de "la consumación" del delito. Y la conducta ejecutiva debe ser la exteriorización de la "resolución de cometer un delito", conforme al artículo 32 del CPC. Lo cual revela que el comportamiento del agente es consecuencia de su voluntad dirigida a la «consumación» del delito que no se llega a producir precisamente por causas ajenas a esa voluntad. El querer tan solo «intentar» un delito, pero no consumarlo, es una conducta atípica y, por tanto, impune. De aquí que se niegue tal dolo para el agente provocador en los casos en que induce a otro a cometer un delito con el solo propósito de hacerlo caer en manos de la autoridad antes de que se consume el hecho y con la seguridad de lograrlo; pues independientemente del antijurídico obrar del inductor, en éste falta el dolo de consumación, indispensable para que se configure el delito en grado de tentativa.

Del corolario de identidad entre el elemento subjetivo —dolo— en el delito en grado de tentativa y en el del consumado, se deriva que para el delito en grado de tentativa son admisibles las mismas clases de dolo que para el delito consumado. Por ende, la tentativa admite no solo el dolo directo sino también el dolo eventual. Así, si el agente tiene ya la resolución de robar algo y se reserva para más tarde la elección del objeto en particular, los actos ejecutivos que inicia en tal sentido se deberán considerar ya como verdadera tentativa. Diferente es el supuesto de la llamada "resolución condicional" de realizar actos de ejecución, en donde el autor se reserva la decisión de iniciar la acción ejecutiva. Porque en tales hipótesis no se da todavía el dolo eventual y tampoco existen actos ejecutivos. Vg., el agente entra al banco sin aún decidirse a robar y solo para ver sus condiciones de seguridad y así persuadirse a sí mismo de la conveniencia de efectuar el latrocinio en un futuro.

Finalmente, como ya lo indiqué, es imposible la configuración de la tentativa en los delitos culposos, pues estos se caracterizan por la ausencia de voluntad de contenido típico —salvo circunstancias de excepción (error en el golpe o el resultado respecto al delito que queda en grado de tentativa) que no pertenecen propiamente al tipo penal culposo— la cual es imprescindible en la tentativa de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 36 del CPC.

Pero será aún insuficiente el dolo y la «univocidad» de la conducta para que al comportamiento se le estime de naturaleza ejecutiva. Es decir, la «univocidad» no es ejecución, sino uno de los elementos del proceso de

⁷⁸⁴ Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, reimpresión 1978, Editorial Ariel, Barcelona-Caracas-México, 1978, T. II, p. 125.

⁷⁸⁵ Cfr. Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T II, p. 128.

ejecución. Si nos detuviéramos en el puro concepto de la «unívocidad» objetiva y subjetiva, caeríamos en el error de pretender punir por el propósito de delinquir a través de actos unívocos, sin que la exteriorización de actos ponga en peligro al bien penalmente tutelado del delito que se quería consumar.

De aquí que sea preciso tener presente que en nuestro Derecho Penal el principio de ejecución se constituye tan por la «unívocidad» como por la «idoneidad» de la conducta. Por ende, si falta cualquiera de estas condiciones no se puede hablar de proceso ejecutivo como verdadero elemento objetivo de la tentativa. La «idoneidad» de la acción ejecutiva en el delito en grado de tentativa implica la objetiva y concreta probabilidad que tiene aquella de lesionar el bien jurídico protegido según el plan del autor. Es decir, será necesario atender a la aptitud concreta que tuvo la conducta para crear el específico estado de peligro para el bien tutelado por el tipo penal del delito hacia el cual se dirigía.

Tratándose del delito en grado de tentativa, la acción u omisión serán «idóneas» cuando en un juicio ex-ante y conforme al plan del autor generen el riesgo de lesión al bien jurídico. O dicho de otro modo, cuando en un juicio ex-ante ajustado a los conocimientos del autor, el curso de la acción implique en el caso particular una situación de peligro concreto en dirección a la lesión del bien jurídico. De aquí que para precisar la idoneidad de la conducta, sea necesario atender al riesgo de daño al bien jurídico que aquella generó según el plan del autor y mediante dicho juicio ex-ante. O a la aptitud concreta que aquella tuvo conforme al plan del autor para crear un específico estado de peligro para el bien tutelado por el tipo penal del delito hacia el cual se dirigía la conducta.

Para determinar la «idoneidad» de la conducta es preciso que en un juicio ex-ante y según las particularidades del caso —complementadas con los conocimientos especiales del agente si fuere el caso—, el comportamiento que se exteriorice a través de cierto medio que suponga ya un peligro —o riesgo— real de que se dañe el bien jurídico que el tipo penal protege. De este modo, la tentativa no se actualiza si en la perspectiva de tal juicio ex-ante falta esa realidad del peligro o riesgo concreto de daño al bien jurídico por parte de la acción. Mismo que corresponde formular a un observador imparcial según la naturaleza del comportamiento y su conexión íntima y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, por los cuales se revele que la acción al momento de realizarse era concretamente peligrosa —riesgosa— para el bien jurídico; al menos que incorrectamente se quiera punir sin que haya el peligro al bien jurídico como elemento esencial del tipo penal, en este caso, del delito en grado de tentativa. Y aún cuando el juicio de tal peligro debe hacerse ex-ante, el que éste deba ajustarse a las circunstancias conocidas del autor, ello en nada quita la exigencia de la posibilidad real del daño en el caso concreto según aquellos conocimientos que se involucra en el juicio ex-ante del observador imparcial para decidir tal idoneidad. Con ello se supera, por una parte, la crítica de que toda tentativa apareja la inidoneidad de la acción para consumar el delito, porque en un juicio ex-post de la acción, toda tentativa en realidad llevaría a esa conclusión. Y el juicio ex-ante asimismo evita la intolerable impunidad que se daría porque en un juicio ex-post resulte que desde antes no era posible el daño del bien según circunstancias extraordinarias. De aquí que sea punible como homicidio en grado de tentativa disparar reiteradamente contra el pecho de una persona que dentro de la chamarra viste un chaleco anti-balas que el autor no sabe que porta o cuando se dispara contra alguien que por poca distancia esté fuera del alcance del proyectil. Pero por la otra, se evita que se pongan a cargo del agente acciones que —nomo-lógicamente— en sí mismas o por el medio empleado en el caso concreto no pueden ser peligrosas de ningún modo o cuando la falta de peligro se debe a un cálculo grosero o superficial del agente acerca de la posibilidad de consumar el delito en tales circunstancias que desde antes permiten asumir la imposibilidad absoluta de dicho peligro o cuando aquella es motivada por supersticiones o creencias similares. Y es que por definición propia de la tentativa punible, el plan del autor nunca alcanza su objetivo. La acción según el medio empleado puede ser más o menos errónea en el

cálculo de la causalidad para consumir el delito y mientras más erróneo sea el medio más apartada de la realidad estará la acción. De aquí que en éste punto se plantee la interrogante de si la perspectiva determinante será la realidad o la representación del autor. Sin embargo el peligro del bien que involucra una acción "idónea" no puede ser un peligro imaginario sino real. Mismo que sólo puede darse con base en lo que realmente hacía el autor en función de generar dicho peligro para el bien. Bien dice Zaffaroni que "si alguien creé que está comenzando a engañar a quien no entiende lo que dice porque no comprende la lengua en que le habla, sólo en su imaginación comienza a estafar, inversamente, si antes de comenzar a engañarlo entabla una conversación banal y el otro comienza a imaginarse lo que aún no le dijo, tampoco habrá tentativa, pese al peligro real, porque en la representación del autor y conforme a su plan no comenzó a engañar. No se trata de escoger entre un criterio objetivo y otro subjetivo, sino de relevar típicamente la conducta en la medida en que ellos coincidan y, por ende, no cargar al agente con un peligro imaginario ni con uno real que desconozca, sino sólo con el real y por él conocido".⁷⁸⁶ Y es que hay que volver a recordar que la acción se debe "encaminar a la realización de un delito", según el artículo 12 del CPF y conforme al 20 del CPDF la voluntad debe estar en función de "la consumación" del delito. Y la conducta ejecutiva debe ser la exteriorización de la "resolución de cometer un delito", conforme al artículo 32 del CPC. Sin embargo, sí cabe precisar que el que se tome en cuenta el dato subjetivo —plan del autor— tampoco querrá decir que al peligro se le vuelve subjetivo, dado que su naturaleza se valora ex-ante, por un tercero imparcial según los parámetros antes dichos por los que conforme a la naturaleza del comportamiento y su conexión íntima y racional con el curso de los acontecimientos posteriores, se revele que la acción al momento de realizarse era concretamente peligrosa para el bien jurídico. De allí que, como el mismo Zaffaroni precisa, "la tentativa comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión del bien jurídico (*comienzo de realización del tipo del delito*) según el plan concreto del autor".⁷⁸⁷ El disparar reiteradamente contra el pecho de una persona es una acción idónea para matarla en un juicio ex-ante, aunque la persona traiga un chaleco de balas si el que el agente ignora esa circunstancia; como también será acción idónea el colocar en el vaso de agua de la víctima una sustancia que usualmente es inocua, si es que el agente sabe de cierta condición excepcional de la víctima por la cual ingerir aquella sustancia le será mortal.

— IV —

Las tentativas aparentes y el delito imposible

Todo esto nos lleva al problema de las tentativas aparentes y del delito imposible. Porque tan las unas como el otro no son tentativa punible. El punto esencial de distinción entre el llamado delito imposible y la tentativa con relieve típico penal radica en el grado de idoneidad de la acción o del curso peligroso para el bien según la acción —ajustada a la valoración ex-ante del caso concreto. Ya que hay que tener presente que ninguna de las acciones de tentativa son idóneas a la consumación del delito, pues aquellas por definición —legal y lógica— no lo consuman. A esa objeción se le ha replicado que si bien es verdad que toda tentativa apareja una acción inidónea, en la tentativa sólo se regulan acciones que son relativamente inidóneas pues quedan fuera del tipo aquellas acciones absolutamente inidóneas. El problema ahora, pues, es determinar ¿qué grado de idoneidad

⁷⁸⁶ Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Siskar, op. cit., *Derecho Penal, Parte General*, pp. 792 y 793.

⁷⁸⁷ Idem., op. cit., p. 793.

es el propio de la tentativa?, o mejor dicho, ¿qué grado de idoneidad relativa sería el admisible para que todavía se pueda seguir hablando de tentativa punible? Para despejar un poco el problema es conveniente primero apartar del ámbito de las tentativas punibles las que sólo sean aparentes —donde directamente no hay tentativa—. Ellas se darán cuando en el caso concreto ya fante ab-initio algún elemento del tipo objetivo sistemático según el delito propuesto que se inconsuma por causa ajena a la voluntad del agente: como lo puede ser la vida humana (bien jurídico) en el homicidio respecto del cadáver de una persona que se creó viva; la ajeneidad de la cosa de la ya se es propietario o se tiene derecho a disponer de ella, en el robo; o cuando se creó yacer con la mujer ajena cuando en realidad se trata de la propia (esposa) en el adulterio; al igual que cuando se creó ser servidor público sin serlo en realidad, en el ejercicio indebido de funciones. En todos esos eventos la tentativa es sólo aparente, o dicho de otro modo el delito es de imposible consumación, porque en el caso concreto no existen los elementos objetivos del tipo a cuya consumación se dirigía la acción y en realidad, aquellos sólo estaban en la mente del autor. Y asimismo, en virtud de aquellas fallas objetivas de antemano era imposible algún curso peligroso de la acción con relación al bien protegido. Sin embargo, no es ocioso apuntar que esa solución no es pacífica. Zaffaroni da cuenta de la tesis subjetivista de los tribunales alemanes, en un principio alimentada particularmente por von Buri —y apoyada ahora por Jakobs⁷⁹⁸ y un sector importante de la doctrina alemana—, que pretende basarse en una falsa asimetría que da pie a una justicia aberrante de acuerdo con el siguiente lema: "Así como toda ignorancia de toda característica del tipo excluye el dolo, toda falsa suposición de una característica del tipo debe fundar el dolo". Frente a esa postura Zaffaroni puntualiza: "La simetría no es verdadera, puesto lo que pretende fundar no es el dolo sino la tipicidad objetiva, sin la cual no puede preguntarse si hay dolo; puesto que jamás... [será]... posible asentarlo sobre ningún elemento objetivo que, por definición, no existe".⁷⁹⁹ La semejanza de estas tentativas aparentes con el delito putativo es evidente, con la salvedad que en el delito putativo la imposibilidad está dada por la falsa creencia de que una conducta está penalmente prohibida sin estarlo. Más así como se admite de consuno que la representación como delito de una conducta que no está prevista como delito no puede fundar un injusto, hay la misma razón para sostener que no se puede fundar la tipicidad de un hecho que solo existe en la imaginación del autor. Pues también serán casos de tentativa aparente cuando el medio que se emplea para cometer el delito es desde antes absolutamente inidóneo para colocar en peligro al bien jurídico, como cuando alguien quiere herir con un puñal que es de hule, o creó activar una bomba cuando sólo activa un despertador, cuando creó que vierte veneno en el vaso de la futura víctima cuando en realidad es azúcar, porque ahí aunque se haya valorado correctamente la idoneidad del medio en cuanto a que se creía que era un puñal, una bomba y un veneno, la realidad objetiva era otra muy diferente de tal modo que la persona en realidad sólo tuvo la ilusión de emplear aquellos medios cuya falta en la realidad predeterminaba la imposibilidad de una acción peligrosa para el bien jurídico. Así como también caben como tentativas no punibles todos aquellos casos de superstición y de cálculos groseros, que en sí mismos carecen de la capacidad de revelarse a través de medios idóneos: como sería intentar dar muerte al enemigo pinchando alfileres en la foto de éste o incluso disparándole desde un lugar en el cual era imposible lesionarlo. Distinta será la consideración, empero, cuando

⁷⁹⁸ Günter Jakobs, *Estudios de Derecho Penal*, traducción al castellano y estudio preliminar por Enrique Peñaranda Ramos, Carlos J. Suárez González y Manuel Cancio Meliá, UAM Ediciones y Editorial Civitas, Madrid, España, 1997, pp. 326 y ss.

⁷⁹⁹ Idem., Eugenio Raúl Zaffaroni, ... op. cit., p. 798.

a la víctima que va en carro se le persigue muy de cerca con otro vehículo en movimiento y fuera de la ventanilla el conductor dirige su arma hacia donde aquella se halla disparándole con arma de grueso calibre en esas circunstancias varias veces, porque es claro que desde el momento que quedan precisados esos datos, ellos mismos revelan la idoneidad del medio para matar.

Ahora bien, en el artículo 39 del CPC se «equipara» a la figura típica en grado de tentativa cuando la resolución de cometer el delito se exterioriza por realizar una conducta «unívoca» de ejecución, pero sin que necesariamente sea «idónea» en el sentido antes dicho; esto es, sin que ponga en peligro concreto al bien jurídico que se pretende dañar. Tal figura estipula que: *“... el bien jurídico se debe encontrar en condiciones de que se le lesione, pero el delito no se consuma por error en la idoneidad de los medios empleados; o porque el bien jurídico u objeto, existente, pudo estar en el lugar y la ocasión que con relación a aquél motivan la conducta”*. En estos casos se debe reconocer que el peligro al bien jurídico no es concreto, sino que es potencial. Aunque de todas suertes, tal peligro debe constar en virtud de que el bien jurídico u objeto existente sí debieron estar en condiciones de que se les lesione o bien sí pudieron estar en el lugar y la ocasión que motivaron la ejecución de la conducta. Y por lo tanto, que de no haber errado el sujeto en el medio o de haber estado ahí el titular del bien o el objeto, el bien jurídico se habría dañado con esa conducta ejecutiva. El peligro pues, en vez de ser concreto o incrementado, es un peligro potencial pero real en cuanto la acción de no mediar el error sí hubiese tenido la capacidad de producir el resultado y el cual según el plan del autor se habría dado porque contaba alcanzar el objeto o dañar el bien, existentes, pero respecto de los cuales la ley también introduce un correctivo “ex-post”, en cuanto se tendrá que verificar el contexto por el cual el activo erró en la idoneidad del medio aunque el bien el bien jurídico u objeto existente si hubiese estado en condiciones de ser afectado; o bien porque el bien jurídico o objeto “sí pudieron estar en el lugar y la ocasión que motivaron la ejecución de la conducta”. De aquí que sería incorrecto estimar que tal previsión legal sancione por la peligrosidad del sujeto y no por la del acto ayuno de riesgo al bien jurídico. Por ello, tal figura típica que se equipara al delito en grado de tentativa no admite al delito de consumación imposible: Como el disparar contra un cadáver creyendo viva a la persona. Como tampoco habrá tentativa equiparada, según el mismo artículo 39 del CPC, cuando el error en la idoneidad del medio se deba a superstición o motivo similar en el que sea grosera la apreciación de la supuesta idoneidad del medio o resulte ser de la misma índole el cálculo de su potencialidad causal, esto es, de iniciar un curso peligroso de la acción. En tales casos es claro que incluso el peligro potencial es imposible. Como igual tal peligro será insostenible cuando en el caso concreto no exista el bien jurídico. Así mismo, tampoco se configura la tentativa equiparada —y menos la tentativa simple— en los supuestos de un agente «provocador» —el cual a la vez puede ser un agente de policía «encubierto»—: que induce el error a propósito para atrapar al incauto al momento que inicie la ejecución. Ya que en esos casos es igual de claro que desde antes se impide el peligro al bien protegido. Tal peligro ni siquiera sería potencial. Simplemente no existe. Diferente es el supuesto de cuando el error se provoca después de iniciarse la ejecución para frenar la consumación del delito o detener al agente. Por ejemplo, se simula pagar lo que pide el extorsionador, para detenerlo antes de que tome el dinero o inmediatamente después de ello.⁷⁰⁰ Pues en

⁷⁰⁰ En el CPC se concibe al delito de extorsión como delito de resultado.

esos casos ya se originó el peligro al bien protegido por el extorsionador y el agente provocador interviene después de que esa persona —a la cual induce a error— ya inició el proceso ejecutivo. Por lo tanto, aunque la conducta del ejecutor es típica, la intervención del agente provocador es atípica, al ser posterior al inicio de esa acción ejecutiva que ya generó el peligro y que aquél no contribuyó a causar; y, además, porque el delito se inconsuma por la voluntad del propio agente provocador. Es decir, el agente no participó en la ejecución o al inicio de ella, ni originó el peligro de daño que él mismo frena. Igualmente —como ya se dijo— hay causa de insubsunción típica respecto del elemento negativo con relación al agente provocador, porque —al menos en algunos de esos casos— el delito se inconsuma por su propia voluntad y no por causa ajena a ella.

— V —

El elemento negativo de la tentativa

La tentativa requiere de un elemento negativo para que se tipifique penalmente. Pues dentro de las fórmulas de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC, el requisito sine qua non para la configuración de la tentativa es la inconsumación del delito por causas ajenas a la voluntad del agente. Es obvio, que en prelación lógica a la inconsumación no querida por el agente, ya debe haber inicio del proceso ejecutivo, a través de los actos idóneos y unívocos por los que se exterioriza la resolución criminal. Y es una vez que se inicia la ejecución o se realizan todos los actos u omisiones que debieran producir el resultado, es cuando sobreviene o concurre una causa ajena a la voluntad del activo que interrumpe el proceso ejecutivo o impide la verificación del resultado.

En el primer caso, cuando se interrumpe el proceso ejecutivo por causa ajena a la voluntad del agente, se está frente a la tentativa inacabada. En el segundo caso, cuando se agota el proceso ejecutivo pero el resultado no se produce en virtud de causa ajena a la voluntad del agente, se está frente a la tentativa acabada. En una y otra hipótesis se presupone que la acción ejecutiva dolosa del autor se dio antes del momento en que se evidencia la causa impidente de la consumación; y en nada empece el que el autor luego desista o se arrepienta, no sólo cuando la posibilidad de inconsumación “ya se le haya ido de las manos”, esto es, de tal modo que aquél ya no pueda impedirla, como también cuando la causa impidente, ajena a su voluntad, realmente o en la perspectiva del agente, aquella constituyó obstáculo cuya superación requería de medios superiores a los empleados por él como idóneos para lograr el resultado. Lo anterior viene a cuentas porque —como veremos más adelante—, si los obstáculos a la consumación eran *ordinariamente* superables con los mismos medios o línea de conducta ejecutiva asumida por el agente y no obstante lo anterior, por decisión libre aquél interrumpe el proceso ejecutivo o impide el resultado, ya opera su voluntad como verdadera causa impidente de la consumación sin que, por ello, se pueda dar la adecuación típica en la norma de la tentativa. La que, como tal, exige que la «inconsumación» sea *por causas ajenas a la voluntad del agente*.⁷⁹¹

De aquí que cuando el delito no se consuma por la voluntad del agente se excluya el elemento «negativo» impidiendo que a la tentativa se tipifique penalmente. Por ende, si el mismo agente debiere la ejecución o impide el resultado por decisión libre cuando cree aun poder consumarlo, el delito se deja de dar debido a la voluntad de aquél. Lo cual se convierte en causa de «inadecuación típica» del delito mismo en grado de tentativa.

⁷⁹¹ Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, pp. 232 y ss.

¿Cambia la situación cuando son varios los que intervienen en el delito en grado de tentativa y sólo alguno o algunos desisten o se arrepienten? Un sector de la doctrina —al que me adhiero— se inclina porque dicha causa de inadecuación típica sólo beneficie a los autores o partícipes que libremente desistan o se arrepientan. Sin que se deba favorecer a quienes no se desistieron o arrepintieron. Se arguye que para éstos subsiste la condición negativa de la inconsumación del delito por causas «ajenas a su voluntad»; además de que la ejecución ya se inició y con ello se cumple con el principio de accesoriedad mínima: En el sentido de que el delito debe al menos quedar en grado de tentativa para que la conducta sea punible. A mayor abundamiento, el motivo de inadecuación típica que consiste en la «inconsumación» *“debida a la misma voluntad del agente”* es preponderantemente subjetivo y, por lo tanto, es incommunicable, pues sólo beneficia a quienes actúen bajo tal razón. No es óbice el argumento contrario: de que en virtud del carácter accesorio que tienen las conductas de los partícipes con relación a la del autor material, si es éste quien desiste o impide la consumación, la conducta sería atípica con relación a los demás partícipes. Porque esa tesis pasa por alto que el principio de accesoriedad se cumple cuando la ejecución se inicia. Por ello la significación típica del hecho subsiste si al desistir el autor del delito cuya ejecución ya inició, éste se inconsuma por causa ajena a la voluntad de los partícipes. En realidad, el desistimiento del autor sería válido con relación a los demás partícipes, sólo cuando el mismo autor se abstenga de iniciar la ejecución. Pero el motivo de la inadecuación típica es aquí distinto, en tanto ni siquiera se inició la ejecución del delito por el mismo autor. Y, por ende, faltó la base para que las conductas accesorias también adquirieran relieve típico. Así parecen sostenerlo Delitala y Vannini ⁷⁰² quienes recuerdan que la tesis de la accesoriedad limitada parte de una premisa “fundamental”, la adecuación típica y la calificación antijurídica de la acción. De lo cual se sigue que si no existe una previa *adecuación típica* de la conducta del autor a los moldes del tipo penal del delito aplicable, no existe base para imputar a los partícipes los hechos —que ni siquiera tienen el carácter de típicos—. Tal premisa fundamental en las reglas de la participación delictiva es unánimemente reconocida en la doctrina y la jurisprudencia. El propio Pavón Vasconcelos lo expresa así, cuando en su “Manual” —aunque con una postura causalista— concluye: (...) la conexión del partícipe con la conducta del autor ejecutante hemos de hallarla, necesariamente, en una accesoriedad limitada, en cuanto basta, en nuestro Código, la calificación delictuosa del hecho, cometido en forma principal por el autor material, estructurada desde un punto de vista puramente objetivo y sin tomar en cuenta la concurrencia en él del dolo o de la culpa.⁷⁰³

Todo ello lleva al problema de la coparticipación en el delito en grado de tentativa. Ella es perfectamente posible. Lo imposible es la tentativa de coparticipación. Pues los actos de los partícipes distintos al autor sólo pueden ser penalmente relevantes cuando se inicia la ejecución del delito por el autor o coautores, pero no antes de ella. Por otra parte, la inconsumación del delito por causa de la voluntad del agente, sólo beneficia en quien concurre la *causa subjetiva de atipicidad*: Por encontrarse aquella inconsumación en directa relación inversa al requisito típico de la propia tentativa, el que se configura cuando el delito no se consuma “por causa ajena a la voluntad del agente”. El criterio de Mezger —respecto al Derecho Alemán— difiere solo en parte de

⁷⁰² Citados por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourillo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, pp. 106 y ss.

⁷⁰³ Francisco Pavón Vasconcelos, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, S. A., México, 1984, p. 442.

lo que aquí se sostiene. Lo cual es explicable dado que él siguió la tesis clásica-normativista y el finalismo estaba apenas en el inicio de su desarrollo. Él indica que: (...) el desistimiento del autor no beneficia a los participantes, por su naturaleza de causa de supresión de la pena. La que produce un efecto puramente personal, de tal manera que el participante puede procurarse la impunidad en virtud de su propio desistimiento o evitando el resultado.⁷⁹⁴

Mas cabe aquí precisar que si bien es cierto que las causas "personales" de exclusión de la pena son "incomunicables" y sólo benefician en quien concurren. También lo es, que es discutible que el desistimiento o el arrepentimiento en la tentativa sean causas de exclusión de la pena. Pues si esas causas de exclusión presuponen la configuración del delito en todos sus elementos, salvo la punibilidad. No sucede lo mismo con el desistimiento o el arrepentimiento eficaz en la tentativa. Los que operan más propiamente como una causa de «insubsunción» o «inadecuación» típica de la conducta del agente; en vez de un motivo que solo excluya la punibilidad. Habida cuenta que —a la luz de los artículos 12 del CPF, 20 del CPDF y 38 del CPC— el tipo de la tentativa punible sólo entra en función cuando la ejecución se interrumpe o se impide la consumación del delito "por causas ajenas a la voluntad del agente". Lo cual es obvio que no acontece cuando es el propio agente quien, en forma espontánea, se desiste o bien él impide la consumación. Se da así, en prelación lógica, antes de una causa de exclusión de la pena, una causa de «inadecuación típica» con relación al agente que desiste o se arrepiente. Es decir, existe causa de atipicidad. Así lo reconoce Pavón Vasconcelos, quien en su obra "La Tentativa" afirma que: (...) la impunidad en tales casos, de los hechos ejecutados, surge como una clara forma de atipicidad y el mismo precepto —artículo 12 del CPF— impide la conformación de los elementos de la tentativa punible, siendo ésta inexistente al no producirse el resultado por causas derivadas de la espontánea voluntad del agente.⁷⁹⁵ En su misma monografía el distinguido maestro considera que: (...) el desistimiento del autor principal no beneficia sino a él en lo personal y no a quienes hayan verificado actos ejecutivos de cualquier naturaleza en cooperación con el autor.⁷⁹⁶ Y funda tal conclusión porque: (...) para el partícipe no hay atipicidad en sus actos, pues la inconsumación del evento ha sido debida a causas ajenas a su voluntad, satisfaciéndose así todos los extremos del artículo 12 con relación a la especial situación de que se trata, regulada por el artículo 13 del CPF.⁷⁹⁷ Quizá al maestro Pavón solo le faltó enfatizar, que en esos casos, si ya se inició la ejecución o se agotó la misma para causar el resultado que aún no se da, es claro entonces que el principio de accesoriedad sí se cumple desde que se inicia la ejecución por el autor. Por lo tanto, la significación típica del hecho subsiste para el autor o partícipe que no se desiste o no se arrepiente, en tanto que para ellos el delito se inconsuma por causa ajena a su voluntad. Sin que quepa ampararlos con una causa de inadecuación típica que es prevalentemente subjetiva y que, por ello, sólo beneficia a quien actúa con motivo de ella.

⁷⁹⁴ Cit. por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, primera edición, Editorial Porrúa, S. A., México, 1972, T. I, pp. 290 y ss.

⁷⁹⁵ Francisco Pavón Vasconcelos, *La Tentativa*, Editorial Porrúa, S.A., México 1974, p. 106.

⁷⁹⁶ Ídem, *La Tentativa*, p. 110.

⁷⁹⁷ Ídem, pp. 108 y ss.

El desistimiento y el arrepentimiento en la tentativa

Lo expuesto nos lleva de la mano a una cuestión de capital importancia. Pues si la norma típica de la tentativa punible exige la inconsumación del delito propuesto por causas ajenas a la voluntad del agente. Por consiguiente:

Quando la persona desiste espontáneamente del delito durante su ejecución o impide su consumación, existirá una causa de *inadecuación típica* por incumplirse el último elemento negativo de la tentativa —mismo que prevén de manera expresa los artículos 12 del CPF, 21 del CPDF y 39 del CPC—. Es decir, no se dará el último elemento negativo de la tentativa en virtud de que el delito se inconsuma por la misma voluntad del agente en tal sentido. La cual surge después de que se inicia la ejecución y en sentido inverso al de la voluntad original del agente de consumir el delito propuesto.

En efecto, los artículos 12-párrafo-tercero del CPF y 21 del CPDF señalan que:

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

Por su parte, el artículo 39 del CPC establece que

"Ninguna sanción se impondrá al autor o partícipe que al conocer o creer que aún puede consumir el delito, desiste de la conducta que inició o impide la consumación de aquél. A menos que los actos u omisión por sí mismos constituyan delito, en cuyo caso se le impondrán las sanciones de éste."

La doctrina es coincidente en señalar que cuando existe desistimiento o arrepentimiento eficaz —«retorno»— una sana política criminal recomienda la no-punición. Habida cuenta que de esta manera se invita al agente a no consumir el delito. Con lo que se consigue una mejor salvaguardia del bien jurídico tutelado —realizándose así el principio de intervención mínima del poder punitivo—. Así mismo, en puridad técnica en la tentativa se debe distinguir el "desistimiento" del "arrepentimiento eficaz". Esta distinción obedece a dos momentos del proceso ejecutivo en los que la tentativa se puede integrar y manifestarse la decisión de retorno. El primero: cuando está en marcha el proceso ejecutivo del delito. El segundo, cuando ya se realizaron todos los actos u omisiones de ejecución; es decir, cuando el proceso ejecutivo ya se completó pero todavía está por darse el resultado. En el primer supuesto estamos frente a la tentativa "inacabada". En el segundo frente a la tentativa "acabada" o frustración. En sentido estricto, el «desistimiento» opera en la tentativa "inacabada". Consistiendo, como dice Pavón Vasconcelos, en la (...) interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado.⁷⁹⁸ En tanto que en la tentativa "acabada" puede funcionar un "arrepentimiento eficaz". Cual es —siguiendo a Pavón Vasconcelos—: (...) la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado.⁷⁹⁹

En tal orden de ideas, existirá "desistimiento" cuando la ejecución del delito se interrumpe de manera espontánea por el agente; o habrá "arrepentimiento eficaz" cuando realizados todos los actos u omisiones que debieran producir el resultado, éste no se origina por intervenir el agente impidiendo su verificación. En uno y otro caso se frena la

⁷⁹⁸ Francisco Pavón Vasconcelos, *La Tentativa*, op. cit., p. 98.

⁷⁹⁹ *Idem*, op. cit., p. 113.

consumación del delito y ambos supuestos operan como causas de inadecuación típica que vuelven impune a la tentativa con relación a quien se desistió o arrepintió.

No resulta ocioso destacar que de lo que se desiste el agente es de un verdadero delito en grado de tentativa. Pues como acertadamente destaca Soler: (...) Plantearse el problema del desistimiento antes de resolver afirmativamente que existe principio de ejecución, puede llevar a situaciones insolubles. Si, avisada la policía de que se producirá un asalto, se presenta en el lugar, y los ladrones, al darse cuenta de que hay vigilancia, después de rondar (acto preparatorio) se retiran, no hay desistimiento (que no sería espontáneo), porque ni siquiera hubo comienzo de ejecución. La función preventiva ha logrado pleno éxito.⁶⁰⁰ Tal es el caso resuelto por la Primera Sala de la SCJN que a continuación se expone:

TENTATIVA (VERACRUZ). El artículo 10 del Código Penal de Veracruz, establece que es sancionable la tentativa, cuando se ejecutan hechos directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Por tanto, si el inculpado ejecutó actos consistentes en observar los movimientos que se operaban en la negociación que pretendía robar y como vio que no podía realizar el delito sin peligro, desistió de su propósito, al no efectuarse el robo por su propia voluntad, evidentemente no se configura la tentativa.⁶⁰¹

Empero, en la ejecutoria transcrita al parecer se incurrió en el error que Soler trata de prevenir. Pues en el caso de dicha ejecutoria en realidad no hay tentativa porque falta el elemento objetivo del "proceso ejecutivo"; y no porque fuere válido el desistimiento, que no lo es cuando la imposibilidad representada por los agentes es respecto a la consumación. (...) Tampoco en realidad existe "desistimiento" —señaló Welzel— si de pronto el autor obtiene o cree poder obtener, sin ulteriores actividades punibles concretamente elegidas, el fin que intentaba conseguir de modo punible.⁶⁰² Falta en tales casos una nueva voluntad en sentido contrario a la consumación. Por ejemplo, en una violación, la mujer, sobrecogida por el temor, cesa en su resistencia y permite el yacimiento que se llega a efectuar sin el uso de la violencia física inicialmente ejercida. En el caso expuesto existirá delito consumado, a menos que el agente no llegase a la cópula aún pudiendo hacerlo, pues entonces si existirá desistimiento voluntario, independientemente del relieve moral, amoral o inmoral del motivo que determine el desistimiento del agresor. Podrá preguntarse el lector: ¿Qué sucede en el caso del agresor impotente que por tal motivo no consuma la cópula? En tal caso, debido a la absoluta inidoneidad del medio, faltará el peligro al bien protegido que motiva la atipicidad del evento. Y asimismo se podrá preguntar el lector: ¿Qué sucede si al ceder la mujer sobrecogida por el temor, el agente, ya sin ejercer violencia, continúa hasta la cópula con la falsa creencia que la mujer siempre sí la aceptó de propia voluntad? De todas suertes habría al menos violación en grado de tentativa.

Ahora bien, se sostiene que el «desistimiento» consiste normalmente en una omisión: la abstención de continuar el proceso ejecutivo que se inició; es decir, de no practicar los restantes actos ejecutivos que todavía eran precisos para que el delito se consumara. Sin embargo, siguiendo a Vannini, el desistimiento puede plasmarse también en una actividad positiva. La que se dirige a frenar o neutralizar la eficacia de los actos ejecutivos ya realizados. Tales son los casos siguientes: 1. En los delitos de comisión por omisión la conducta ejecutiva se integra con un comportamiento omisivo dirigido unívocamente a la idónea producción del

⁶⁰⁰ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. II, pp. 234 y 235.

⁶⁰¹ SCJN, Primera Sala, *Informe 1978*, S. J. F., p. 52, Amparo Directo 91/1981, Agustín Navarro Posadas, abril 17 de 1970, unanimidad 4 votos. Ponente: Mtro. Ezequiel Burguete Ferrera. Srío. Juan Lara Domínguez.

⁶⁰² Welzel, H. *Das Deutsche Strafrecht*, p. 177, citado por Juan Córdoba Roca y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. I, p. 137.

resultado; por lo que el impedir éste, requeriría de un acto positivo, como sería el caso de ministrar voluntaria y espontáneamente los alimentos al hijo que, antes, con el designio de hacerlo morir, se le habían dejado de proveer. 2. En los casos de autoría mediata o por el uso de mecanismos —autoría directa— donde el inculpable o el instrumento activado constituyen tan solo *longa manus* del autor. De tal guisa que cuando el proceso ejecutivo está en marcha, el propio autor interviene positivamente para detener la ejecución y evitar así la producción del evento típico. Y finalmente: 3. En la coparticipación en el delito, cuando el partícipe instigador logra luego, tras su voluntaria renuncia al delito propuesto, disuadir al autor material para que ya no continúe con el proceso ejecutivo que ya inició. Empero, en estos supuestos, como Maurach lo precisa: (...) lo que no puede estimarse suficiente es el simple "no querer participar más". Quien en su fuero interno se aparta del acontecimiento, pero da libre curso a los sucesos en los que había cooperado, no desiste.⁸⁹³

No obstante lo expuesto, cabe aclarar que no resultaría válido fijar la distinción entre "desistimiento" y "arrepentimiento" sólo con base en la forma omisiva o positiva de la conducta del autor para que el delito se inconsume. Pues ya vimos que en el desistimiento tan puede operar la forma activa como la omisiva. Por lo que el *quid* de diferenciación estriba en el *punto de incidencia del retorno durante el iter criminis*. El "desistimiento" opera antes de que se den todos los actos que completarían la ejecución, impidiendo así que se agote el periplo ejecutivo. Por lo que el "desistimiento" es propio de la tentativa inacabada. Mientras que el "arrepentimiento" supone una intervención posterior al proceso ejecutivo e impide el resultado. Y por lo tanto el "arrepentimiento" concierne a la tentativa acabada. En tales extremos, el «desistimiento» puede operar tan en los delitos de conducta como en los de resultado. Mientras el «arrepentimiento» sólo tiene cabida en éstos últimos. Dice Vannini: (...) constituye «arrepentimiento» activo suministrar un antídoto a la víctima envenenada; y «desistimiento» el arrebatar de las manos de la víctima la copa en la que se contiene el veneno.⁸⁹⁴

Por lo que toca al «arrepentimiento», como ya se realizaron todos los actos que debieran producir el resultado, tal retorno implica una posterior conducta activa que ponga en marcha las fuerzas o factores que impidan la verificación del resultado. Claro es que la actividad que impide la consumación puede ser "propia" del agente o bien ser oriunda de éste, cual es el caso en que él moviliza bomberos o médicos para evitar la consumación del hecho típico. Sin que ello empiece para que, si acaso la ejecución ya se resolvió en lo que sería un delito tránsito, por ejemplo lesiones, a efecto de así poder consumir el delito propuesto, que en el ejemplo sería el homicidio, el desistimiento o el arrepentimiento aunque válidos para impedir la tipicidad de la tentativa de homicidio, aquellos dejan intocada la tipificación de las lesiones como delito consumado, en tanto que el mismo agente las quiso o aceptó y las produjo como medio necesario para consumir el delito propuesto.

Por otra parte, salta a la vista la similitud y la diferencia de los textos entre las formulas del CPF y el CPDF y la del CPC que regulan el retorno. Por un lado, los tres códigos coinciden en que para el «arrepentimiento» —que presupone a la tentativa acabada— es suficiente con que el sujeto "impida el resultado o "la consumación del delito". Por el otro, el CPF y el CPDF condicionan el «desistimiento» —que presupone a la tentativa

⁸⁹³ Citado por Mariano Jiménez Huerta, *Derecho Penal Mexicano*, op. cit., T. I, p. 203.

⁸⁹⁴ "El Problema", p. 138 y ss., citado por Mariano Jiménez Huerta en op. cit., T. I, p. 204.

inacabada— a su "espontaneidad"; en tanto el CPC dice que tan el «desistimiento» como el "arrepentimiento" sólo se dan cuando el agente toma tal decisión si "conoce o cree que aún puede consumir el delito".

Con relación al «desistimiento» —que se da en la tentativa inacabada—: ¿Cuándo debe entenderse que aquel es "espontáneo" según la expresión de los artículos 12-párrafo-tercero del CPF y 21 del CPDF? Y en Coahuila: ¿Cómo opera el «desistimiento» o el «arrepentimiento» condicionados a cuando el agente «sepa o crea que aún pueda consumir el delito»? Con relación al «arrepentimiento» —que se da en la tentativa acabada—: ¿Qué se debe entender por "impedir" la consumación del delito?

Antes de responder esas preguntas, es de repetir que la cesación del proceso ejecutivo determina —por expresa disposición de la ley— la inadecuación típica de los actos de la tentativa; siempre y cuando el agente voluntariamente interrumpa la ejecución (desistimiento) o impida el resultado (arrepentimiento.) Respecto al tenor de la legislación penal federal y distrital (artículos 12 y 20, respectivamente), de consuno se admite hoy que el desistir de manera voluntaria de los actos de ejecución del delito, o bien, intervenir eficazmente después de los actos ejecutivos y evitar la consumación delictiva, son causas de *inadecuación típica*; habida cuenta que no se puede afirmar la tipicidad de la tentativa si el propio dispositivo legal que le contempla exige que el delito no se consume *por causas ajenas a la voluntad del agente*. Lo mismo se puede afirmar con relación a la legislación de Coahuila pues el artículo 38 del Código Penal establece también dicho elemento. De todo lo cual se seguiría que el subsiguiente artículo 39 —que regula tales causas de inadecuación típica— carecería, en principio, de razón de ser. A menos que su *razón* se encuentre en la necesidad que tuvo el legislador —el federal, el distrital y el coahuilense— de acotar el carácter del "desistimiento" y del "arrepentimiento". Es decir, de delimitar el carácter voluntario de la causa por la que el propio agente inconsuma el delito. Pues conforme a los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF, el «desistimiento» debe ser «espontáneo» y respecto del «arrepentimiento» es suficiente que se impida el resultado o la consumación, de lo que se sigue que aun cuando no sea espontánea la decisión del retorno en el arrepentimiento, está será válido. Lo cual no sucede en el CPC, pues según su artículo 38, tan el «desistimiento» como el «arrepentimiento» deben darse cuando el agente "sepa o crea que aún puede consumir el delito".

Empiezo con el "desistimiento". En efecto, aun cuando el desistimiento presenta su manifestación *objetiva* en la defensión del proceso ejecutivo, para que dicha interrupción no se puna debe ser oriunda de un comportamiento "espontáneo" del agente según lo disponen los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF.

La espontaneidad del retorno requiere algunas precisiones a efecto de evitar el absurdo de limitarlo a los casos de su literalidad en que el retorno se haga "aparentemente sin causa" según acepción del Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española; esto es, "sin pensar", "de improviso", "sin reflexión". Porque si bien es verdad que esos casos serían subsumibles en el retorno válido; también lo es, que no creo que sean los únicos, a menos que se quiera mantener el absurdo de restringir la espontaneidad a los casos a que lleva aquella interpretación, la que a la vez conllevaría desatender la teleología del desistimiento como ratio de favorecer la prevención —en el sentido de evitar el daño o subsistencia del riesgo de daño que se genera con la tentativa— en una política criminal coherente con el principio de intervención mínima. Así, creo que:

La espontaneidad referida a la conducta involucra a la voluntad y algo más. En cuanto que *la espontaneidad en el desistimiento se debe entender como una nueva y libre decisión del agente de no consumir el delito aún pudiendo o creyendo poderlo consumir*. Condiciones que son por igual aplicables a la que prevé el artículo

39 del CPC, como enseguida se verá. Me explico, si no hay *decisión* nueva en el sentido de ya no consumir el delito, o si la decisión es coacta o forzada por las circunstancias de no poderlo consumir, no se podría estimar que el desistimiento sea espontáneo.

Por lo que a tal virtud siempre habrá que examinar esas tres condiciones para que sea válido el desistimiento: 1) Que haya una decisión nueva. 2) Que la decisión sea libre. 3) Que la decisión no se tome porque haya obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación.

1) En el primer aspecto, la decisión de interrumpir la ejecución implica una congruencia entre el proceso que impide la consumación y el contenido de voluntad del agente en tal sentido. Éste, amén de que interrumpe la ejecución, debe perseguir precisamente el que por tal motivo el delito no se consume. Por lo tanto, la tentativa punible no se excluye si el agente con un comportamiento voluntario interrumpe "sin querer" la ejecución. En esos casos la interrupción no revela realmente un "nuevo" contenido de voluntad del agente de inconsumar el delito. Falta en el agente un contenido de voluntad directamente contrario al dolo que animó su conducta ejecutiva. Por ejemplo: Al estrangular a su víctima y perder ésta la conciencia el agente la creó muerta, al momento que percibe la presencia de un casual testigo, por lo que grita por ayuda a la vez que acusa al espectador, provocando de éste modo sin querer el auxilio oportuno de terceros.⁶⁰⁶

2) Más, asimismo, la decisión de desistir—tan en el CPF, el CPDF y el CPC, al igual que en el arrepentimiento en el CPC— debe ser oriunda de una libre determinación. Por consecuencia, el desistimiento será inválido cuando obedezca a coacción que razonablemente no le permita al agente una elección libre, porque en tal caso es claro que el agente ya se ve impedido de consumir el delito. Así las cosas, el requisito de espontaneidad en la decisión implica que a la voluntad no se le constriña por la fuerza física o moral que se ejerza por terceros para impedir la consumación del delito. Tal violencia no es ya extrema—como en la *vis absoluta* (fuerza física irresistible), donde, en realidad, no hay ningún tipo de desistimiento—; sino con base en las condiciones de la *vis compulsiva* (temor fundado.) Mas también cabe pensar que durante el proceso ejecutivo o antes del resultado, el agente se vea presa del miedo por causa real o ficticia por la que creó que ya no podrá consumir el delito, lo cual le determina al desistimiento, de tal guisa que éste tampoco será válido. No obstante, es importante valorar la naturaleza e intensidad del miedo o temor, el motivo que lo origine y el objeto sobre el cual tal miedo incida. La simple cautela o alarma serán insuficientes, por sí mismas, para negar relevancia al retorno. Por el contrario, sí será bastante el pánico que afecte la capacidad de auto-determinación del agente; o bien cuando se da en él la angustia de tal modo que, sin impedir la capacidad de determinación, sí constriñe al sujeto para que cambie la dirección de su conducta y no consume el delito. Pero a su vez la simple cautela o alarma, si bien por sí mismas no determinan la irrelevancia del retorno, sí la pueden producir cuando a ellas se les acompaña la conciencia del agente de *no poder* consumir el hecho. Por ejemplo: el autor percibe que va a ser ineludiblemente descubierto antes de consumir el delito, por lo que ante la segura evitación de la consumación del delito interrumpe su ejecución. En tales supuestos, no fue la cautela surgida por el temor a ser descubierto lo que privó de espontaneidad a la decisión; sin embargo, en ésta no operó la

⁶⁰⁶ El ejemplo es de O. Vannini. II Problema, p. 122. Cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal*, op. cit., T. II, p. 100. Cabe señalar que—según la fórmula que da el CPF— no sucede lo mismo en el arrepentimiento. En tanto que con relación a él, el artículo 12 del CPF solo exige que el agente "impida" el resultado; mas no requiere que los actos de impedir obedezcan a una decisión "espontánea". Por lo que la tentativa queda impune en el caso de que el agente agote los actos ejecutivos que sí producirán el resultado y creyéndolo muerto, pide auxilio y "sin querer" salva de morir a la víctima debido a intervención quirúrgica oportuna.

espontánea voluntad del sujeto, en razón de su convicción de que al ser descubierto sobrevendría una segura evitación de la consumación. Lo cual nos lleva a la tercera condición.

3) Para que el desistimiento sea espontáneo también es necesario que la decisión se tome porque no haya obstáculos que, según la representación del agente, le impedirían la consumación. (En un amplio sentido esta condición engloba a la anterior.) De tal modo que el desistimiento será válido cuando según los conocimientos del agente, los medios a su alcance y las circunstancias del caso concreto, tome la decisión frente a un obstáculo que él "podía" vencer según su representación, a efecto de consumir el delito. Casos en los que habría un "puedo pero no quiero". En sentido inverso, se entiende que la decisión no será «espontánea» si se le toma frente a obstáculos que según la representación del autor, aparecen como insuperables para consumir el delito. En tales supuestos el retorno ya no sería espontáneo, sino forzado por la imposibilidad de consumir el delito en la perspectiva del agente. Casos en los que habría un "quiero pero no puedo". Para determinar lo anterior, es trascendente atender al contexto y entorno en que se desenvuelve la acción. La cual, como nos lo indica Soler: (...) generalmente supone también el empleo de determinados medios, cierto grado de violencia, determinadas operaciones, etc. Cuando esos medios estaban en disposición del sujeto de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento válido.⁸⁰⁶

De ésta manera, el *quid de fondo del desistimiento en el CPF, el CPDF y el CPC, así como del «arrepentimiento» en el CPC, estriba en la capacidad para poder consumir el delito que el agente se represente en el caso concreto.* En otras palabras, si según su representación, el agente *puede* en el caso concreto consumir el evento delictivo con los medios a su alcance, la situación de hecho y las de las víctimas, sin tener que acudir a recursos extraordinarios, y, sin embargo, interrumpe su conducta, se parecería dar el desistimiento. Empero, se debe poner de relieve que si *objetivamente* el desistimiento espontáneo es dejar de hacer algo que *puede* hacerse, dicha *capacidad* de hacer algo encuentra su fuente en la mente del sujeto. Y como tal, en las *representaciones del agente* con relación a la factibilidad de consumir el hecho. Las que juegan primordial papel. Soler dice: (...) Las circunstancias serán ajenas a su voluntad no solamente cuando el hecho le sea al autor físicamente impedido, sino también cuando ese impedimento se le presente al sujeto psíquicamente "mostrándole su impotencia".⁸⁰⁷ En tal orden de ideas, *lo esencial se encuentra en la conciencia del individuo de poder o no poder. Con independencia de que pueda o no pueda realmente consumir el delito.* Salvo los casos de delito imposible en los que —en prelación lógica a la causa de insubsunción típica que se examina— la excluyente de tipo opera objetivamente, esto es, cuando la imposibilidad de consumir el delito es absoluta desde que se inicia la ejecución del delito debido a la inexistencia del titular o del bien o a la imposibilidad de su lesión o de que ésta sea significativa, de tal suerte que con la ejecución que aparentemente ya se inició no pueda hablarse de peligro alguno, porque en tales casos en realidad no hay siquiera inicio de ejecución por imposibilidad de lesión jurídica. Mas fuera de ese supuesto, es indiferente que la causa impidente sea real o ficticia, si es que, en éste último caso, al agente se le representa como verdadera. (...) No

⁸⁰⁶ Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, octava reimpresión total, Editorial Tea, Buenos Aires, Argentina, 1978, T. II, p. 223.

⁸⁰⁷ Sebastián Soler, *op. cit.*, T. II, p. 235.

desiste de manera «espontánea» —ejemplifica Soler— aquel que creyó que el perro que ladraba lo acometería, cuando en realidad estaba atado o era de la finca vecina.⁸⁰⁸

En este cálculo de los obstáculos y su superación psicológica-objetiva, surge empero la duda de si debe atenderse tan solo a aquellas trabas que físicamente o según la representación del autor constituyan un impedimento para la "consumación". O, además, a aquellas circunstancias que sin constituir impedimento real o psicológico para la "consumación", si impliquen que el agente no consiga un "ulterior" fin propuesto. Ahora bien, nadie duda que aquellas causas que operan objetiva o psicológicamente como impidentes de la "consumación" delictiva eliminan el desistimiento. Salvo que las primeras aparezcan un delito imposible, porque en ellas aunque el «retorno» sería inválido, la tentativa misma es imposible. Ahora bien, a Soler le parece que la incapacidad que el autor se representa debe ser sólo «para la consumación», siendo irrelevante aquella que va más allá de tal enfoque. También a juicio de Maurach: (...) la ley no permite albergar duda alguna en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad «de la consumación» de la acción típica concretamente elegida. Meditaciones en pro y en contra, posteriores a la consumación del hecho, pertenecen a la ética.⁸⁰⁹ Conforme a tal postura, se puede inferir entonces que el temor a ser descubierto, aun cuando opere como causa de la interrupción del proceso ejecutivo, en unas ocasiones determinará un verdadero desistimiento —o, además, un arrepentimiento, de acuerdo con el CPC— y en otras no. Pues como expone Soler, según el sujeto vea que será descubierto antes de consumir el hecho, impidiéndole la consumación, habrá tentativa punible. O bien, que el sujeto vea que será descubierto después de consumado el hecho, que nadie actualmente le podría impedir, si habrá desistimiento.⁸¹⁰ Por su parte Vannini no admite tales distinciones; pues en su opinión también el temor a una denuncia y de una consiguiente punición del delito que se podía consumir, es motivo para que falte la espontaneidad del desistimiento; esto es, cuando no es el temor superado por la decisión originaria, sino un temor basado sobre reales o supuestas probabilidades represivas. Desistir en estos casos —opina Vannini—: (...) no significa obedecer al normal influjo del motivo penal, sino que significa desistir conforme a un motivo (nuevo) del cual el desistente no puede razonablemente dejar de sufrir la influencia.⁸¹¹ Sin embargo, la opinión de Vannini requiere de ciertas precisiones. Porque en realidad, el desistimiento motivado por temor a la pena, no excluye, por sí mismo, su relevancia como generador de atipicidad. (...) La amenaza penal —puntualizan Córdoba Roda y Rodríguez Mourullo— cumple aquí una de sus funciones primordiales: la función intimidante. La ley penal logra así su objetivo fundamental, que es el de apartar al sujeto de la comisión del delito y, por tanto, debe considerarse plenamente satisfecha, con independencia de que el desistimiento, al ser motivado por el temor a la pena carezca de relieve ético.⁸¹² Cabría añadir, quizá con más moderna terminología, que la ley penal cumple aquí su función preventiva o protectora del bien jurídico.

⁸⁰⁸ Ídem. Soler, op. cit.

⁸⁰⁹ MAURACH, R. Cit. por Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, op. cit., T. II, p. 205

⁸¹⁰ Sebastián Soler, op. cit., T. II, p. 235.

⁸¹¹ Vannini, O. *Il Problema*, p. 122. cit. por Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo en op. cit., T. II, p. 136.

⁸¹² Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 136.

Viene a cuentas entonces, también enfatizar que la ley no exige que dentro del desistimiento o el arrepentimiento exista necesariamente un repliegue "moral". En el sentido de que la decisión de impedir el evento se deba a un movimiento desinteresado de la conciencia, a un retorno a los sentimientos de probidad y piedad.

Mas si para que cobre relevancia el desistimiento o el arrepentimiento como causa de atipicidad no se precisa que el «retorno» se deba a impulsos o móviles éticamente valiosos. Y asimismo, cuando la inconsumación del delito obedece al temor a la pena, éste temor no quita por sí mismo la relevancia del "retorno" como excluyente del tipo. En virtud de que la propia ley penal cumple su función. Cosa bien distinta parecería ser cuando el "retorno" obedece a que, no obstante la posibilidad objetiva-psicológica de la consumación, el agente advierte que ya no logrará el fin propuesto, impidiendo *hic et nunc* la consumación. Ejemplos: el autor ya emprendió el envenenamiento de su pariente con el propósito de heredarlo, pero luego se entera de que el pariente modificó su testamento y lo desheredó. El agente actúa con el designio de apoderarse de una considerable suma de dinero y para ello allana la morada y mediante violencia abre la caja fuerte ajena, pero desiste al advertir, instantes antes de tomar el numerario, que éste es notoriamente inferior a lo esperado. O bien, el autor desiste porque advierte que la cosa está deteriorada o es distinta a la prevista, no pudiendo lograr ya el lucro propuesto. En esos supuestos, no obstante la capacidad objetiva del agente para "consumar" el hecho, es claro que psicológicamente actúa una causa sobreveniente que le determina a la inconsumación y que tal causa no denota ninguna disminución en la culpabilidad del agente o en la intensidad delictiva. Por lo que a la luz de una valoración jurídica es reprochable la decisión de "retorno" del agente. Al amparo de estos razonamientos, Rodríguez Mourullo estima que en tales casos debe negarse relevancia jurídica a la espontaneidad del desistimiento; pues el desistimiento —sostiene— se debe analizar en términos "jurídico-valorativos".⁸¹³

Aunque las consideraciones anteriores y la posición de Rodríguez Mourullo resultan atractivas, en cuanto que las decisiones de la naturaleza apuntada no anulan la reprochabilidad de la conducta originaria. Sin embargo, ellas no convencen desde el punto de vista de estricta tipicidad. Recordemos que en prelación lógica a la culpabilidad, como elemento del delito, se encuentra la tipicidad. Y el dispositivo típico de la tentativa alude a que el delito «no se consume» por causa ajena a la "voluntad" del agente. Por lo que en sentido contrario, de la misma ley se infiere que para la atipicidad de la tentativa a causa de la voluntad del agente es preciso que esa "voluntad" —que ha de ser espontánea— esté en relación con la "inconsumación". De aquí que sea certera la opinión de Maurach, de que consideraciones en pro o en contra, posteriores a la "consumación" del hecho, caen fuera de lo legalmente contemplado en el tipo penal. Ya que "la propia ley no permite albergar duda alguna en orden a que la reflexión del autor debe exclusivamente limitarse a la posibilidad de la consumación de la acción típica concretamente elegida".⁸¹⁴ La SCJN, ha sostenido que:

TENTATIVA, DESISTIMIENTO EN LA. Cuando la ley introduce como elemento de la tentativa punible, el que el delito no se consume por una causa ajena a la voluntad del agente, implícitamente requiere para que se reconozca efecto de impunidad al desistimiento, que se produzca cuando el sujeto aún está en libertad de decidir, por propia determinación, si verifica la infracción que se propuso realizar; pero no llega hasta el extremo de exigir que la decisión abstencionista se produzca sin influencia de algún

⁸¹³ Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, pp. 102 y ss.

⁸¹⁴ Maurach, R., cit. por Juan Córdova Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, op. cit., T. II, p. 205.

hecho o circunstancia que sin privar de espontaneidad a la voluntad del actor, únicamente concorra a plantearle la posibilidad de un diverso proceder.⁸¹⁵

En consecuencia, si la decisión del "retorno" obedece a la convicción de la imposibilidad normal de consumación según la representación del autor y sus recursos disponibles, dicho «retorno» será irrelevante, independientemente del concomitante temor del agente a ser descubierto y sancionado o de ya no poder lograr un fin ulterior al de la consumación. Pues cuando el agente deje inalterada dicha posibilidad de consumación según sus representaciones y aquél desiste o se arrepiente por otros motivos distintos a la imposibilidad de la consumación —concretamente de las hipótesis del fin ulterior que ya no conseguiría o del mismo temor a la pena o a ser descubierto—, dicho «retorno» se debe considerar de todos modos causa de inadecuación típica porque el delito se inconsuma por la voluntad del agente en tal sentido. Y en tanto aquellas no afectan el conocimiento sobre la posibilidad misma de «consumar» el delito, lo cual sí invalidaría el "retorno".

En tales extremos, ya sea que se considere a la espontaneidad como elemento aparte al de voluntad en el desistimiento o bien se le estime como ingrediente de la propia decisión voluntaria, es claro que a tal expresión se le otorga un especial significado. En efecto, ya vimos que en términos estrictamente psicológicos y gramaticales, la espontaneidad implica súbita *decisión interior no sujeta a maduración o reflexión*. Aceptación ésta que en su literalidad es inaceptable porque limita el desistimiento a casos que por su estrechez devienen absurdos y, además, desatiende los fines jurídicos del desistimiento en la tentativa congruentes con un Derecho Penal de prevención racional y de intervención mínima. Pues como se advierte en la ejecutoria antes transcrita y, además, de todas las razones que ya se expusieron, el que el sujeto discorra sobre la posibilidad de un diverso proceder no elimina la espontaneidad. Y ya se vio que también el desistimiento es válido siempre que el mismo no se deba a la incapacidad real o psicológica de consumación; esto es, que será irrelevante que la causa sobreveniente que le determine al agente a la inconsumación sea de carácter utilitario, amoral o inhumano; sino que aquella, para hacer inválido el desistimiento, deberá obedecer a que el agente se vea incapacitado para consumar el delito. Por ello, no se debe confundir a la espontaneidad del desistimiento con la necesidad de que el agente se arrepienta moralmente. Claro que un libre repliegue derivado de consideraciones éticas del agente se debe considerar como espontáneo. Pero también lo será cuando la decisión de retorno es amoral o utilitaria siempre y cuando ella sea libre y se crea que aún se puede consumar el delito.

De todo lo expuesto se puede concluir que la clave de un desistimiento inválido está en la ausencia de una nueva voluntad real de no consumar el delito; o bien porque falte la espontaneidad del mismo desistimiento en virtud de la conciencia o convicción del agente de no poder consumar el delito; o bien cuando la decisión sea bajo coacción que razonablemente no permita la libre elección.

Por último, resta subrayar de nuevo que —a diferencia del CPC— los sendos artículos 12 del CPF y 21 del CPDF sólo exigen la espontaneidad respecto al desistimiento pero no con relación al arrepentimiento. Según los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF, cuando el agente agote el periplo ejecutivo y luego impida el resultado será irrelevante examinar si aquel lo impidió espontáneamente o con reservas por creer que ya no podía consumar el delito. Pues de acuerdo con el texto de los artículos 12 del CPF y 21 del CPDF basta simplemente con que impida el resultado para que se dé la causa de inadecuación típica aunque aquella acción no hubiere sido espontánea, esto es, libre, o porque se tomó frente a obstáculos que impedirían la realización del

⁸¹⁵ Arrapero 968/55, 1º. Sala, Informe 1956, S. J. F., p. 88.

resultado. Lo cual no sucede en el CPC donde su artículo 38 también condiciona la validez del «arrepentimiento» a que el agente *“sepa o crea que aún puede consumir el delito”*.

Pero de ello también se sigue que será insuficiente para dar relevancia al arrepentimiento que el sujeto crea que realiza la acción adecuada que impedirá el resultado, cuando en realidad actúa bajo un error que hace ineficaz el retorno, produciéndose de todas maneras dicho resultado. Esto es, para que opere el arrepentimiento como causa de insubsunción típica —tan en el CPF y el CPDF como en CPC— aquél debe ser «eficaz», en cuanto él impida realmente el resultado.

Sin embargo, podría argüirse que aquel fenómeno podría estimarse como un caso especial de error de tipo, tomando en cuenta que la inconsumación por causa ajena a la voluntad es un elemento típico del delito en grado de tentativa. Esto es, se podría argumentar que dado que la inconsumación de la tentativa se debe dar por causa ajena a la voluntad del agente, por ende, cuando es la misma voluntad de aquél la que le motiva a impedir el resultado, se está incidiendo por error en uno de los elementos típicos de la misma tentativa y, por lo tanto, por virtud de tal error es admisible la eficacia del arrepentimiento como motivo que dé pie a la insubsunción típica. Empero, tal enfoque equivoca la mira por la siguiente razón: Es cierto que el retorno cuando es eficaz es causa de insubsunción típica de la tentativa, habida cuenta que el delito no se consuma en virtud de la propia voluntad del agente. Pero también es verdad que cuando el retorno es ineficaz debido a error, el delito de todas suertes se consuma debido a la anterior acción ejecutiva del agente que fue presidida por el dolo. Ya no se puede hablar entonces de que hubo un error que haya incidido sobre algún elemento del tipo penal del delito en grado de tentativa, sino de un error irrelevante para la configuración de los elementos típicos de un delito consumado. Porque respecto de ellos no hubo ningún error en la conducta ejecutiva acabada dirigida a producir el resultado que realmente se da conforme al fin del agente cuando realizó su conducta sin tal error. Una cosa es pues la ineficacia de la conducta ejecutiva debido a error para poder producir el resultado y que puede integrar la tentativa —a menos que la absoluta inidoneidad de la acción determinada por el error impida desde antes cualquier peligro al bien jurídico—. Y otra muy distinta la es la ineficacia de la diversa conducta de retorno que por error no impida las consecuencias de la conducta anterior, ya que aquella conducta de retorno ineficaz deja intocada la consumación del delito respecto del cual no hubo error sobre los elementos del tipo penal que lo constituyeron. Ejemplo: El agente cree desactivar el mecanismo de la bomba de tiempo, que momentos antes puso en marcha para dar muerte a la víctima, sin saber que su maniobra es ineficaz, por lo que el explosivo estalla y mata a aquélla. En tal caso hay homicidio doloso consumado.