



Guanajuato, Gto., 07 de septiembre de 2022

Oficio DDPG/CSTyEC/348/22

LIC. JUAN BARDO RODRIGUEZ DE LA VEGA
COORDINADOR DE ASUNTOS ESCOLARES
CAMPUS GUANAJUATO

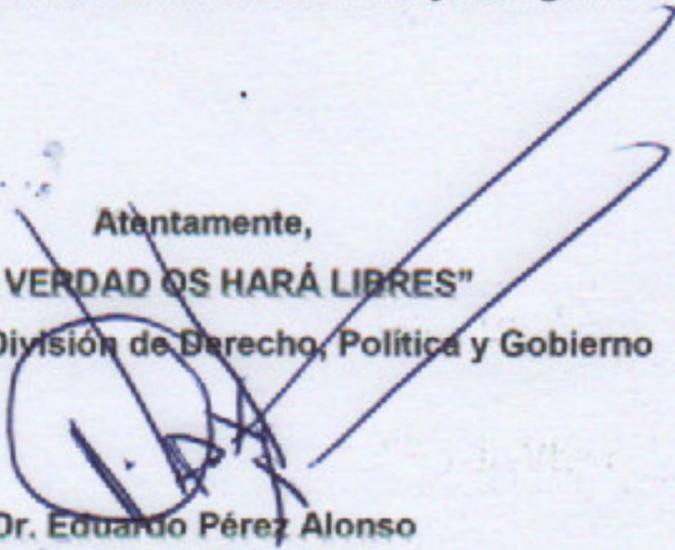
Con fundamento en los artículos 62 fracciones I, II inciso b) y IV, 68 y demás relativos y aplicables del Estatuto Académico, por este conducto **HAGO CONSTAR** que el alumno (a) **ANAHÍ HERNÁNDEZ PAREDES** ha cumplido íntegramente con los requisitos académico-administrativos necesarios para que le sea autorizada la sustentación de su examen para la obtención del título de **LICENCIADA EN DERECHO** bajo la modalidad de **TESIS**.

Sin otro en particular, reciba de mis consideraciones la más alta y distinguida.

Atentamente,

"LA VERDAD OS HARÁ LIBRES"

Director de la División de Derecho, Política y Gobierno


Dr. Eduardo Pérez Alonso

CAMPUS GUANAJUATO
DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO

Lascuráin de Retana No. 5, Centro, Guanajuato, Gto., México; C.P. 36000
Teléfonos: (473) 732 00 06 ext. 3092 y 3099

www.ddpg.ugto.mx

GUANAJUATO, GUANAJUATO A 07 DE SEPTIEMBRE DE 2022.

Asunto: Solicitud de Registro de Tesis.

DR. EDUARDO PEREZ ALONSO
DIRECTOR DE LA DIVISIÓN DE DERECHO, POLÍTICA Y GOBIERNO
UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO
Presente

La que suscribe Anahí Hernández Paredes alumna egresada del programa académico de Licenciatura en Derecho de la División de Derecho, Política y Gobierno de la Universidad de Guanajuato, por este conducto me permito solicitar sea aceptada y registrada en esa División a su digno cargo el trabajo de tesis titulado: "Identificación de la Tentativa Acabada e Inacabada y su punibilidad a través del derecho comparado entre el Código Penal de Guanajuato y el Código Penal Español"

Cabe mencionar que propongo como mi Director(a) de Tesis a Gerardo Rafael Arzola Silva quien firma de aceptación del cargo.

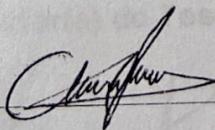
Sin otro en particular reciba de mis consideraciones la más alta y distinguida.

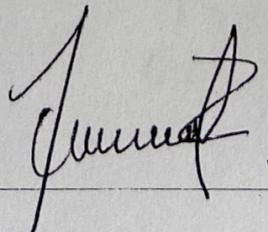
Atentamente,


07 SEP. 2022
RECIBIDO
Coordinación de Titulación

Anahí Hernández Paredes
(Alumna)

Gerardo Rafael Arzola Silva
(Director de Tesis Propuesto)







UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO

FACULTAD DE DERECHO

“Identificación de la Tentativa Acabada e Inacabada y su punibilidad a través del derecho comparado entre el Código Penal de Guanajuato y el Código Penal Español”

TESIS

Que para obtener el título de:

LICENCIADA EN DERECHO

Presenta:

ANAHÍ HERNÁNDEZ PAREDES

Director del trabajo:

GERARDO RAFAEL ARZOLA SILVA

Comité:

JOSE JESÚS SORIANO FLORES

SALVADOR FRANCISCO RUIZ MEDRANO

Guanajuato, 2022

ÍNDICE

Dedicatoria	4
Agradecimiento	5
Regulación De La Tentativa En El Código Penal Español Y Del Estado De Guanajuato.	6
Introducción	8

Capítulo I

La tentativa. Primeras aproximaciones.

- I. Antecedentes históricos. II. Regulación de la Tentativa en el código penal para el estado de Guanajuato y Código Penal Español. II.a. Código Penal para el Estado de Guanajuato. Breve Semblanza. II.b. Código Penal Español. Breve Semblanza. III. Conclusiones..... 14**

Capítulo II

Aspectos generales de la tentativa

- I. Iter criminis. I.a. Fase interna. I.b. Fase externa. II. Diferencia entre preparación y ejecución. II.a. Teorías subjetivas. II.a.1. Teoría subjetiva extrema. II.a.2. Teoría dolus ex-re. II.a.3. Teoría de la firmeza de la resolución. II.b. Teorías objetivas. II.b.1. Teoría objetivo-formal. II.b.2. Teoría objetivo-material. II.c. Idoneidad y univocidad de los actos. II.d. Teorías mixtas. II.d.1. Teoría de Welzel (Ansatz-formel) II.e. Toma de postura. III. Tentativa. IV. Consumación y agotamiento..... 24**

Capítulo III

Clases de tentativa.

- I. Planteamiento inicial. II. Tentativa idónea. III. Tentativa inidónea. III.a. La tentativa inidónea y el delito imposible. IV. Tentativa irreal. V. Delito putativo. VI. Tentativa acabada. VII. Tentativa inacabada..... 44**

Capítulo IV

Las tentativas acabada e inacabada. Comparativo entre los Códigos Penales Español y del Estado de Guanajuato.

- I. Delimitación del objeto de estudio. II. Regulación actual. III. límites entre tentativa acabada e inacabada. III.a Toma de postura. III.b. El mayor o menor grado de ejecución alcanzado. IV. Tentativa y desistimiento..... 55**

Capítulo V

Fundamento de punibilidad de la tentativa.

- I. Planteamiento general. II. Teorías objetivas. II.a. Teoría objetiva de Feuerbach (antigua). II.b. Teoría objetiva de Liszt (moderna). III. Teorías subjetivas. III.a. Teoría subjetiva sobre la voluntad delictiva. III.b. Teoría subjetiva sobre la peligrosidad del autor. IV. Teorías mixtas. IV.a. Teoría mixta de peligrosidad o adecuación causal de la acción. IV.b. Teoría mixta de la impresión. V. Opinión personal..... 70**

Conclusiones..... 84

Bibliografía..... 90

DEDICATORIA

Este trabajo de investigación sella el resultado de muchos años de apoyo y aliento que he recibido de las personas que más quiero;

A ti mamá al enseñarme que por más difícil que sea el problema, siempre existe una solución y no hay que dejarse caer.

A ti papá, por tu entrega infinita para darme lo mejor y por ser para siempre mi ejemplo a seguir. Gracias por todo lo que dejaste en mí, esto es para ti.

A ti, Mamá Mago por tu paciencia y amor. A toda mi familia; hermanos y amistades por acompañarme en el trayecto y brindarme todo el apoyo incondicional.

AGRADECIMIENTO

A mi director de tesis Gerardo Rafael Arzola Silva por la completa disposición de tiempo y paciencia durante todo el proceso. Por siempre alentarme cuando sentía que no podía avanzar más y por su entero profesionalismo y compromiso. Gracias totales, Doctor.

A mis sinodales; José Jesús Soriano Flores y Salvador Francisco Ruiz Medrano, por toda la enseñanza y conocimiento que me permitió consolidar el presente trabajo de investigación.

A mi Universidad, gracias por todo UG.

REGULACION DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y DEL ESTADO DE GUANAJUATO.

Código Penal Español:

“Art. 16. 1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.”

Código Penal del Estado de Guanajuato:

“ARTÍCULO 18. Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.”

La punibilidad aplicable será de un medio del mínimo a un medio del máximo de la sanción que correspondería al delito si éste se hubiera consumado.

Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción del resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos delito.

ARTÍCULO 19. *Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado.*

La punibilidad aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la que correspondería si el delito hubiere sido posible. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible.”

INTRODUCCIÓN

El tema toral de este trabajo de investigación se centró en el estudio en torno a las tentativas acabada e inacabada; así como la punibilidad aplicable para ambas. Su análisis implicó el tratamiento de temáticas relativas a la punibilidad del delito intentado y las modalidades en que se puede presentar.

Es por ello, que se abordará el tema a través de un estudio comparado partiendo de un análisis histórico entre las regulaciones del Código Penal del Estado de Guanajuato y el Código Penal Español, dado que cada una de las legislaciones en mención, consideran a la tentativa desde un enfoque distinto entre sí. Dicho estudio comparado permitirá crear una conexión entre cada código a través de la selección de los aspectos más pertinentes para una práctica distinción entre la tentativa acabada e inacabada, acompañado del estudio de la doctrina pertinente para un mayor conocimiento.

La técnica del derecho comparado resulta importante de aplicar ya que se ha comprobado que su utilización en la investigación jurídica proporciona una base intelectual para la interpretación y el análisis de distintos sistemas jurídicos.¹

¹Fernando **MIRÓ LLINARES** (2005), “Democracia en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre”, *Cuadernos de Política criminal*, número 87, Madrid: Edersa, p.192.

A través de la interpretación se abonará a la comprensión de ambos sistemas jurídicos tanto el de Guanajuato como el español con la finalidad de compararlos y generar una armonía respecto a la tentativa, derivado de las diferentes concepciones que se tiene de la misma como se explicará más adelante.

Ahora bien, la presente investigación se centra en el estudio de la tentativa, figura jurídica que representa una gran importancia dentro de la legislación penal puesto que los actos dirigidos a realizar cualquier delito pueden no llegar a su consumación, no obstante, deben de ser juzgados de manera apropiada de acuerdo con el trayecto del delito.

Este objetivo resulta difícil de realizar ya que las legislaciones penales se limitan únicamente a enunciar los elementos para configurar la tentativa, sin diferenciar los tipos de tentativa como lo es la modalidad acabada e inacabada y sin especificar a qué se refieren con los términos que se usan en sus disposiciones. Resulta necesario entonces, que se deba ocurrir a la doctrina para un mayor entendimiento.

Por su parte, la doctrina no ha adoptado un criterio uniforme respecto a la tentativa y en consecuencia a su modalidad acabada e inacabada, encontrando concepciones muy distantes entre sí que, al aplicarlas de manera independiente, generarían una pena completamente distinta que incluso podría transgredir el principio de proporcionalidad.

Cada doctrina cuenta con un respaldo de sí misma, por lo que no se puede afirmar que sean erróneas en su totalidad. Con ello, se busca encontrar el punto equidistante entre unas y otras con la finalidad de uniformar criterios que permitan una sola concepción para generar mayor certeza jurídica.

Estamos en presencia del primer obstáculo. Lo anterior se afirma así porque existe una obligación que recae en el órgano jurisdiccional a fin de juzgar a la tentativa conforme a sus diversas modalidades bajo un sobreabundante conocimiento. Dicha situación propicia que el órgano jurisdiccional se dé a la tarea de interpretar el hecho tentado conforme a lo que establece la doctrina, de la que ya se refirió los obstáculos que presentan.

Por ello se afirma que los jueces tienden a emitir sentencias en relación con la tentativa limitándose de forma general a fijar si se configura el delito tentado o no, dejando de lado la identificación de sus formas atendiendo al número de actos ejecutados en el hecho delictivo y generando desproporcionalidades por falta de predictibilidad de los pronunciamientos judiciales en los delitos de imperfecta realización².

La presencia de una tentativa ya sea acabada o inacaba obliga al órgano jurisdiccional a aplicar un análisis exacto entre cada uno de los actos que se ejecutaron en el delito tentado. Cada acto tiene un valor para la solicitud y aplicación de la pena, dirigido a una proporcionalidad.

Nuestro sistema penal se basa en un principio de proporcionalidad que *grosso modo* establece lo siguiente;

“Implica que la previsión, la determinación, la imposición y la ejecución de la medida se lleven a cabo en función de la peligrosidad criminal del individuo”.³

² Leoncio **APUMAYTA RIVEROS** (2020), “La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018”, Huancayo, p. 156.

³ Ivonne Yenissey **ROJAS**, “La proporcionalidad en las penas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.285

Este principio ha sido denominado también como prohibición de exceso, razonabilidad o racionabilidad, proporcionalidad de medios, proporcionalidad del sacrificio o proporcionalidad de la injerencia. Tiene su razón de ser en los derechos fundamentales, cuya dogmática lo considera como límite de límites, con lo cual pretender contribuir a preservar la “proporcionalidad” de las leyes, ligándolo con el principio de “Estado de Derecho” y, por ende, con el valor justicia. El principio de proporcionalidad caracteriza la idea de justicia en el marco de un Estado de Derecho⁴.

Atendiendo a lo anterior, resulta también indispensable que en los casos donde se verifique la ejecución de un delito imperfecto el fiscal diferencie entre la tentativa acabada e inacabada desde la fase inicial de la investigación. Determinarlo significa directamente poder solicitar una pena idónea al delito tentado y en observancia de los principios de proporcionalidad y lesividad. De esta manera se guía a la obtención de un pronunciamiento judicial congruente.

Entendemos entonces que; “A mayor delito, mayor pena y a menor delito, menor pena”. Por ello la importancia de contar con los criterios idóneos para identificar la tentativa acabada e inacabada ya que de ahí depende la pena a imponer al sujeto activo, respetando siempre sus garantías procesales a través de un análisis integral de cada uno de los actos ejecutados para la comisión del delito.

De esta manera tenemos que la justificación del presente estudio conllevará un análisis respecto al tema de la tentativa, que en esencia recae sobre el riesgo al bien jurídico creado y partiendo del mismo, determinar en

⁴ *Ibid*, p, 275.

qué fase se quedó el hecho delictivo, tomando en cuenta el plan del autor para consumir el delito.

El objetivo de la presente investigación será encontrar la distinción práctica entre una tentativa acabada e inacabada y su punibilidad a través de **un estudio específico de las mismas con la finalidad de** fijar los *elementos idóneos de distinción*.

Por lo anterior, es importante precisar que el estudio se abordó de la siguiente forma:

En el primer capítulo, me permito exponer de forma sucinta los antecedentes históricos que intervinieron en la evolución de la tentativa tanto en el Código Penal para el Estado de Guanajuato como en el Código Penal Español, resaltando el criterio que adopta cada una de las legislaciones y complementando dicho capítulo con un caso real de tentativa con la finalidad de identificar las diferencias y similitudes de ambos códigos.

En el capítulo segundo, me permito elaborar un análisis de los aspectos generales de la tentativa; tomando como eje central la diferencia entre preparación y ejecución, realizando un estudio de los módulos teóricos que pretenden establecer diferencia entre ambos conceptos.

En el tercer capítulo será importante desglosar las diferentes clasificaciones de tentativas y los elementos característicos de cada especie; resaltando y ubicando a la tentativa acabada e inacabada.

El cuarto capítulo el objeto de estudio se centró en el abordaje de algunos aspectos de tentativa acabada e inacabada, desde un plano comparativo, abarcando como puntos centrales: la regulación actual; la

delimitación entre ambas figuras; y su relación con el desistimiento, con la intención de localizar el punto de distinción entre una y otra.

Finalmente, el quinto capítulo lo dedicaremos a un estudio sobre el fundamento de punición de la tentativa, con la finalidad de localizar los criterios idóneos para la determinación de la pena, de acuerdo con lo que nos establece la ley y retomando teorías jurídicas para su estudio y fundamento y con específica mención a los problemas jurídicos que se enfrentan al momento de determinar la punibilidad de una tentativa.

Resulta importante mencionar que esta investigación se parte de un estudio de derecho comparado, como una herramienta que permita abonar, a través del análisis de una legislación extranjera, un mejor estudio a la investigación. De tal forma que se hará el parangón entre lo dispuesto en el Código Penal para el Estado de Guanajuato y lo dispuesto en el Código Español; lo anterior, toda vez que ambos Códigos abordan al delito de la tentativa desde perspectivas diferentes, lo cual permite crear una visión más práctica.

No debe perderse de vista que las consideraciones tendientes a establecer una clara delimitación de las fases del *iter criminis*, tiene consecuencias prácticas en tres niveles de suma importancia: por un lado, en orden a establecer los umbrales de la relevancia penal de la conducta; por otro, lo relativo a los aspectos del desistimiento; y finalmente, en la determinación de la pena.

Capítulo I

La tentativa. Primeras aproximaciones.

I. Antecedentes históricos. II. Regulación de la Tentativa en el código penal para el estado de Guanajuato y el Código Penal Español. II.a. Código Penal para el Estado de Guanajuato. Breve Semblanza. II.b. Código Penal Español. Breve Semblanza. III. Conclusiones

I. Antecedentes Históricos.

El origen y los antecedentes históricos que configuraron a la tentativa como un hecho delictivo tienen un impacto directo que se relaciona con su estatus actual dentro de los ordenamientos legales. De ello desprende también, la importancia e impacto de generar una punibilidad a este tipo de actos delictivos aún y cuando no se consuma el ilícito.

Por ello, nos vamos a remontar hasta la Edad Media en donde Roberto Reynoso Dávila menciona que “La idea de la tentativa debe su origen a la ciencia jurídico medieval de Italia. En el Derecho Romano falta el concepto y la palabra técnica de tentativa. (Theodor Mommsen). Más por el contrario en las Leyes Cornelia, algunos actos de tentativa y de preparación están sancionados con la pena del delito consumado⁵.

Se entiende entonces, que la tentativa no nace de forma inmediata puesto que “Es el resultado de una evolución histórica en el Derecho, que configura una progresividad en el mismo.⁶

Se ha considerado a la tentativa, desde perspectivas muy diversas, incluso en las épocas más antiguas que establecían la responsabilidad por el resultado, no se conocía este concepto, por cuanto no se producía con la tentativa perjuicio alguno. Es un hecho cierto que la “tentativa” se ha desarrollado poco a poco antes de tener el sentido que le damos en la actualidad

⁵ Roberto REYNOSO DÁVILA, (1995) “Teoría general del delito”, Porrúa, México, p. 302.

⁶ Luis COVA GARCÍA, “Historia y Concepto de la Tentativa punible”, p. 1. Disponible en <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-0066/A-11.pdf>

En la legislación y en la jurisprudencia de los siglos XIV Y XV parece haberse reconocido el concepto de la tentativa en el sentido moderno, sin que se pueda decir; por lo demás, que existan entre esa época y la actual, líneas inmediatas de correlación.

En el Derecho Romano ulterior, bajo la influencia de la filosofía griega, se sitúa cada vez más el valor decisivo no en el resultado (exitus), sino en la voluntad (voluntas), preparándose así la concepción de la pena de la tentativa. En este sentido los actos preparatorios, la tentativa y la consumación experimentan igual castigo.

Por su lado, en el Derecho italiano de la Edad Media se considera más exactamente, desde el punto de vista científico, el concepto de la tentativa (conatus). La tentativa se describe como un cogitare, agüere, sed non perficere, y se castiga más levemente (extra ordinem)

Los estatutos italianos fijaron verdaderas reglas acerca de la tentativa sin dejar de reconocer la concepción antigua. También tiene importancia la jurisprudencia de la iglesia. Bajo la influencia de la práctica, también la teoría propicia que la tentativa sea castigada más levemente que el hecho consumado.

El art. 178 de la Ley Carolina (Constitutio Criminalis Carolina) de 1532 ofrece una definición detallada de la tentativa, situada esencialmente en el terreno de una teoría objetiva.

Por el contrario, el derecho territorial general prusiano de 1794 castiga el delito iniciado más levemente que la consumación, aunque encuentra lo esencial de la tentativa en la mala intención.

El Código Penal de Prusia de 1851 creó un tipo objetivo de la tentativa, orientado estrictamente en las concepciones del Estado de derecho y de tal manera, “ha superado la concepción subjetivista del Estado de policía, que atiende a la mala intención del derecho territorial general prusiano”

A partir de aquí, se realizará un análisis de la evolución que ha tenido la tentativa dentro del Código Penal para el Estado de Guanajuato, y en el Código Penal Español, para resaltar su evolución hasta la actualidad, así como comparar la regulación de la tentativa que tenía cada Código.

II. Regulación de la Tentativa en el código penal para el estado de Guanajuato y el Código Penal Español.

II.a. Código Penal para el estado de Guanajuato. Breve semblanza.

Ahora procederemos a realizar una breve semblanza de las distintas regulaciones en el Estado de Guanajuato, sobre la tentativa; sin que ello signifique un estudio a profundidad, sino un antecedente que nos dé muestra de cómo se ha legislado dicha figura.

Inicialmente, nos remontamos al Código de 1880, mismo que contenía un apartado en el Título II, haciendo referencia a los grados de delito intencional, siendo el Conato, Delito intentado, Delito frustrado y el delito consumado. Entendiéndose de la siguiente manera;

Art 19: El conato de delito consiste: en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye.⁷

Art 25; Delito intentado es: el que llega hasta el último acto en que debiera realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean.⁸

Art 26: Delito frustrado es: el que llega hasta el último acto en que debió de verificarse la consumación, si esta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente, diversas de las que se expresan en el artículo que precede.⁹

⁷ Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 19.

⁸ Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 25.

⁹ Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 26.

El delito frustrado entonces se configura como el precedente de lo que actualmente se legisla como tentativa en Guanajuato, puesto que hace clara mención de la no consumación del delito por causas extrañas a la voluntad del agente. Dicho artículo no aclara ni especifica a qué se refiere con el término de causas extrañas, ya que este podría caer en confusión, generando una vaguedad legal para el órgano jurisdiccional al momento de tipificar el delito.

Resulta pertinente mencionar que esta legislación diferencia el delito intentado del delito frustrado. Del primero, se hace referencia a la no consumación del delito por la imposibilidad de este, creando un antecedente de lo que hoy se entiende como delito imposible.

Para 1933, el estado de Guanajuato reguló a la tentativa desde un aspecto más subjetivo, de tal manera que en su numeral 8, especificaba lo siguiente;

Art. 8 La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

*Para imponer la pena de la tentativa los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiera llegado en la ejecución del delito.*¹⁰

Se puede observar que tanto el Código de 1880 como el de 1933 representaban un retroceso en relación con la figura de tentativa, pues se sancionaba, de acuerdo con una interpretación literal, los actos puramente preparatorios y no los de carácter ejecutivo del ilícito.¹¹ Ello, deriva que muchos supuestos puedan ser objeto de sanción, incluso el único hecho de que “Juanito” compre veneno para ratas en el super mercado, sabiendo que más adelante y a través de varios actos posteriores, busque matar con ese veneno a “Mario”.

¹⁰ Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1933), Art. 8.

¹¹ Francisco PAVÓN VASCONCELOS, “Breve Ensayo sobre la Tentativa”. *op.cit.* p. 202.

Aunado a ello el término de causas extrañas desaparece y se sustituye por causas ajenas a la voluntad del agente, teniendo mayor claridad este término, como ya lo venía manejando el código español de 1880.

Para la aplicación de la pena, se consideraba el grado de peligro al bien jurídico al que se haya llegado y además la “temibilidad del autor” recayendo esto en un posible derecho penal del enemigo y en un carácter meramente subjetivo.

Posteriormente en el año 1956 el Código Penal para el Estado de Guanajuato mantenía los mismos términos que su antecesora, en torno a la regulación de la tentativa.

Hacia el año de 1978, el Código Penal para el Estado de Guanajuato amplió la concepción de la tentativa, toda vez que en su numeral 17 establecía lo siguiente;

El artículo 17 señala: “Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneas dirigidas inequívocamente a consumarlo si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas extrañas a la voluntad del agente.”¹²

Se puede observar que se implementó el término “finalidad” por el de “intención” relativos a la comisión del delito; de acuerdo con este nuevo contenido se aglutinaban las diversas especies de dolo, pues con la mera intención sólo se hacía referencia al dolo de primer grado (directo), dejando de lado otras variantes de esta figura.¹³ Incluir los diferentes tipos de dolo obliga a realizar un análisis más cuidadoso sobre el plan del autor, ya que aunque no haya querido el resultado desde un principio, puede encajar en el delito de tentativa.

Agrega además la omisión como una manera de encaminarse a la realización del delito tentado. Así como también complementa las

¹²Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1978), Art. 17.

¹³ Enrique **CARDONA ARIZMENDI**, / Cuauhtémoc **OJEDA RODRIGUEZ**, “Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato”. Orlando Cárdenas Edito. Segunda Edición. México, D.F. 1985. p. 108.

características de los actos a realizar por el autor, como lo serían los actos inequívocos e idóneos.

Más allá de lo terminológico, esta nueva estructuración de la tentativa suponía una amalgama entre las tesis que solventaban que la tentativa debía castigarse en cualquiera de sus etapas, pues en cada una de ellas revelaba la peligrosidad del agente; y las posturas que preconizaban la voluntad contraria al deber.¹⁴

II.b. Código Penal Español. Breve semblanza.

En correlatividad, toca en turno hacer unos breves planteamientos, bajo la misma metodología que el apartado anterior, del Código penal español, también de manera panorámica, sobre la tentativa; sin que ello signifique tampoco un análisis profundo, sino un antecedente que nos dé muestra de cómo se legisló dicha figura, en el país ibérico.

En 1870 España contaba con dos nuevas definiciones como lo era el delito frustrado y el delito tentado, dentro del artículo 3 del Código Español. Por lo que se definía al delito frustrado desde un punto de vista objetivo; Hay delito frustrado cuando el culpable pone en práctica todos los medios de ejecución necesarios para llegar al resultado, pese a que éste no se produzca finalmente por causas ajenas al autor.

En la tentativa (segundo apartado del citado artículo), el autor inicia la realización del hecho, pero no practica todos los actos de ejecución, y el delito no llega a consumarse por causas que no sean fruto de su desistimiento.

De lo anterior, se puede observar que ambas legislaciones consideraban al delito frustrado. El Código Español de 1870 determinaba como delito frustrado a aquel que no se consumaba por causas ajenas del autor; reconociendo, únicamente, a los medios de ejecución, sin establecer una diferencia con aquellos medios que no están dirigidos a la ejecución, pero sí a la preparación del delito. Asimismo, refiere que en el delito de tentativa no se

¹⁴ *Ibid*, p, 109.

practican todos los actos de ejecución por causas que no sean fruto del desistimiento del autor.

Hacia 1932, España expediría un código que contendría las mismas conclusiones que el Código de 1870¹⁵, sin dejar de hacer mención a la Ley de Vagos y Maleantes, promulgada el 4 de agosto de 1933, donde se recogía, en su artículo noveno, párrafo cuarto: “Los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto(...); podrán ser asimismo susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad”. Estableciendo la posible aplicación de medidas de seguridad en atención a la peligrosidad de estos.¹⁶

Por su lado el Código Penal en español de 1944, derivado de su legislación anterior, introduce por primera vez en un código penal en España el término expreso de tentativa inidónea, debida a la falta de medios adecuados de ejecución, como el propio y peculiar delito imposible, por inexistencia de objeto o sujeto pasivo sobre los que recae la acción, equiparando ambos supuestos y sancionándolos con la calificación de la tentativa ordinaria en el nuevo artículo 52.2.

Sin generar muchos cambios, el Código que surge para 1973 se mantendría en el mismo tenor que la legislación española de 1944. No sin resalta que, respecto a la tentativa, este código agregaba lo siguiente;

“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito.”

¹⁵ el Código Penal de 1928, retornando al de 1870. Sirviéndose de este para la redacción del propio de 1932

¹⁶ Jorge Antonio **FERNÁNDEZ GONZALEZ**, (2020), “La tentativa inidónea, estudio doctrina y jurisprudencial”, Universidad de Valladolid.

Aquí, se tiene que incluso el delito imposible era candidato para recibir una pena, cosa que el Código del Estado de Guanajuato ya no consideraba, puesto que había dejado de lado al delito tentado.

La punibilidad aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la que correspondería si el delito hubiere sido posible. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible; aunque no debe perderse de vista que el presente trabajo se ubica en diferenciar entre tentativa acabada e inacabada.

III. Conclusiones

El Código Penal para el estado de Guanajuato actualmente se regula bajo un criterio subjetivo tomando en cuenta su regulación actual.

Resaltando el énfasis que hace con el término finalidad, que se puede traducir en intención, querer, desear. Por lo cual para la legislación Guanajuatense basta el demostrar que el sujeto activo realizó actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumar el delito, es decir actuando bajo un dolo. Se enfoca es determinar las características del acto y la intención.

Por su lado, el Código Español actualmente se regula bajo un criterio objetivo, es decir, todo lo contrario, al Código Guanajuatense.

Así, el Código Español en vez de tomar en cuenta la intención del sujeto activo, procede a tomar en cuenta el peligro al bien jurídico y la afectación que se haya producido del mismo, especificando que el principio de la ejecución del delito se dé por hechos exteriores y por actos que objetivamente produzcan el resultado. De esta manera se deja a un lado la intención del sujeto.

Con la finalidad de aterrizar con mayor claridad este tema de los criterios, sirve como referencia la sentencia emitida por el juzgado de enjuiciamiento de la Tercera Región del Estado de Guanajuato, emitida en la Ciudad de Cortázar, Guanajuato, fecha del 06 de Julio del 2022, por el juez en turno Pablo López Zuluaga, en la cual se expone de forma general los siguientes hechos;

“Que durante la persecución, el sujeto que viajaba del lado del copiloto asomó parte de su cuerpo y empuñando un arma les realiza tres disparos en forma zig-zag, sin que logrará impactar a ninguna de las unidades oficiales, dada la pericia de sus conductores, que durante esa breve persecución, también les fueron arrojados poncha llantas por los sujetos que viajaban a bordo de las camionetas (diversos a sus conductores), sin que ninguno de estos objetos hiciera blanco en los neumáticos de los vehículos oficiales”

De la cual, en su Considerando Cuarto el juez en turno determina lo siguiente;

“Que, no se justifica el homicidio en grado de tentativa atribuido a los acusados por estos hechos derivado de que con los disparos de arma de fuego al momento de la persecución, en zigzag hacía las unidades policiacas, esta, válidamente es una conducta idónea para privar de la vida. En efecto, esas tres detonaciones de arma de fuego, son idóneas para privar de la vida a los catorce Agentes de Investigación Criminal que iban en la persecución de los acusados; la respuesta es no; en efecto, un proyectil de arma de fuego, si es idóneo para privar de la vida a un semejante, aquí la pregunta es y queda sin respuesta igual, si tres, son suficientes para privar de la vida a catorce personas? cuando se ha venido hablando de que los agentes policiacos viajaban de manera tal que todos se encontrarían expuestos, ante las detonaciones del arma de fuego, más si no queda definida la trayectoria de dichos disparos, menos aún podemos definir que

los mismos puedan ser considerados como un medio idóneo para privar de la vida a los catorce.

Con el ejemplo anterior, se aprecia que el criterio adoptado por el juez en turno es meramente objetivo, ya que de su justificación argumenta que no hubo un peligro al bien jurídico tutelado que en este caso es la vida, al considerar que ninguna de las víctimas fue lesionada, procede a determinar que los actos incluso no son idóneos para consumar el delito.

Bajo esta tesitura, el juez resolvió erróneamente, ya que los hechos se suscitaron en Cortázar, Guanajuato, y el Código Guanajuatense se basa en una cuestión subjetiva, situación que quedará demostrada en el presente trabajo, pues la legislación de Guanajuato se basa en la calificación de los actos desplegados por el activo, es decir, mediante el análisis de dichos actos se encuentra la intención de activo -parámetro subjetivo- para delimitar entre preparación y ejecución, si esos actos son idóneos e inequívocos.

Por tanto, siguiendo dicha legislación, entonces estaríamos en presencia de un homicidio en grado de tentativa ya que no debe existir, necesariamente, una afectación al bien jurídico tutelado y basta con la intención del sujeto activo aunado a la idoneidad de los actos. Por lo que al momento de realizar las 3 detonaciones que se mencionan en los hechos, nos encontramos con un arma de fuego idónea para privar de la vida, independientemente, de que las mismas no hayan impactado sobre las víctimas, pues precisamente por causas ajenas a la voluntad del autor, es que el resultado no se produjo.

De esta manera queda evidenciado hasta qué grado pueden influir las diferentes adopciones que se tiene de la tentativa, sin tener que adentrarse en la determinación de la pena, pues atendiendo al criterio objetivo tenemos una sentencia absolutoria y atendiendo al criterio subjetivo tendríamos, una sentencia condenatoria; sin perder de vista que el tema de este trabajo es diferenciar entre tentativa acabada e inacabada.

Capítulo II

Aspectos generales de la tentativa

- I. Iter criminis.** I.a. Fase interna. I.b. Fase externa. **II. Diferencia entre preparación y ejecución.** II.a. Teorías subjetivas. *II.a.1. Teoría subjetiva extrema. II.a.2. Teoría dolus ex-re. II.a.3. Teoría de la firmeza de la resolución.* II.b. Teorías objetivas. *II.b.1. Teoría objetivo-formal. II.b.2. Teoría objetivo-material.* II.c. Idoneidad y univocidad de los actos. II.d. Teorías mixtas. *II.d.1. Teoría de Welzel (Ansatz-formel)* II.e. Toma de postura. **III. Tentativa. IV. Consumación y agotamiento.**

I. Iter criminis.

Terminológicamente, el concepto *iter criminis*, sirve para designar el camino o trayecto del delito;¹⁷ Este camino puede variar de acuerdo con el caso en concreto, por ello, es necesario que, para su cabal estudio y comprensión, se deba analizar en cada una de sus fases o etapas.

En efecto, se ha determinado que el delito es un proceso consecutivo y secuencial, que se conforma con una serie de actos que van desde la ideación del propósito criminal hasta su completa consumación, definido con la expresión latina *iter criminis* (vida del delito), el trayecto del delito puede variar con el caso en concreto y por lo tanto es importante identificar cada una de sus fases y etapas por la que pasa el delito, ya que será esencial al momento de determinar una tentativa. Así, tenemos que el *iter criminis* abarca en esencia

¹⁷*Vid.* De entre algunos de los autores mexicanos que se refieren al tema, José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (2001), *Derecho penal mexicano*, México: Porrúa, p. 509, Francisco PAVÓN VASCONCELOS (1998), *Breve ensayo sobre la tentativa*, México: Porrúa, p. 1. Respecto a González Quintanilla establece: “para nosotros, viene a ser una mecánica para la integración de un delito autónomo, por considerar como tal a la tentativa y no fases previas para la consumación de un tipo específico que no llegó a realizarse”.

dos etapas fundamentales: la fase interna y la fase externa.¹⁸ Mismas que se explican de la siguiente manera;

I.a. Fase interna.

La fase interna se constituye por todos los momentos del ánimo mediante los cuales se formaliza la voluntad criminal, precediendo a su manifestación.¹⁹

En este momento del trayecto del delito, nos encontramos en una fase que no produce efectos en el exterior y por lo mismo, no crearía consecuencias jurídicas por sí sola. No obstante, dicha etapa representa un grado de importancia dentro de la tentativa, ya que derivado de esta fase, nace y surge la tentativa en la mente del sujeto activo.

Por lo que en esta primera etapa del *iter criminis*, se abarcan tres subfases; previo al análisis de cada una de ellas, debe decirse, nuevamente, que para efectos de la punibilidad y por regla general, al configurarse en el fuero interno del sujeto, sin que exista una manifestación externa, se deriva que la misma no es susceptible de ser sancionada. Lo anterior, partiendo del aforismo romano *cogitationis poena nemo patitur*, para determinar que nadie puede ser sujeto de sanción por lo que piensa.²⁰ Resaltando nuevamente, que el Derecho Penal interviene en manifestaciones externas de la voluntad y no en pensamientos que se quedan en la fase interna, ya que los mismos serían prácticamente imposibles de acreditar ante el Derecho penal.

¹⁸ Miguel **POLAINO NAVARRETE** (2004), *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho, p. 15.

¹⁹ Vid. Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *Derecho penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 712.

²⁰ *Ibid.* Como lo refieren estos autores, el mero pensamiento sin trascendencia externa resulta incoercible, pues el Derecho penal no puede intervenir sino a partir de manifestaciones de voluntad.

Ahora bien, tenemos que, en el fuero interno del activo, se presenta un primer momento identificado como el nacimiento de la idea de cometer un delito. Es decir, es el momento inicial en que el sujeto crea la idea de cometer un delito en específico, quedando en este momento sólo como un pensamiento de carácter interno. Definido de otra manera, como *concepción*²¹, *ideación del delito*²², *tentación criminal*²³; asimismo, también se entiende como un proceso de motivación.²⁴

En un segundo momento, aparece lo que se conoce como *deliberación*²⁵, en este momento, el sujeto se encuentra en una confrontación a nivel de *psiqué*; equilibrando los puntos a favor y en contra, respecto de la realización del hecho criminoso²⁶; es decir, la decisión entre los motivos favorables o desfavorables²⁷, qué tan beneficiado o perjudicado pudiera resultar la determinación de emprender el hecho delictivo.

Por último, en el fuero interno encontramos la *resolución criminal*²⁸ o de voluntad²⁹, la cual se produce cuando el cuestionamiento originado en la etapa deliberatoria se ha encaminado por una decisión, que, en caso de ser la realización del delito, resultaría el inicio de exteriorización de la voluntad delincuencia. ³⁰ Dando por terminada la etapa interna en el sujeto.

²¹ José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (2001), *ob.cit.*, p.510.

²² Manuel COBO DEL ROSAL; Tomas Salvador VIVES ANTON (1999), *loc.cit.*

²³ José CEREZO MIR (2001), *Curso de Derecho penal español, Parte general III. Teoría general del delito/2*, Madrid: Tecnos, p. 177.

²⁴ José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (2001), *loc.cit.*

²⁵ Manuel COBO DEL ROSAL; Tomas Salvador VIVES ANTON (1999), *loc.cit.* Mencionan estos autores que “la deliberación precede o puede preceder a la decisión de cometerlo.”

²⁶ José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (2001), *loc.cit.* José CEREZO MIR (2001), *Curso, loc.cit.*

²⁷ José CEREZO MIR (2001), *Curso, loc.cit.*

²⁸ Manuel COBO DEL ROSAL; Tomas Salvador VIVES ANTON (1999), *loc.cit.*

²⁹ José CEREZO MIR (2001), *Curso, loc.cit.*

³⁰ Gustavo MALO CAMACHO (2001), *Derecho penal mexicano*, México: Porrúa, p. 470.

Cabe señalar que el despliegue de estos momentos no tiene un tiempo específico para realizarse, por lo cual puede tender a desarrollarse de manera variable. En este sentido se pueden generar procesos internos prolongados como el caso de un delito premeditado, o bien, una secuencia instantánea en delitos derivados de rencillas.³¹

En la realidad, el *iter criminis* puede que se configure en todas y cada una de sus etapas, pero también existe la posibilidad de que el hecho quede inconcluso en alguna de estas fases iniciales.³² De ahí que esta etapa resulte irrelevante para el derecho penal en el supuesto de presentarse por sí sola.

I.b. Fase externa.

En el entendido de que ha terminado la fase interna, damos paso a la etapa externa, en donde se puede observar que las determinaciones de índole interna dan paso a la exteriorización de la voluntad, y ya no a un mero pensamiento o idea del sujeto, ya que ha tomado una decisión criminal de la cual tiene la intención de consumar.

Es importante distinguir las fases que componen el ámbito externo del *iter criminis*, entendiendo que ciertos momentos deben considerarse como penalmente relevantes y dejan ver la frontera que, en la mayoría de los códigos punitivos, se conoce como acto preparatorio y acto ejecutivo.

Se ha señalado que cuando la resolución de delinquir del sujeto (fase interna) se manifiesta exteriormente mediante hechos, nos encontraremos en la fase externa del delito, aunque no cualquier manifestación externa de la

³¹ *Ibid.*

³² Enrique ORTOS BERENGUER; José L. GONZALEZ CUSSAC (2008), *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 209.

resolución de delinquir resultaría punible.³³ Es por ello la importancia de analizar cada etapa y sus consecuencias jurídicas.

Nos parece correcto considerar a la preparación del delito, como aquella actividad de carácter externo, dirigida a facilitar su posterior realización.³⁴

La preparación puede diferenciarse de la simple manifestación de la voluntad, en que la primera está dirigida a la ejecución, mientras que la simple manifestación de voluntad criminal puede operar sin tal finalidad.³⁵

Debemos señalar que, por determinación legislativa, algunas conductas, que en esencia revisten la característica de preparación, dada su peligrosidad, se estatuyen en tipos penales *sui generis*.³⁶

Por último, dentro de esta fase externa encontramos la ejecución, entendida como el comienzo de la realización del hecho típico³⁷ o como actos que realizan total o parcialmente la conducta típica descrita en la ley penal,³⁸ En este momento del iter criminis, se considera que este tipo de actos ya son punibles, porque generan una consecuencia jurídica exterior.

³³ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (2010), "El iter criminis", en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (dir.) / Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (cord.), *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 380.

³⁴ *Cfr.* Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *ob.cit.*, p.714.

³⁵ *Ibid.*

³⁶ Tal es el caso de la legislación española en los supuestos de actos preparatorios punibles: la conspiración, proposición y provocación.

³⁷ *Cfr.* Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *loc.cit.*

³⁸ *Cfr.* Enrique **ORTS BERENGUER**; José L. **GONZALEZ CUSSAC** (2008), *ob.cit.*, p.210.

II. Diferencia entre preparación y ejecución.

Ahora bien, si por regla general los actos preparatorios son impunes y los actos ejecutivos son punibles, establecer la diferencia entre unos y otros deviene fundamental.³⁹

Es por ello que se han desarrollado diversas teorías cuya función se centra en concretar la diferencia entre ambos conceptos. Mismas que a continuación se van a abordar

II.a. Teorías subjetivas.

Lo fundamental para estas teorías en torno a la diferencia entre preparación y ejecución, radica en la opinión del sujeto activo relativa a su planeación criminal; de tal suerte, se consideran como ejecutivos aquéllos actos que para el sujeto activo son parte de la fase decisiva de su plan.⁴⁰ Por lo cual, dicha teoría recae en la opinión y pensamiento pero del propio autor, quien deberá determinar qué tan trascendentes son sus actos y a partir de ahí definir si zona actos preparatorios o ejecutivos.

De igual forma, conforme a este grupo de teorías subjetivas la diferencia entre preparación y ejecución descansa, en la opinión del sujeto activo acerca de su plan criminal.⁴¹

³⁹ Nótese como en el caso del Código penal español, la fórmula del artículo 16,1, hace referencia a lo punible cuando señala que el activo “*da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores*”, por lo tanto, lo que no llegue a la categoría de ejecución, no es tentativa y será impune. Con mucho mayor énfasis, el Código penal de Guanajuato, en su artículo 18 habla de tentativa punible sólo en los casos de “*actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente*” si la conducta no reviste ese carácter, no hablamos de *tentativa punible*, sino de acto preparatorio.

⁴⁰ Cfr. Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (2010), “El iter criminis”, *ob.cit.*, p.384.

⁴¹ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia: Tirant lo blanch, p.227.

Como advierte *MORENO-TORRES HERRERA*: “A partir de esta consideración común, las diferentes teorías subjetivas centrarán su atención en unos u otros aspectos (mera objetivación de la voluntad, firmeza de la resolución, etc...), pero siempre sobre la base de cuándo entiende el autor que se alcanza la fase decisiva de su plan.”⁴²

Estas teorías se justifican básicamente en la manifestación de la voluntad delictiva;⁴³ o dicho en otras palabras, con base en la configuración misma de la voluntad del sujeto.⁴⁴ Por lo cual, el personaje principal que puede determinar los actos preparatorios y ejecutivos es únicamente el autor.

II.a.1. Teoría subjetiva extrema.

La vertiente más extrema del sector subjetivista entiende el comienzo de la tentativa, es decir, la existencia de actos ejecutivos, cuando sea posible reconocer la **intención antijurídica** del sujeto activo en las acciones que ha cometido; se ha mencionado que esta teoría se conforma con la simple objetivación de la voluntad.⁴⁵

De igual forma, la tentativa punible aparecerá, con la primera actividad llevada a cabo con voluntad delictiva, dirigida a la consumación.⁴⁶

⁴² *Ibid.*, p. 228.

⁴³ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *La Tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de la punición y comienzo de la tentativa*, Granada: Comares, p. 65.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*, p. 70.

⁴⁶ Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *La Tentativa de Delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch, p. 144.

Básicamente se criticó esta postura, debido a que castigando la simple manifestación de voluntad, en ocasiones podrían castigarse deseos o pensamientos.⁴⁷

II.a.2. Teoría dolus ex-re.

Para esta teoría no basta la simple exteriorización de voluntad, para hablar de la existencia de una acción ejecutiva, se requiere que de la actividad llevada a cabo por el sujeto activo, se desprenda no sólo la voluntad de cometer el delito, sino además, qué delito se quería realizar.⁴⁸ Es decir, que el acto ejecutado debe demostrar el delito en específico, de tal forma que dicho acto sea claro de identificación para encajar en el cuerpo del delito

II.a.3. Teoría de la firmeza de la resolución.

Otra variante de las teorías subjetivas, lo constituye aquella que exige que el hecho, además de la voluntad del autor, encaminada a la realización del delito, deba revestir la presencia de una resolución firme que no se revoque y que no sea variable.⁴⁹

En suma, se ha advertido que la teoría subjetiva analizada, remite a un elemento que deviene fundamental, el plan del autor, pero del cual deberá

⁴⁷ *Ibid.*

⁴⁸ *Ibid.*, p. 146. En ese sentido, el Código Penal del Estado de Guanajuato de 1880, establecía como forma de imperfecta realización el conato, consistente en realizar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye; exigiendo en la fracción I del artículo 21, como requisito para castigar: “Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos, o acompañados de algún indicio, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar.”

⁴⁹ Elena FARRÉ TREPAT (1986), *ob.cit.*, p.148.

deducirse en qué estadio se encontraba la acción enjuiciada respecto a la acción típica.⁵⁰

II.b. Teorías objetivas.

Dando paso a las teorías objetivas, vamos a encontrar que de las mismas se difiere en gran medida con las teorías subjetivas, por lo cual es necesario analizar las teorías más relevantes, como se muestran a continuación;

II.b.1. Teoría objetivo-formal.

Esta teoría se desprende de las aportaciones respecto a la construcción del tipo por *BELING*; se refiere al comienzo de la ejecución típica, a partir del momento en que se penetra el núcleo del tipo.⁵¹ De esta manera, para determinar las acciones ejecutivas debe atenderse a la parte especial y desprender el verbo típico que la ley emplea y mediante la cual determina el resultado.⁵² Con ello, dejamos de lado la parte subjetiva y damos paso a actos que representan un resultado en el mundo jurídico.

De acuerdo con esta teoría, la ejecución comenzaría con el inicio de la acción descrita en el tipo penal, es decir, las acciones ejecutivas se identificarían con las acciones típicas, por lo que la ejecución y por tanto el inicio de la tentativa tendría verificativo con el comienzo de la acción descrita en el tipo.⁵³

⁵⁰ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.70.

⁵¹ Gustavo **MALO CAMACHO** (2001), *Derecho penal, ob.cit.*, p.473.

⁵² Luis Felipe **GUERRERO AGRIPINO** (2005), “Aspectos Sistemáticos y Político-Criminales de la Tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina”, *Revista Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministerio da Justiça*, volume 1, número 18, Brasil, p.87.

⁵³ Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *ob.cit.*, p.156.

En principio, este aporte tiene como mérito primordial el respeto a la seguridad jurídica; lo punible se edifica sobre conducta objetivada en el mundo y se toma como patrón valorativo de esa realidad al tipo penal.⁵⁴

A nuestro juicio, no ofrece una clara separación entre acto preparatorio y acto ejecutivo, basta comentar el ejemplo del tipo penal de violación⁵⁵ que necesariamente, al hablar de tentativa y de acto ejecutivo para determinarla, conforme a esta posición será al comenzar a realizar el tipo, es decir, al momento de verificarse el acceso carnal y bajo esa tesitura resultaría complicado tipificar la tentativa de violación, pues siempre se consumará el delito.⁵⁶

La excesiva rigidez de la postura, por cuanto que se apega a la fórmula legal, puede conducir a desechar como casos de tentativa –por no caer dentro de acciones típicas– supuestos que merecen pena (desenfundar un arma) por lo que no garantiza la función preventiva del Derecho Penal.⁵⁷

De la misma manera, dicha teoría revertiría la esencia de la tentativa, como lo es la intención, la cual no recae en ningún acto ejecutivo que penetre el núcleo del tipo, y como se ha mencionado, basarnos en esta teoría significaría dejar de considerar punibles una gran cantidad de hechos tentados.

⁵⁴ Vid. Nelson R. **PESSOA** (1998), *La tentativa, distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*, Buenos Aires: Hammurabi, p. 42.

⁵⁵ El artículo 180 del Código Penal para el Estado de Guanajuato establece: “A quien por medio de violencia imponga cópula a otra persona...”

⁵⁶ Edgardo Alberto **DONNA** (2005), *La Tentativa*, Buenos Aires: Belgrano, pp. 30, 31.

⁵⁷ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.58.

II.b.2. Teoría objetivo-material.

Para delimitar los excesos de la teoría formal objetiva, nacen varias posturas basadas en criterios de orden material, que tiende a ampliar los actos ejecutivos, más allá del núcleo del tipo.⁵⁸

En efecto, dentro de este concepto pueden englobarse varias teorías, que partiendo de la consideración del comienzo de la acción típica (objetivo-formal), han pretendido formular con mayor precisión, un criterio para diferenciar entre preparación y ejecución.⁵⁹

El planteamiento más conocido dentro de ésta ala teórica, es la denominada **fórmula de la unidad natural**, que fundamenta la diferencia entre preparación y ejecución, estableciendo que existe un principio de ejecución, en todos aquellos actos que debido a su necesaria conexión con la acción descrita en el tipo penal, aparecen como partes integrantes de dicha acción.⁶⁰

Esta teoría encuentra su fundamento en el principio sustentado por *FRANK*, por medio del cual eran incluidas en la tentativa aquellas *acciones que por su necesaria vinculación con la acción típica eran parte integrante de ésta*, según una natural concepción.⁶¹

Esta postura representa una ampliación del ámbito de las acciones ejecutivas, puesto que no se circunscribe de manera exclusiva a las acciones típicas, sino también a las acciones precedentes que se hallan en íntima **conexión** con aquéllas.⁶²

⁵⁸ Luis Felipe GUERRERO AGRIPINO (2005), "Aspectos Sistemáticos, *ob.cit.*, p.88.

⁵⁹ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.231.

⁶⁰ *Ibid*, p. 232.

⁶¹ Edgardo Alberto DONNA (2005), *loc.cit.*

⁶² Eduardo DEMETRIO CRESPO (2003), *ob.cit.*, p.59.

Se sostiene que el criterio válido para determinar la calificación de un acto como preparatorio o como ejecutivo, es acudir a la descripción típica,⁶³ pues precisamente en la hipótesis normativa encontramos las características de la acción; representando un índice general aplicable a las actuaciones punibles.⁶⁴

II.c. Idoneidad y univocidad de los actos.

La doctrina italiana, se encaminó por un sesgo diferente, construyendo una configuración metodológica que tuvo repercusiones en algunas legislaciones penales, incluido el Código Penal de Guanajuato; se ubica en este apartado por razones expositivas, pero no debe perderse de vista que se trata de una teoría de corte subjetivo, debido a que la intención del activo se califica a través de los actos desplegados y calificándolos como idóneos e inequívocos.

Se analizará de forma general algunos planteamientos de *FRANCESCO CARRARA*; pues sus ideas sobre el tema requerirían de un profundo análisis que, sin embargo, excede del propósito de este trabajo.

Para *CARRARA* existe tentativa a partir del análisis de sus elementos constitutivos; establece que en el delito imperfecto también su fuerza moral

⁶³Enrique **ORTS BERENGUER**; José L. **GONZALEZ CUSSAC** (2008), *loc.cit.* Señalan estos autores: "...comprobar en la correspondiente figura delictiva cómo está descrita la conducta típica, y así decidir si este o aquel acto comporta una ejecución o desarrollo de la misma, o si por el contrario únicamente supone su preparación. Todo dependerá de la conducta típica, esto es, del verbo empleado y de las demás características del tipo de acción correspondiente."

⁶⁴ *Cfr.* Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *ob.cit.*, p.715.

nace de la intención, pero en la tentativa falta el **efecto dañoso** que la convertirá en delito consumado.⁶⁵

Identifica a la tentativa de delito como conato, porque su esencia lo constituye un esfuerzo (*conatus*) de la voluntad acompañada de un esfuerzo del cuerpo.⁶⁶

Por otro lado, considera que el delito se compone de una serie de momentos físicos, y cada uno de ellos se representa por un acto: lo ejemplifica estableciendo que un malhechor camina hacia el fin propuesto a través de esa serie de actos, y cuando el curso de esos momentos (actos) se interrumpe tenemos la tentativa, cuya cantidad resulta de la serie de los recorridos por el agente en relación con aquéllos que aún le faltan por recorrer.⁶⁷

En razón de lo anterior, bien puede clasificarse el conato en próximo y remoto; estableciendo una regla “cuando menos sea la serie de los actos no ejecutados para realizar el delito, tanto mayor será la cantidad del conato y tanto mayor será también el peligro; por consecuencia, la imputabilidad aumentará bajo esta relación”.⁶⁸

Para *CARRARA*, surge la interrogante de establecer: ¿cuál será el límite entre los actos preparatorios y el conato, entre conato próximo y conato remoto, entre tentativa y delito frustrado?⁶⁹

La univocidad era la fórmula determinante del límite entre los actos preparatorios y el conato.

⁶⁵ Francesco **CARRARA** (2000), *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción Vicente ROMERO GIRÓN, Argentina: Rodamillans, pp. 67, 68.

⁶⁶ *Ibid*, p. 60.

⁶⁷ *Ibid*, p. 64.

⁶⁸ *Ibid*, p. 133.

⁶⁹ *Ibid*.

En la tesisura del peligro corrido, un número considerable de tratadistas siguieron desarrollando los aportes de *CARRARA*.

Ya en el proyecto del código penal italiano, conocido como Código Rocco, se exponía la dificultad de conseguir en la práctica, la distinción entre acto preparatorio y acto ejecutivo; por lo tanto, al prescindir de estos conceptos se sustituyeron por el de idoneidad y univocidad; entendido como la voluntad dirigida a cometer un delito.⁷⁰

Bajo esta tesisura, la idoneidad y el carácter unívoco se consideraban como atributos suficientes del acto.

Basta señalar que el código penal de Guanajuato, requiere para la tentativa ‘actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente’ a la consumación del delito.⁷¹

⁷⁰ Apud. J. Ramón **PALACIOS VARGAS** (1979), *La Tentativa*, México: Cárdenas editores, p.57.

⁷¹ En la misma línea, Cfr. Código Penal de Coahuila, artículo 38: “*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; si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.*” También resulta ilustrativo el artículo 56 del Código Penal Italiano, que se refiere al delito tentado, cuya traducción directa es la siguiente: “*Quien realiza acciones idóneas, dirigidas de manera no equívoca a cometer un delito, responde del delito tentado, si la acción no se termina o el acontecimiento no se verifica.*”

II.d. Teorías mixtas.

De las diversas teorías de corte objetivo y subjetivo, se pueden obtener aspectos positivos, pero también situaciones negativas que requieren ser depuradas, ya que podrían afectar el estudio de la tentativa por ir en contra de características esenciales de la misma. Por lo tanto, se advirtió que los problemas que plantea la tentativa no pueden desentrañarse desde posiciones que tengan en cuenta únicamente aspectos objetivos o subjetivos.⁷²

Como característica fundamental de estas teorías debemos destacar que, sin desconocer la necesidad de atender al plan del autor, para una correcta delimitación entre preparación y ejecución, sin embargo, también consideran que dicho criterio por sí solo no es suficiente para establecer tal delimitación.⁷³ Ya que nos encontramos con supuestos que requieren un mayor estudio para identificar la diferencia entre los actos que configuran el plan del autor

II.d.1. Teoría de Welzel (Ansatz-formel).

De acuerdo con la teoría de *WELZEL*, tenemos que la tentativa tendría inicio mediante la actividad con la que el autor, según su plan delictivo, inicia inmediatamente a realizar el tipo; de acuerdo con el autor alemán, siempre debe de partirse de la acción típica del tipo delictivo en particular, agregándose la comprobación individual de si el autor, de acuerdo a su planificación delictiva, comienza la actividad inmediatamente dirigida a realizar el tipo.⁷⁴

En efecto, ésta postura asume como punto de partida la acción típica del delito en cuestión y a ello agrega la comprobación individual de si el autor, de

⁷² Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *ob.cit.*, p.24.

⁷³ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.92.

⁷⁴ *Ibid.*

acuerdo con su plan delictivo, se puso en actividad **inmediata** respecto de la realización típica.⁷⁵

Se critica esta teoría al decir que no debe admitirse que las penas se fundamenten en representaciones, decisiones de voluntad o en específica actitud del autor, sino en los hechos;⁷⁶ de igual forma porque se considera que el momento a partir del cual los actos del sujeto se consideran punibles, se deja al propio autor y no a la ley.

Dicho en otras palabras, la frontera entre acto preparatorio y acto ejecutivo dependerá de la opinión que al respecto tuviera el sujeto activo.⁷⁷

II.e. Toma de postura.

Las cuestiones inherentes al delito intentado han derivado el origen de debates que se encuentran muy distantes entre sí, evitando un consenso entre los mismos. Prueba de ello es el variado marco teórico que ha pretendido establecer, con el carácter de general, posibles soluciones que delimiten la frontera entre preparación y ejecución, y que, de los mismos, se puede observar que consideran criterios y aspectos muy alejados entre sí, que de tomar sólo uno de ellos, implicaría dejar atrás aspectos que pudieran resultar relevantes para la identificación entre actos preparatorios y ejecutivos.

Los sesgos doctrinales se decantan unas veces en aspectos objetivos, otras más en la planificación del sujeto activo de carácter subjetivo. Actualmente es posible encontrar códigos que fundamentan sus formulaciones

⁷⁵ Luis Felipe **GUERRERO AGRIPINO** (2005), “Aspectos Sistemáticos, *ob.cit.*, p.96.

⁷⁶ Luis Carlos **REY SANFIZ** (2001), *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Madrid: Dykinson, p. 47.

⁷⁷ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.229.

de tentativa en ideas elaboradas hace más de un siglo, específicamente, con base en las ideas de CARRARA.

Lo anterior es indicativo de que la última palabra aún no está dicha. No debe obviarse que cada modelo teórico ha sido elaborado dentro de un marco ideológico específico y que no puede dar abasto a todas las consideraciones que conlleva la tentativa.

Cada propuesta teórica da solución a un grupo de casos, pero lo cierto es que las **combinaciones de criterios amplifican** el espectro para solventar el mayor número de supuestos posibles, por lo cual resulta elemental no limitarse a una sola teoría que podría dejar rezagados aspectos importantes que consideran otras teorías.

Así, nos encontramos que las ideas suministradas por la teoría objetivo individual, resuelve con cierta holganza supuestos de tentativa inacabada con autor único, pero en la praxis ha de requerir del auxilio de la patente de las ideas de la teoría del peligro para resolver asuntos inherentes a los delitos omisivos.

Es innegable que en la calificación de una acción como ejecutiva ha de considerarse el plan del autor, pero valorado desde el campo objetivo.

A nuestro juicio, debe tenerse como marco de referencia la protección de bienes jurídicos que desde el punto de vista político criminal, se encuentran en consonancia con un modelo de Estado liberal de derecho, impidiendo la inseguridad jurídica de los ciudadanos ante el poder del Estado.⁷⁸

⁷⁸Vid. Manuel VIDAURRI ARECHIGA (2011), *Compendio temático de Derecho penal*, México: Porrúa, p.4.

El derecho penal como toda ciencia evoluciona y debe hacerlo tratando de empatarse con el ritmo acelerado de las sociedades modernas, seguramente los conceptos de tentativa tendrán que evolucionar con ellas.

III. Tentativa.

Cuando se ha dejado atrás la preparación y el sujeto activo comienza la ejecución con la finalidad de llegar a la consumación, estaremos hablando de tentativa.

Al referirnos a la tentativa, nos encontramos ante la ausencia de consumación, o dicho en otras palabras, no siempre se colman todos los elementos de la descripción típica, por lo tanto, al ocurrir esta salvedad, hablamos de que el tipo se ha realizado de manera imperfecta o que la ejecución es de carácter imperfecto.⁷⁹

Ahora bien, la materia del presente análisis se centra en la legislación punitiva española y guanajuatense, por lo que debemos señalar que el primero de los códigos, define a la tentativa en su artículo 16,1:

“Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor,”

⁷⁹ Vid. Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (2010), “El iter criminis”, *ob.cit.*, p.385.

Por su parte el Código penal de Guanajuato, en su artículo 18, define a la tentativa en los siguientes términos:

“Hay tentativa punible cuando con la finalidad de cometer un delito se realizan actos u omisiones idóneos dirigidos inequívocamente a consumarlo, si el resultado no se produce o se interrumpe la conducta por causas ajenas a la voluntad del activo.”

IV. Consumación y agotamiento.

En la redacción de las tipologías de la Parte Especial, su configuración está diseñada para la fase consumativa; no obstante, existen supuestos en los que el sujeto activo, haya o no⁸⁰ culminado su planificación criminal, no logra alcanzar la consumación.

Por tanto, el delito consumado, expresa *MUÑOZ CONDE*, es el punto de referencia que tiene presente el legislador a la hora de crear los tipos penales.⁸¹

La consumación se presenta “cuando se realiza la totalidad de los elementos del tipo de injusto de que se trate, esto es, no sólo la actividad o actividades descritas por él, sino también, y plenamente, el resultado típico, produciéndose, de modo completo, el desvalor global de la figura delictiva.”⁸²

⁸⁰ Hay tentativa cuando se agota el plan del autor y no se produce el resultado; pero también cuando el plan del autor no se agota (v.g.; piénsese en el ladrón que fue sorprendido escalando, sin haber accedido a la vivienda).

⁸¹ Francisco **MUÑOZ CONDE**; Mercedes **GARCÍA ARÁN** (2012), *Derecho penal, Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch, p.411.

⁸² *Cfr.* Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *ob.cit.*, p.732.

Siguiendo a *BORJA JIMÉNEZ*, “una vez producida la consumación del delito, puede decirse que se han satisfecho el mínimo de condiciones necesarias para que la norma preceptiva dé paso a las consecuencias jurídicas subsiguientes, y que, en el ámbito del Derecho penal, vienen representadas fundamentalmente en el marco de la punibilidad”.⁸³

Concepto distinto sería lo que se conoce como el agotamiento del delito, entendido como aquella parte de la ejecución donde una vez alcanzado el resultado del delito (consumación formal), es decir, realizados todos los elementos del tipo⁸⁴, el sujeto activo obtiene el propósito buscado.⁸⁵

⁸³ Emiliano **BORJA JIMENEZ** (1995), “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, p. 91.

⁸⁴ Cfr. Enrique **ORTS BERENGUER**; José L. **GONZALEZ CUSSAC** (2008), *ob.cit.*, p.219.

⁸⁵ Paz **LLORIA GARCIA** (2006), *Aproximaciones al estudio del delito permanente*, Granada: Comares, p.101.

Capítulo III

Clases de tentativa.

- I. Planteamiento inicial. II. Tentativa idónea. III. Tentativa inidónea. III.a. La tentativa inidónea y el delito imposible. IV. Tentativa irreal. V. Delito putativo. VI. Tentativa acabada. VII. Tentativa inacabada.**

I. Planteamiento inicial.

El modelo típico desarrollado por el legislador se encamina a determinar el hecho en su fase consumativa, y caso contrario, si el hecho no se consuma o si ésta no se configura, aparece la tentativa.

No obstante, dentro del campo del delito tentado, su configuración no se presenta siempre de la misma manera en todos los supuestos; por lo que ha surgido la necesidad de que la doctrina desarrolle el análisis de varios casos, con un tratamiento sistemático particular.

En este capítulo, trataremos de abordar, de manera general, cada una de estas figuras estableciendo sus aspectos más característicos.

De acuerdo con las modalidades que asuma el acto en cuestión, se configurarán las diferentes formas de tentativa.⁸⁶

Como han señalado algunos autores, la tentativa no es un concepto que hace referencia a un grupo de supuestos, sino que son una serie de casos cuyo déficit se actualiza por la no presentación de un resultado.⁸⁷

⁸⁶ Vid. Nelson R. PESSOA (1998), *ob.cit.*, p.86.

⁸⁷ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.249.

II. Tentativa idónea

La denominada tentativa *idónea*, ha sido motivo de estudio preferente; sobre todo en la concretización de su tipicidad y en el fundamento de punibilidad.

Partiendo de sus presupuestos, pueden abordarse los elementos diferenciadores en relación con otros grupos de tentativas como la inidónea o la irreal.⁸⁸

Desde el concepto de acto ejecutivo, debe ponerse de manifiesto que la acción ejecutiva debe ser idónea; por esa razón los actos absolutamente inidóneos no representarían principio de ejecución, porque en ellos no puede entenderse el comienzo de realización del delito.⁸⁹

Se ha establecido que *ex post* toda tentativa demuestra su falta de peligrosidad para consumar el delito, pero también *ex post*, una vez que se conocen todas las características del hecho, pueden identificarse las acciones que inicialmente eran capaces de consumación y aquéllas que eran incapaces para la producción del resultado dentro de cuyo rango se ubica la tentativa inidónea.⁹⁰

⁸⁸ *Ibid*, p. 251.

⁸⁹ Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *ob.cit.*, p.728.

⁹⁰ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, loc.cit.*

III. Tentativa inidónea

La tentativa inidónea encuadra una serie de casos en donde aún realizados actos encaminados a la comisión de un ilícito, la realización de éste resulta imposible, por la inidoneidad de medios o inexistencia del objeto.⁹¹

De lo anterior, podemos señalar que la configuración de la tentativa inidónea se puede presentar cuando los medios de que se vale el sujeto activo para generar el resultado resultan inidóneos para causarlo.⁹²

Lo anterior puede ejemplificarse en los casos donde una persona pretende privar de la vida a otro suministrándole azúcar en una bebida, pensando que utiliza una sustancia venenosa y creyendo que con la misma será suficiente para privar de la vida a dicha persona; es obvio que el azúcar resulta un medio inidóneo para producir el resultado esperado y que aunque se ejecuten todos los actos que a consideración del autor, son suficientes para consumar el hecho, éste no producirá el resultado esperado ni tampoco representa un peligro al bien jurídico. Lo anterior no quita que el autor haya ejecutado un plan que terminó en tentativa por causas ajenas a su voluntad.

De igual forma, se tendrá por actualizada la tentativa inidónea en aquellos supuestos en que haya inexistencia del objeto⁹³; puede hacerse referencia al caso donde una persona realiza disparos sobre otro, con la intención de privarlo de la vida, sin saber que dicha persona había muerto horas antes a causa de un ataque al corazón.

⁹¹ Gustavo MALO CAMACHO (2001), *Derecho penal, ob.cit.*, p.478.

⁹² *Vid. Ibid.* En ese sentido, el Código Penal del Estado de Guanajuato regula en su artículo 19: **"ARTÍCULO 19.** Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando por error el agente considera que existía el objeto en que quiso ejecutarlo o que el medio utilizado era el adecuado."

⁹³ *Ibid.*

III.a. La tentativa inidónea y el delito imposible

Una cuestión de carácter terminológico se presenta en torno a la denominación que debe utilizarse para el tipo de tentativa analizada y que dicha denominación sea acorde a las características del tipo de tentativa en cuestión.

En Alemania predomina el uso del concepto de tentativa inidónea – *untauglicher versuch*–; por lo que resulta indispensable precisar si también es correcta la denominación de delito imposible.⁹⁴

El término de delito imposible es de uso común entre los penalistas franceses⁹⁵; mientras que los tratadistas españoles usan ambos términos.⁹⁶

En efecto, dentro de la doctrina española, la utilización del concepto de delito imposible es para supuestos de inexistencia de objeto material.⁹⁷

Compartimos la idea de que la expresión de tentativa inidónea es la que designa con mayor claridad y precisión la institución jurídica en análisis, en tanto que el concepto de delito imposible es sólo un caso de tentativa, encontrándose vinculado su estudio a ésta.⁹⁸

⁹⁴ Ricardo Juan **CAVALLERO** (1983), *El delito imposible. La tentativa inidónea en el Derecho penal argentino*, Buenos Aires: Editorial Universidad, p.81.

⁹⁵ Luis **RODRÍGUEZ RAMOS** (2009), “Artículo 16”, en Luis RODRÍGUEZ RAMOS (dir.) / Amparo MARTÍNEZ GUERRA (cord.), *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid: La ley, p. 109.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ *Ibid.*

⁹⁸ Ricardo Juan **CAVALLERO** (1983), *loc.cit.*

El concepto de tentativa inidónea no parece plantear ningún problema porque se trata de una formulación genérica, pues supone que algo es inidóneo ya sea por los medios o por el objeto.⁹⁹

La denominación de delito imposible suele ser confusa, pues una conducta dolosa que carece de aptitud, mediante un juicio *ex ante* para realizar el tipo objetivo, no puede calificarse de delito, pues en realidad estamos hablando de tentativa y terminológicamente delito imposible resulta ser un contrasentido.¹⁰⁰

A pesar de considerarse el término correcto el de tentativa inidónea, gran variedad de códigos, incluido el Código Penal para el Estado de Guanajuato, han definido a esta institución con la denominación de delito imposible, según preceptúa en el artículo 19 entendiéndose que este concepto deviene de una tradición antigua que se ha difundido en un gran número de obras y legislaciones.¹⁰¹

Por otro lado, y pese a la tradición de muchas legislaciones en implementar el término de delito imposible, se ha propuesto su relegación al considerarse incorrecto, pues lo que resulta imposible, en estos casos, no es lógicamente la producción del delito, sino la producción del delito consumado; además de que encierra el peligro de cuestionar la verdadera naturaleza de estos supuestos.¹⁰²

⁹⁹ José MUÑOZ LORENTE (2003), *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo blanch, p. 29. Aunque el propio autor plantea que este concepto genérico comienza a generar problemas cuando se observa que determinados sectores doctrinales excluyen del concepto de tentativa inidónea los casos de falta de objeto; por ejemplo, los casos de prácticas abortivas en mujer que no está encinta.

¹⁰⁰ Ricardo Juan CAVALLERO (1983), *ob.cit.*, p.82.

¹⁰¹ *Ibid.*

¹⁰² Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito*, *ob.cit.*, p.256.

IV. Tentativa irreal.

Se encuadra dentro de este tipo de tentativas aquellas conductas que no pueden ser calificadas como peligrosas en ningún momento de su realización.¹⁰³

Se considera como una clase de tentativa inidónea, en el sentido de que la inidoneidad alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor del hecho, se puede percatar de la carencia del delito y de toda posibilidad de alcanzar el resultado.

Cabe señalar que algunas posturas le otorgan un carácter de suma importancia a la idoneidad de los actos para concederles el carácter de ejecutivo, dicho en otras palabras, para efectos de tentativa, sólo se consideran ejecutivos los actos idóneos.¹⁰⁴

A contrario, desde el ámbito de la tentativa irreal, las acciones integrantes de la misma no se consideran como ejecutivas, es decir, no suponen un principio de ejecución para la producción de un delito, por no ser idóneas.¹⁰⁵

La doctrina denomina como tentativa irreal, imaginaria o supersticiosa a supuestos que se caracterizan por su inidoneidad absoluta para producir el resultado;¹⁰⁶ como ejemplos de uso común en la doctrina, se emplean los casos de personas que utilizan algunas prácticas de vudú o brujería para pretender causar un daño a otra persona.¹⁰⁷

¹⁰³ Esteban SOLA RECHE (1996), *La llamada "tentativa inidónea" de delito. Aspectos básicos*, Granada: Comares, p. 181.

¹⁰⁴ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.262.

¹⁰⁵ *Ibid.*

¹⁰⁶ *Ibid.*, p.261.

¹⁰⁷ Por ejemplo, el Código Penal del Estado de Guanajuato, en la parte final de su artículo 19 regula: "...Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible."

V. Delito putativo

Se denomina delito putativo los casos en que una persona considera que su conducta es delictiva,¹⁰⁸ creyendo que está realizando los elementos descritos como delictivos en la ley penal cuando en realidad no es así.

Otros autores lo consideran como aquel donde el autor cree erróneamente que su conducta se encuadra bajo una norma prohibitiva, que sólo existe en su imaginación.¹⁰⁹

El delito putativo también se llama imaginario y en abono de lo ya señalado, se configura porque representa un comportamiento orientado por una resolución de voluntad no delictiva, es decir, el hecho llevado por el sujeto activo no es constitutivo de un delito, aunque él crea que sí.¹¹⁰

Se hace diferente de la tentativa porque la conducta realizada no es típica, pero tampoco el pretendido resultado.¹¹¹

Como es sabido, la norma jurídica protege bienes jurídicos; sin embargo, en la esfera del llamado delito putativo, el sujeto tiene en mente la existencia de una norma que no existe y derivado de la misma no existe un peligro a ningún bien jurídico. Como señalan algunos autores, en realidad se trata de acciones que no son objeto de ninguna prohibición.¹¹²

Un supuesto concreto se maneja cuando una persona considera que su conducta es constitutiva de un delito al sostener relaciones extramaritales, sin

¹⁰⁸ Octavio Alberto **ORELLANA WIARCO** (2005), *Curso de Derecho penal, Parte general*, México: Porrúa, p.408.

¹⁰⁹ Ricardo Juan **CAVALLERO** (1983), *ob.cit.*, p.130.

¹¹⁰ Esteban **SOLA RECHE** (1996), *SOLA RECHE, ob.cit.*, p.137.

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.352.

saber que esos actos no están tipificados, como en el caso concreto del Estado de Guanajuato.¹¹³

Se ha señalado que algún grupo de casos referidos a los delitos putativos, como los supuestos de autor inidóneo (sujeto que se considera funcionario público, aceptando dádivas, cuando en realidad no posee tal carácter),¹¹⁴ son situaciones no idénticas, pero valorativamente se trata de supuestos equiparables.¹¹⁵

Ambos supuestos derivan en una misma consideración: la creencia de un deber en realidad inexistente. De lo anterior puede determinarse que el ámbito de vigencia de la norma no puede ampliarse, en razón de que la definición y afirmación de la existencia de un delito corresponde de a la ley y no a la simple opinión del sujeto.¹¹⁶

¹¹³ En estos casos, se maneja la postura de que el supuesto sujeto activo configura un error de prohibición a la inversa, es decir, mientras que en el error de prohibición una persona configura una conducta típica desconociéndola, en el caso del delito putativo realiza una conducta que considera como delito sin serlo.

¹¹⁴ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.280.

¹¹⁵ Esteban **SOLA RECHE** (1996), SOLA RECHE, *ob.cit.*, p.191.

¹¹⁶ *Ibid.*

VI. Tentativa acabada

Los códigos penales y la mayoría de los autores se inclinan por una clasificación bipartita de tentativa, dejando de lado lo que se conocía como delito frustrado.¹¹⁷

Esta división abarca las llamadas tentativa acabada e inacabada, de acuerdo con la redacción de los propios códigos penales. En este apartado abordaremos lo relativo a la llamada tentativa acabada.

La tentativa acabada es entendida como aquella donde se llevan a cabo todos los momentos del acto, sin embargo, el resultado no se consuma.

En efecto, dentro de la tentativa acabada, el autor realiza toda la actividad productora de la finalidad por él seleccionada, pero por razones ajenas a su voluntad, el resultado no se produce.¹¹⁸

También es entendida como aquella donde el autor ha hecho todo lo que tenía que hacer de acuerdo con su proyecto, pero el resultado no se produjo o no se ha producido todavía a causa de una circunstancia externa.¹¹⁹

De igual forma, cuando el autor realizó todos los actos necesarios para el fin propuesto sin que se produzca el resultado.¹²⁰

Para otros autores, se trata de casos en los que la acción era apta para alcanzar la consumación, lo que, sin embargo, no se produjo por circunstancias posteriores.¹²¹

¹¹⁷ Francisco **PAVÓN VASCONCELOS** (1998), *ob.cit.*, p.25. En el Derecho penal español era tradicional una distinción que se reflejaba en la determinación de la pena, entre tentativa y frustración; no obstante, en la actualidad legislativa española se ha suprimido tal distinción, incluyéndose ambos conceptos en el término legal de tentativa.

¹¹⁸ Vid. Nelson R. **PESSOA** (1998), *ob.cit.*, p.87.

¹¹⁹ José Arturo **GONZÁLEZ QUINTANILLA** (2001), *ob.cit.*, p.520.

¹²⁰ Ricardo Juan **CAVALLERO** (1983), *ob.cit.*, p.30.

¹²¹ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.352.

Supongamos el caso en que una persona dispara en contra de otro con la firme intención de privarlo de la vida, dando en el blanco; sin embargo, la zona donde impactan los disparos se encuentra protegida por un chaleco especial: es indiscutible que se llevaron a cabo todos los actos para producir el resultado, pero éste no se presenta por situaciones o causas ajenas al autor.

VII. Tentativa inacabada

En esta clase de tentativa, el autor no puede concluir toda la actividad productora de la finalidad, que había seleccionado para obtener el resultado, el cual, lógicamente, no se obtiene precisamente por interrumpirse la actividad destinada a producirlo.¹²²

Hacíamos referencia con anterioridad que tradicionalmente se identificaba a la tentativa acabada con el delito frustrado, sin embargo, como lo apunta *PAVÓN VASCONCELOS*, dicha distinción se hace innecesaria, pues los códigos punitivos comprenden, en un solo concepto (tentativa), lo antiguamente conocido como instituciones diversas de un mismo proceso ejecutivo.¹²³

Puede entenderse la tentativa inacabada cuando se realizan actos tendientes a la producción de un resultado delictivo, pero se omite alguno o varios que son necesarios para la consumación.

De igual forma, se considera configurada la tentativa inacabada cuando el autor todavía no ha hecho todo lo que era necesario que hiciera de acuerdo

¹²² Nelson R. **PESSOA** (1998), *loc.cit.*

¹²³ Francisco **PAVÓN VASCONCELOS** (1998), *ob.cit.*, p.26.

con su proyecto;¹²⁴ o cuando hay interrupción de la conducta, sin ejecutarse todos los actos.¹²⁵

De acuerdo con las consideraciones anteriores, la tentativa inacabada supone una interrupción, en los diversos momentos en que se ejecuta el acto, quedando pendiente por realizar uno o varios de ellos.

Piénsese en el caso donde una persona ha de privar de la vida a otra mediante el suministro de una sustancia venenosa que debe darse en varias dosis y previo a suministrar la última, la persona es descubierta; por virtud de lo anterior, quedaron pendientes momentos en la ejecución del hecho, lo que actualiza el supuesto de una tentativa inacabada.

¹²⁴ José Arturo GONZÁLEZ QUINTANILLA (2001), *loc.cit.*

¹²⁵ Ricardo Juan CAVALLERO (1983), *loc.cit.*

Capítulo IV

Las tentativas acabada e inacabada. Comparativo entre los Códigos Penales Español y del Estado de Guanajuato.

I. Delimitación del objeto de estudio. II. Regulación actual. III. límites entre tentativa acabada e inacabada. III.a. Toma de postura. III.b. El mayor o menor grado de ejecución alcanzado. IV. Tentativa y desistimiento

I. Delimitación del objeto de estudio.

En España y Guanajuato existe una forma imperfecta de ejecución del delito: la tentativa.

En efecto, en el país europeo antes de 1995, se regulaba la frustración¹²⁶ y la tentativa; no obstante, la primera mencionada desapareció¹²⁷ del Código penal con la reforma de 1995.

La tentativa por su propia naturaleza se caracteriza por: "...la no producción de un resultado típico, porque hay un intento que fracasa, que no se ha completado la ejecución, o bien porque, completada ésta, el resultado delictivo no se ha producido."¹²⁸

¹²⁶ En el Estado de Guanajuato, este concepto se utilizó en el Código penal de 1880, en su artículo 18 que contemplaba varias formas de imperfecta ejecución, como el conato, delito intentado y delito frustrado: "Art. 18 En los delitos intencionales se distinguen cuatro grados: I. Conato. II. Delito intentado. III. Delito frustrado. IV. Delito consumado." El delito frustrado se entendía como el que llegaba hasta el último acto en que debió verificarse la consumación: "Art. 26 Delito frustrado es el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas a la voluntad del agente..." Este concepto desapareció en el Código penal de 1933 que determinaba: "Art. 8.- La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

¹²⁷ Vid. José CEREZO MIR (2006), *Derecho penal, Parte general I. Obras completas*, Lima: Ara editores, p.1050. Incluso se habla de una fusión entre los conceptos de frustración y tentativa.

¹²⁸ Manuel COBO DEL ROSAL; Tomas Salvador VIVES ANTON (1999), *ob.cit.*, p.727.

Por esa razón, aun y cuando se descartó de la actual regulación el concepto de frustración, el término de tentativa a que se refiere el Código español, comprende¹²⁹ lo que la doctrina ha identificado como tentativa acabada e inacabada.

En el Estado de Guanajuato, el código actual, tan sólo habla del concepto de tentativa,¹³⁰ pudiendo distinguirse de igual forma la tentativa acabada y la inacabada.

Puede señalarse que, desde la propia redacción de los códigos penales, algunos de ellos hacen referencia a los supuestos de tentativas aquí abordadas.

Tal es el caso del Código Penal de Guanajuato, que hace referencia a los actos u omisiones idóneos que se dirigen inequívocamente a consumarlo si el resultado **no se produce** o **se interrumpe**; o el supuesto del Código Penal Español que hace mención a cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando **todos** o **parte** de los actos.

Algunas posturas señalan que, no obstante, si la legislación no indica expresamente la división entre la tentativa acabada e inacabada, ello no hace menos una diferenciación que se localiza en la naturaleza misma de la figura y no en la voluntad del legislador.¹³¹

En ese sentido, el objeto de estudio se centra en abordar algunos aspectos de la tentativa acabada e inacabada, desde un plano comparativo, sin descartar

¹²⁹ El concepto abarca ambas modalidades, pero la ley no las distingue de manera expresa.

¹³⁰ Salvo el Código penal de 1880, que regulaba diversas formas imperfectas de ejecución del delito (*vid. supra* nota 155), los Códigos penales de 1933, 1956 y 1975, sólo consideraban la tentativa.

¹³¹ Gustavo **MALO CAMACHO** (1971), *Tentativa del delito*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, p.13.

que la distinción entre ambos conceptos engendrará un aspecto de gran valor al momento de arribar al análisis del desistimiento voluntario.

Se ha mencionado que la utilización del método comparado en la investigación jurídica, mediante el análisis de leyes divergentes, permite extraer consecuencias o reglas generales a todas ellas, de acuerdo con los objetivos planteados.¹³²

Por tanto, el objetivo primordial de este trabajo es un breve estudio de la tentativa en su vertiente acabada e inacabada, a la luz de las legislaciones española y guanajuatense.

El análisis comparativo abarcará como puntos centrales: la regulación actual; la delimitación entre ambas figuras; y su relación con el desistimiento.

II. Regulación actual.

Debe señalarse que, en terrenos de la tentativa, una vez superado el inicio de la ejecución, pueden distinguirse la existencia de dos estadios dentro de dicho proceso ejecutivo.¹³³

Para el caso de la legislación guanajuatense, al referirse el código en su artículo 18, a la *interrupción de la conducta*, se entiende que quedaron por agotarse uno o varios actos previos a la consumación, por causas ajenas a la voluntad del activo.

¹³² Fernando **MIRÓ LLINARES** (2005), *loc.cit.*

¹³³ Carmen **ALASTUEY DOBÓN** (2001), “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, Número 5, España, p.14.

Misma conclusión debe tomarse para el caso de la codificación ibérica, cuando su artículo 16 habla de la *práctica de parte de los actos* que deberían de producir el resultado.

Este primer momento se identifica por la doctrina y la jurisprudencia bajo el concepto de tentativa inacabada.

Un segundo momento dentro de la tentativa se actualiza cuando la codificación punitiva de Guanajuato señala la *no producción del resultado*, entendido cuando el activo ha realizado todos los actos necesarios para alcanzar la consumación, sin embargo, ésta no se logra.

Situación comprendida en la legislación española en el supuesto referido a *la práctica de todos los actos* que objetivamente deberían producir el resultado.¹³⁴

Este segundo plano alude a la denominada tentativa acabada. Ahora bien, progresivamente, si la conducta queda comprendida en uno u otro nivel, necesariamente determina la consecuencia jurídica aplicable al autor.¹³⁵

Debemos partir del principio de mayor pena para el caso de la tentativa acabada, pues en ésta la ejecución del delito, sin haber llegado a la

¹³⁴ Cfr. Jesús María **SILVA SÁNCHEZ** (2001), *Instituciones de Derecho penal*, México, Distrito Federal: Ángel Editor, p.145. Como señala este autor, para el caso del Código penal español, el concepto *resultado* sustituyó lo que antes denominaba como producción del *delito*, del artículo 3, II, del derogado Código de 1973; menciona que dicha modificación, a su entender, no es incorrecta, pues a final de cuentas la tentativa también es un delito, aunque el concepto “resultado” no queda exento de problemas, pues si dicho concepto se entiende en su carácter material, ¿qué debe hacerse con los delitos de mera actividad, que quedarían al margen de la regulación?. José **CEREZO MIR** (2006), *Derecho penal, Parte general I. Obras, ob.cit.*, p.1058, señala que para que los supuestos de tentativa de delitos de mera actividad queden comprendidos en la fórmula del artículo 16, el término «que objetivamente deberían producir el resultado» debe entenderse en sentido amplio, como equivalente a «que objetivamente deberían producir la consumación del delito». Nótese que ambas legislaciones, española y guanajuatense, aluden a la producción del *resultado*.

¹³⁵ Carmen **ALASTUEY DOBÓN** (2001), *ob.cit.*, p.15.

consumación, agotó todos los actos necesarios para la configuración del resultado, situación que no acontece en la tentativa inacabada.¹³⁶

III. Límites entre tentativa acabada e inacabada.

Las zonas limítrofes entre diversas figuras, dentro del campo punitivo, no siempre se resuelven con suma claridad; baste mencionar los aspectos entre acto preparatorio y acto ejecutivo.¹³⁷

Lo mismo ocurre con la delimitación entre las tentativas acabada e inacabada; pues no debe perderse de vista que su separación ha de influir al momento de determinar el grado de ejecución alcanzado a efectos de los artículos 62 y 100, respectivamente, de los Códigos penales español y guanajuatense.¹³⁸

Ahora bien, para establecer los límites entre ambas tentativas, deberá determinarse con qué criterios (desde un plano objetivo o subjetivo) quedará comprendido en qué momento el sujeto activo ha realizado todos los actos o parte de ellos.¹³⁹

¹³⁶ Respecto de los criterios que han de tenerse en cuenta a la hora de concretar la extensión de la pena de la tentativa, *vid. infra* Capítulo Cuarto, IV.

¹³⁷ *Vid. supra* Capítulo Primero, II.

¹³⁸ *Vid. Infra* nota 174.

¹³⁹ Cosa distinta será precisar si sólo deben quedar comprendidos los actos que le corresponden al autor o los que deben de ejecutarse por un tercero (*v.gr.* piénsese en la persona que pretende privar de la vida a su cónyuge mediante el suministro de un veneno, disuelto previamente en una bebida, que ha de llevar un sirviente a la víctima). En este caso, debe resolverse si hablamos de tentativa acabada al momento en que el sujeto activo disuelve el veneno; o cuando el sirviente lleva la bebida a la víctima. Esta situación se encuentra relacionada con los casos de *autoría mediata*. Partidaria de la primera posición, es decir, considerar tentativa acabada cuando el sujeto activo ha realizado los actos que le correspondían, sin ser exigidos los actos que deben ser realizados por otras personas, *vid.* Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.243. Por el contrario, Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN (2012), *Derecho penal, ob.cit.*, p.420, establecen que habrá tentativa inacabada, en la medida que la actividad del tercero no se produzca.

Con un criterio objetivo, la delimitación entre ambas tentativas operará con base en la opinión de un espectador neutral,¹⁴⁰ imparcial,¹⁴¹ acerca de si el sujeto activo realizó o no todos los actos que le correspondían, sin tomar en consideración la propia opinión que el sujeto activo tendría al respecto.

En efecto, a juicio de ese espectador neutral, la tentativa será acabada cuando el sujeto activo haya realizado todos los actos necesarios para la producción del resultado, caso contrario si sólo se juzga realizada la práctica de parte de los actos, se tendrá que concluir la existencia de una tentativa inacabada.

El criterio subjetivo determina la producción de todos o parte de los actos, es decir, de tentativa acabada o inacabada, exclusivamente sobre la base del plan del sujeto activo, dicho en otras palabras, “según la representación del autor del desarrollo de su plan.”¹⁴²

Lo relevante en el marco subjetivo será las representaciones del autor, es decir, la tentativa se reputa como acabada o inacabada, según si el sujeto activo cree haber realizado todos o sólo parte de los actos necesarios para producir el resultado¹⁴³

Existe una postura mixta que parte del punto de vista objetivo, es decir, del punto de vista del espectador neutral, pero considerando el plan del autor. Este criterio es identificado como *objetivo-subjetivo* y con él se consigue que no sea el propio sujeto quien decida si ha configurado todos o parte de los actos

¹⁴⁰ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito*, ob.cit., p.244, Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN (2012), *Derecho penal*, loc.cit.

¹⁴¹ Carmen ALASTUEY DOBÓN (2001), ob.cit., p.25.

¹⁴² Elena FARRÉ TREPAT (1986), ob.cit., p.258.

¹⁴³ Carmen ALASTUEY DOBÓN (2001), loc.cit.

necesarios para la producción del delito, sino un espectador imparcial, obviamente sin omitir la planificación del sujeto activo.¹⁴⁴

Dicho en otras palabras, bajo la perspectiva del espectador objetivo se determinará si aún faltan actos ejecutivos a realizar o se han verificado todos, de acuerdo con el plan elaborado por el autor en la comisión del delito.

III.a. Toma de postura.

Como ya fue planteado, las consideraciones tendientes a establecer la terminación de la fase ejecutiva del *iter criminis*, tienen consecuencias prácticas en dos niveles de suma importancia: por un lado, en orden a la determinación de la pena;¹⁴⁵ por otro, lo relativo a los aspectos del desistimiento.¹⁴⁶

¹⁴⁴ De entre los consultados, en su favor, *vid.* Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (2003), *El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa*, Madrid: Colex, p.72; Elena FARRÉ TREPAT (1986), *ob.cit.*, p.260; Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.245; Francisco MUÑOZ CONDE y Mercedes GARCÍA ARÁN (2012), *Derecho penal, loc.cit.* Señalan estos últimos autores que el artículo 16,1 del Código penal español, atiende a un criterio *formal-objetivo*, tanto para delimitar la diferencia entre preparación y ejecución, como para diferenciar entre tentativas acabada e inacabada; pero mencionan que en la determinación objetiva, debe tomarse en consideración el plan del autor para saber si la fase ejecutiva ha terminado o no. Caso contrario al Código Penal de Guanajuato, que respecto a la delimitación entre preparación y ejecución y para diferenciar entre tentativa acabada e inacabada, parte de un criterio *subjetivo*, menos radicalizado que una postura extrema, «*univocidad o equivocidad*», donde por ejemplo, se considera iniciada la tentativa con la práctica de aquellos actos que revelan de manera suficiente el propósito delictivo del sujeto.

¹⁴⁵ *Vid. Art. 62* Código penal español: “A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.” *Art. 100*, fracción I Código penal del Estado de Guanajuato: “El juez o el tribunal fijará las sanciones y medidas de seguridad procedentes dentro de los límites señalados para cada caso y que estime justas, teniendo en cuenta el grado de culpabilidad del agente, para lo que tomará en consideración: I. El grado de afectación al bien jurídico o del peligro a que fue expuesto...”

¹⁴⁶ *Vid. Art. 16,2* Código penal español: “2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.” *Art. 18*, Párrafo tercero Código penal del Estado de Guanajuato: “Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la

Esos niveles obligan a plantearse como problema toral, la delimitación entre tentativa acabada e inacabada; o como se ha señalado, “la distinción entre ejecución completa e incompleta.”¹⁴⁷

Ante la existencia de diversos criterios, *objetivos y subjetivos*, para despejar la diferencia entre tentativas acabada e inacabada; en nuestra opinión, la asunción de uno sólo de los criterios resultaría incompleto para delimitar la cuestión aquí planteada.

En efecto, un criterio objetivo, a través de la figura de *espectador imparcial*, dejaría de lado el plan del autor que resulta esencial para aterrizar el despeje entre la ejecución completa e incompleta.

Por otro lado, el atender sólo a criterios subjetivos, por mucho que se diga que desde el plan del autor puede determinarse si es exigible una prosecución de la actuación y de qué clase sería ésta¹⁴⁸, dejaría a la opinión del autor la determinación del grado de ejecución alcanzado en el intento.

Algunas opiniones han considerado como correcto, para solventar estas cuestiones, un criterio mixto.¹⁴⁹

En el caso del Código punitivo guanajuatense, se ha señalado que parte de un modelo teórico *subjetivo*,¹⁵⁰ para delimitar entre preparación y ejecución; así como entre tentativa acabada e inacabada; mientras que el Código español, parte de un criterio *objetivo material*.¹⁵¹

producción del resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos delitos.”

¹⁴⁷ Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN (2012), *Derecho penal, loc.cit.*

¹⁴⁸ Elena FARRÉ TREPAT (1986), *ob.cit.*, p.258.

¹⁴⁹ *Vid. supra* nota 173.

¹⁵⁰ *Vid. supra* nota 173.

¹⁵¹ *Vid.* Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE (1998), “Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo Código penal español”, *Revista Penal*, número 1, p.19, Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (2004), “Delito intentado e idoneidad en el derecho español”, *Revista Penal*, número 14, p.130.

Ahora bien, debemos señalar que, efectivamente, el criterio adecuado para solventar la diferencia entre tentativa acabada e inacabada debe ser uno de carácter mixto.

Por tanto, para establecer posición en este tema particular, echaremos mano de un caso planteado, en su día, por *CARDONA-OJEDA*, en los siguientes términos: la persona que se encuentra apostada en la ventana de un edificio de apartamentos, con un arma de fuego dispuesta, aguardando el paso del funcionario público en el desfile conmemorativo.¹⁵²

Respecto de este ejemplo, utilizado para diferenciar entre preparación y ejecución, los citados autores manifiestan que dicho acto se entiende como *unívoco*, es decir, que no puede entenderse o interpretarse más que en un sentido.¹⁵³

Con semejante afirmación, se plantea que el acto estudiado, debe considerarse como ejecutivo, contrario a lo preparatorio, entendido este último, con significado *ambiguo*.

Ahora bien, sin entrar en disquisiciones sobre la naturaleza ejecutiva o preparatoria de tal acontecimiento, temática ya analizada¹⁵⁴, cuestión aparte sería afirmar si estamos en presencia de una tentativa acabada o inacabada.

Con la utilización del criterio *subjetivo* de la legislación guanajuatense, estamos en posición de determinar que los actos del activo revelan su propósito delictivo, aunque no suficientemente, pues no se sabe si pretende privar de la vida o sólo lesionar a la víctima.

¹⁵² Enrique **CARDONA ARIZMENDI**; Cuahtémoc **OJEDA RODRÍGUEZ** (1985), *Código penal comentado del Estado de Guanajuato*, México: Cárdenas editores, p.109.

¹⁵³ *Ibid.*

¹⁵⁴ *Vid. supra* Capítulo Primero, II.

No obstante, a nuestro juicio, para poder determinar si ese acto ya es acabado o inacabado, requerirá de la utilización de criterios *objetivos*, es decir, sin dejar de lado la representación del autor, faltaría resolver si dichos actos son los objetivamente necesarios para producir el resultado, situación que se definirá de acuerdo a la estructura del tipo objetivo del delito consumado.¹⁵⁵

Como puede deducirse, el criterio subjetivo de <<*univocidad o equivocidad*>> resulta insuficiente para despejar la diferencia entre ejecución completa o incompleta pues, a nuestro juicio, aun determinándose como ejecutivo el acto, el hecho de encontrarse el sujeto activo apostado con el arma en la ventana, en espera de la víctima, no define lo completo o incompleto de la ejecutividad; se requerirá demostrar si el acto representa lo *objetivamente necesario* para producir el resultado.

En respuesta a lo anterior, diríamos que no, pues en las condiciones relatadas, dicho acto no representaría, *objetivamente*, lo necesario para alcanzar el resultado; por lo tanto, hablaríamos de una tentativa *inacabada*.

Caso contrario, sería disparar y no pegar en el blanco o asestando el disparo no privar de la vida a la víctima, por causas ajenas a la voluntad del autor, lo que sí haría afirmar una tentativa *acabada*.

Para el caso de la legislación española, en las condiciones del ejemplo apuntado, al partir de un criterio *objetivo*, tendríamos que concluir que nos encontramos ante una tentativa inacabada, pues dicho acto aún no es lo *objetivamente necesario* para alcanzar la consumación.

No obstante, a la luz de dicha legislación, requeriría del análisis del plan del autor, *aspecto subjetivo*, pues dejándolo fuera, imposibilitaría determinar el

¹⁵⁵ Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (2003), *El delito*, p.71.

propósito delictivo del sujeto, es decir, si efectivamente pretendía matar o sólo lesionar a la víctima.

III.b. El mayor o menor grado de ejecución alcanzado.

Señalábamos que las consideraciones tendientes a establecer la terminación de la fase ejecutiva del *iter criminis*, tiene consecuencias prácticas en orden a la determinación de la pena.

Resulta indispensable hacer algunos planteamientos en torno a los aspectos del *grado de ejecución alcanzado*, relacionados con la tentativa acabada e inacabada.

Para efectos de determinación de la pena, las codificaciones punitivas analizadas contemplan un capitulo relativo a dicha temática.¹⁵⁶

Lo interesante, es que ambos códigos mencionan un par de criterios que necesariamente deberán de tomarse en cuenta al momento de concretar la extensión de la pena del delito intentado.

El primer criterio dentro del código ibérico se refiere <<al grado de ejecución alcanzado>>; mientras que en la legislación penal guanajuatense se refiere <<al grado de afectación del bien jurídico>>.

A nuestra consideración, de manera indubitable, ambas legislaciones hacen referencia a las aludidas formas de tentativa o como se ha dicho: “a los dos posibles grados de ejecución de un hecho que se encuentra en la fase de tentativa.”¹⁵⁷

¹⁵⁶ El código Penal Español lo contempla en el artículo 62, dentro del título III, en su capítulo II, denominado: “*De la aplicación de penas*”; mientras que el Código Penal de Guanajuato, lo regula en su artículo 100, en su título cuarto, capítulo I, denominado: “*De la aplicación de penas y medidas de seguridad.*”

¹⁵⁷ Carmen ALASTUEY DOBÓN (2001), *ob.cit.*, p.15.

En efecto, el *quantum* de punibilidad de la tentativa, depende de la proximidad del intento a la consumación, pues se ha señalado que: “...cuantos más actos ejecutivos son realizados mayor es el peligro de que el delito se llegue a consumir.”¹⁵⁸

Por otra parte, la utilización del concepto *grado*, empleado por ambas legislaciones, gramaticalmente de acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, significa: “*valor o medida de algo que puede variar en intensidad.*”

Luego entonces, el grado está relacionado con la mayor o menor medida de *ejecución* o de *puesta en peligro* del bien jurídico.

Ciertamente, la repercusión penológica de la distinción entre ambas tentativas con base en el grado de ejecutividad del acto, se relativiza¹⁵⁹ en vista de que debe combinarse con otro criterio: *el peligro inherente al intento*, según la codificación española; o *el peligro a que fue expuesto el bien jurídico*, de acuerdo a la legislación guanajuatense.

De dicha combinación, resultará la diversa punibilidad aplicable a la comisión del delito intentado; debiendo concluir que independientemente de la determinación que se asuma en el caso concreto, una vez atendidos los dos parámetros legales, se parte del principio de que a la tentativa acabada le corresponde más pena que a la inacabada.

Pues resulta obvio que la ejecución completa, sin consumación, ha llegado más lejos que el intento incompleto.

¹⁵⁸ Antonio DOVAL PAIS (2001), *ob.cit.*, p.93.

¹⁵⁹ Carmen ALASTUEY DOBÓN (2001), *loc.cit.*

IV. Tentativa y desistimiento.

De acuerdo con el Diccionario de la Real Academia Española, desistir proviene del latín ‘*desistere*’, que significa apartarse de una empresa o intento empezado a ejecutar o proyectado.

Como ya señalábamos en el punto anterior, la división legal y doctrinal en torno a los tópicos de tentativa acabada e inacabada, tiene repercusiones en el ámbito del desistimiento.¹⁶⁰

Por principio de cuentas, la legislación punitiva española señala en su artículo 16,2:

“Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.”

La codificación guanajuatense, regula en su artículo 18 tercer párrafo:

“Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción del resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos delito.”

En estos preceptos encontramos de nueva cuenta referencias a la distinción entre tentativa acabada e inacabada¹⁶¹; claro está que de los datos legales arrojados por los preceptos en estudio, se puede vislumbrar que la

¹⁶⁰ Vid. *supra* Capítulo Cuarto, III.a.

¹⁶¹ Carmen ALASTUEY DOBÓN (2001), *loc.cit.*

primera modalidad de desistimiento se empareja a la denominada forma de tentativa inacabada.

En efecto, la legislación española menciona: “*desistiendo de la ejecución ya iniciada*”; en tanto que el código guanajuatense se refiere: “*desistiere*”.

La segunda modalidad del desistimiento se relaciona con la tentativa acabada, cuando el Código Penal Español regula: “*impidiendo la producción del resultado*”; en tanto que el Código Penal de Guanajuato precisa: “*impidiere voluntariamente la producción del resultado*”.

En el primer supuesto, es decir, los casos de tentativa inacabada, se habla de un *desistimiento pasivo*, consistente en que, si sólo se han ejecutado parte de los actos, objetivamente necesarios para producir el resultado, bastará con suspender la ejecución para que el delito no se consuma¹⁶²; en otros términos se habla de una conducta *omisiva* por parte del sujeto activo.¹⁶³

En el caso de la tentativa acabada, es decir, cuando se han concluido todos los actos ejecutivos, se requerirá de un *desistimiento activo*, es decir, una *acción*, del sujeto que impida la consumación.¹⁶⁴

El desistimiento debe ser voluntario, pues si la ejecución del acto se interrumpe por intervención de terceros, por actos de la propia víctima, o por cualquier situación fortuita, tal situación tiene los caracteres propios del delito tentado.¹⁶⁵

¹⁶² *Ibid.*

¹⁶³ Miguel Ángel NÚÑEZ PAZ (2003), *El delito, ob.cit.*, p.68.

¹⁶⁴ *Ibid.*

¹⁶⁵ J. Ramón PALACIOS VARGAS (1979), *ob.cit.*, p.182.

Debemos considerar que el desistimiento voluntario supone que dicha conducta no sea punible; salvo que los actos ejecutados u omitidos constituyan por sí solos delitos,¹⁶⁶ de acuerdo con las propias redacciones legales.

Se parte de que el Estado tiene interés en que los bienes jurídicos sean respetados; por ello, si el sujeto activo desiste voluntariamente de realizar actos de ejecución o la ejecución misma del delito, su conducta se considera impune,¹⁶⁷ porque es precisamente incentivar el desistimiento del delito cuya ejecución se ha iniciado lo que interesa al Estado, más que permitir que se lesione un bien jurídico para luego castigar al autor.

¹⁶⁶ Octavio Alberto **ORELLANA WIARCO** (2005), *ob.cit.*, p.407. Piénsese en la persona que ingresa a un domicilio con el propósito de robar, desistiendo de apoderarse de los objetos de valor que se encuentran en el domicilio; lo cual tendría como resultado que no sea sancionada por tentativa de robo, sin embargo, hablaríamos de que se configura el delito tipificado por el artículo 177 del Código Penal de Guanajuato que señala: “*A quien se introduzca en morada ajena o permanezca en la misma sin permiso de persona autorizada...*”

¹⁶⁷ *Ibid.*

Capítulo V

Fundamento de punibilidad de la tentativa.

I. Planteamiento general. II. Teorías objetivas. II.a. Teoría objetiva de Feuerbach (antigua). II.b. Teoría objetiva de Liszt (moderna). **III. Teorías subjetivas.** III.a. Teoría subjetiva sobre la voluntad delictiva. III.b. Teoría subjetiva sobre la peligrosidad del autor. **IV. Teorías mixtas.** IV.a. Teoría mixta de peligrosidad o adecuación causal de la acción. IV.b. Teoría mixta de la impresión. **V. Opinión personal.**

I. Planteamiento general.

Un aspecto fundamental dentro del análisis de la tentativa lo constituyen las bases sobre el fundamento de su punición; en este tema las orientaciones se concentran en tres variantes: una objetiva relativa a la posibilidad de lesionar un bien jurídico¹⁶⁸; otra subjetiva, basada en la voluntad delictiva manifestada¹⁶⁹; y por último la denominada vertiente mixta, que une aspectos objetivos y subjetivos, para encontrar la mejor manera de sancionar dichas conductas.

Los planteamientos en torno a estas cuestiones fueron puestos de relieve desde principios del siglo XIX por *FEUERBACH*, quien, al advertir la problemática de la tentativa inidónea, cuestionó el fundamento de punición de la tentativa en general.¹⁷⁰ Lo cual nos es de gran aportación en el tema para adoptar criterios que puedan resultar idóneos para calificar la punibilidad de la tentativa acabada e inacabada.

¹⁶⁸ Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*, Madrid: Dykinson, p.27.

¹⁶⁹ *Ibid.*

¹⁷⁰ Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *ob.cit.*, p.3.

Para efectos de análisis y en un intento de simplificar la polémica que generan estos tópicos, sólo se expondrán algunos de los enfoques teóricos más representativos.¹⁷¹ Puesto que el analizar todas las teorías relacionadas con el tema, generaría un bache para concretar los aspectos más relevantes, en el sentido de que muchas de ellas han sido superadas de forma notable y el analizarlas a parte de no ser pertinente, obstaculizaría el objetivo del presente capítulo.

Por lo cual se exponen las siguientes;

II. Teorías objetivas.

Según estas teorías, la ley penal debe penar el delito tentado, porque implica un peligro para el bien jurídico.¹⁷²

En efecto, el punto de partida del sector objetivo radica en la consideración de que aun y cuando el delito tentado no produce un daño real de carácter inmediato, pone en peligro determinados bienes jurídicos, cuya tutela corresponde al Estado.¹⁷³

Dentro de la teoría objetiva podemos encontrar algunas variantes:

¹⁷¹ Vid. *Ibid.* Sobre estas cuestiones, 3 y ss., así como 280 y ss.

¹⁷² Eugenio Raúl ZAFFARONI; Alejandro ALAGIA; Alejandro SLOKAR (2006), *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Ediar, p.639.

¹⁷³ Francisco PAVÓN VASCONCELOS (1998), *ob.cit.*, p.39.

II.a. Teoría objetiva de Feuerbach (antigua).

Precursor de este planteamiento a principios del siglo XIX, fue *FEUERBACH*, quien centraba su idea en la relación de causalidad existente entre *acción y resultado*, poniéndose especial énfasis en la primera.

Sólo serán punibles como tentativa, aquellas acciones que comporten posibilidad de lesión, y no aquellas que *no sean peligrosas* desde un punto de vista objetivo, aunque el autor haya manifestado su voluntad encaminada a la realización del delito.¹⁷⁴

En efecto, el fundamento de punición de la tentativa radicaría en la peligrosidad de la acción, en el sentido de posibilidad objetiva de producción de un resultado.¹⁷⁵

Así, la tentativa que debe considerarse punible será aquella en que entre una acción desplegada con la intención de producir un resultado y este último (no producido), *exista una relación (potencial) de causalidad*, que permita determinar que la acción es *objetivamente* peligrosa.¹⁷⁶ Es decir, que la acción por sí sola vaya encaminada a un resultado conexo, que sea idóneo para el fin buscado

Con semejante argumento, sólo la peligrosidad que reporta la acción respecto del bien jurídico fundamentaría el castigo del delito tentado, y en ese sentido las acciones que carezcan de tal peligrosidad serán impunes, no obstante que representen la manifestación de voluntad del sujeto activo.¹⁷⁷ Misma que se muestra como una etapa determinante para la planeación del

¹⁷⁴ José Carlos **GONZÁLEZ MATEOS** (2001), “Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España.”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIV, p.241.

¹⁷⁵ Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *ob.cit.*, p.4.

¹⁷⁶ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.305.

¹⁷⁷ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.40.

delito, sus pormenores y el estudio del trayecto del mismo. Ya que, a raíz de su estudio, el autor puede predecir todos los escenarios que pudieran presentarse al momento de la ejecución del delito y que resulta fundamental para poder consumarlo.

Ahora bien, este planteamiento no estuvo exento de críticas, pues no pudo obviarse que, en la tentativa, la ausencia de resultado impedía hablar de relación de causalidad alguna, acorde a los planteamientos de *FEUERBACH*; con tal argumento se cuestionó seriamente la eficacia delimitadora de la fórmula analizada.¹⁷⁸

La objeción anterior, conmino a sus defensores a realizar un correctivo que abarcara los supuestos de tentativa, señalando que debe considerarse el injusto no solo como lesión de un bien jurídico (*consumación*); sino también como puesta en peligro concreta o real, (*tentativa*), derivada ésta última, de una relación de causalidad (hipotética).¹⁷⁹ Como se mencionó anteriormente, la esencia de la tentativa consiste en aplicar una pena por el intento de consumir un delito, por lo cual éste se configura como el eje central para partir hacia la determinación de la pena.

Otros autores se encargaron de desarrollar los iniciales planteamientos de *FEUERBACH*, entre ellos puede destacarse a *MITTERMAIER*, quien concretó el concepto de peligro, aclarando que no toda tentativa entrañaría la causalidad potencial requerida para ser considerada como punible; excluyendo aquellos casos en los que se utilizan medios carentes de capacidad causal.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.306. No obstante, se ha puesto de manifiesto que la teoría acuñada por *FEUERBACH*, fue el sustento de una serie de teorías posteriores que se califican con el nombre de *objetivo-materiales*.

¹⁷⁹ Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *ob.cit.*, p.28.

¹⁸⁰ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.41.

De igual forma, señalaba que deberían distinguirse dos tipos de acciones, aquellas que no producen el resultado por insuficiencias de algún tipo; y otras que de ningún modo lo hubieran podido producir.¹⁸¹ Aunque ambas llegan al mismo resultado, existe una diferencia que recae en la puesta en peligro del bien jurídico y esto tiene que ver con la idoneidad de las acciones.

MITTERMAIER, mencionaba que la consideración de tentativa como punible, tomando como fundamento la relación de causalidad, no debe fundarse exclusivamente en lo que ha ocurrido, sino también en lo que en abstracto podía ocurrir¹⁸², por lo tanto aun cuando la acción no ha producido el resultado, tiene potencialidad suficiente para generarlo, es decir, sería objetivamente peligrosa.¹⁸³ Recordando que dicha consumación no se llevó a cabo por causas ajenas a la voluntad del autor, puesto que de no ocurrir de esta manera, estaríamos en presencia de una lesión al bien jurídico, es la potencialidad de las acciones la que influye de manera relevante.

Como señala WELZEL:

“La antigua teoría objetiva (Feuerbach, Mittermaier, hoy abandonada). Esta distingue entre tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea. Sólo esta última es peligrosa y punible (por ejemplo, una pequeña cantidad de veneno es relativamente inidónea para un delito de homicidio).

¹⁸¹ *Ibid.*

¹⁸² Fátima PEREZ FERRER (2008), *ob.cit.*, p.29.

¹⁸³ Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (1999), *Tentativa de delito, loc.cit.*

La medida para la distinción entre inidoneidad absoluta y relativa es el punto de vista ex post, esto es, del juez.”¹⁸⁴

II.b. Teoría objetiva de Liszt (moderna).

Esta teoría denominada como moderna, surge de la mano de *VON LISTZ*, la propuesta básica de este módulo teórico determina que sólo puede ser punible la tentativa objetivamente peligrosa para el bien jurídico.

Así planteada, no se distingue mucho de su antecesora, la teoría antigua; la diferencia radicaría en la perspectiva que ha de adoptarse para *emitir el juicio acerca de la peligrosidad de la tentativa*. Tomando en cuenta que el término “peligro” ha sido un punto relevante para determinar la punibilidad de la tentativa, cierto es también que el mismo puede variar de criterio conforme a quien así lo aplique.

Dicho juicio no puede emitirse desde una consideración *ex post*, de lo que efectivamente aconteció, sino que deben apreciarse las circunstancias generalmente cognoscibles o sólo conocidas por el autor en el momento de ejecución del acto desde una apreciación *ex ante*.¹⁸⁵

Mientras que la teoría objetiva antigua afirmaba la existencia del peligro, atendiendo a un punto de vista *ex post* o concreto causado por la acción, la teoría objetiva moderna adopta para el examen de dicho peligro un punto de vista *ex ante*, denominado como *prognosis posterior*.

¹⁸⁴ Hans **WELZEL** (1993), *Derecho penal alemán*, traducción Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁNEZ PÉREZ, Chile: Editorial Jurídica de Chile, p.227.

¹⁸⁵ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *loc.cit.*

Con base en lo anterior, una tentativa sería peligrosa, cuando un hombre inteligente en la situación del autor hubiera tenido por probable el resultado, al tiempo del hecho.¹⁸⁶

Así, en el supuesto de una tentativa de homicidio que ha de materializarse mediante la utilización de un arma de fuego descargada secretamente por un tercero, de acuerdo con la antigua **teoría objetiva**, estaríamos hablando de una tentativa absolutamente inidónea, es decir, la valoración *ex post*, realizada por el juzgador, determinara que no resulta peligrosa la acción.¹⁸⁷ Sin embargo, se deja de lado todos los actos realizados por el autor, perfectamente idóneos para consumir el delito, desde un punto de vista *ex ante*.

Caso contrario, para la moderna teoría objetiva, el mismo supuesto debe ser tazado como una tentativa peligrosa, pues mediante el ejercicio de *prognosis posterior*, el resultado era probable para el autor (no obviamente para quien descargó el arma) al tiempo del hecho, ejercicio *ex ante*.¹⁸⁸

Se ha mencionado que esta postura conlleva una notable ampliación de la punibilidad, en relación con la antigua teoría objetiva, debido a que el juicio de peligro es una mera creación subjetiva que no encuentra paralelismo en el mundo real de los procesos causales.¹⁸⁹

Pronto se destacó que esta teoría al centrarse en los conocimientos del autor o del que observa y juzga, se deslizaba hacia una subjetivación, que en los casos más importantes de la práctica, generaba los mismos resultados que la teoría subjetiva utilizada por el Tribunal Imperial.¹⁹⁰

¹⁸⁶ Hans **WELZEL** (1993), *loc.cit.*

¹⁸⁷ *Vid. Ibid.*

¹⁸⁸ *Ibid.*

¹⁸⁹ Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *ob.cit.*, p.33.

¹⁹⁰ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.308.

III. Teorías subjetivas.

Para estas teorías, la punibilidad de la tentativa encontraría su sustento, en la manifestación de la voluntad delictiva, aunque no debe perderse de vista que también puede encuadrarse en este sector, un punto de vista que sostiene el fundamento de punibilidad de la figura, en la peligrosidad del autor.¹⁹¹

Con la tentativa, para estas teorías, lo que se pretende es reprimir la voluntad criminal; con lo anterior se deja de lado la puesta en peligro para el bien jurídico y por tanto se equipara punitivamente la tentativa con el delito consumado, al tratarse de idéntica voluntad criminal.¹⁹²

III.a. Teoría subjetiva sobre la voluntad delictiva.

Lo que fundamentaría la punibilidad de la tentativa para esta corriente, sería la exteriorización, mediante una acción tendiente a un fin, de una voluntad delictiva; al margen de que dicha acción sea idónea respecto a la producción del resultado, es decir, lo que resulta trascendente sería la voluntad contraria a derecho manifestada exteriormente.¹⁹³

Esta teoría suele vincularse a *VON BURI*, pues al formar parte del Tribunal del Imperio, la dotó de consolidación jurisprudencial.¹⁹⁴

Debido a que desde una perspectiva *ex post*, todas las tentativas se muestran inidóneas para la producción de un resultado, solo la manifestación de voluntad delictiva justificaba, se afirmó, la aplicación del castigo. Desde

¹⁹¹ Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *ob.cit.*, p.65.

¹⁹² Eugenio Raúl **ZAFFARONI**; Alejandro **ALAGIA**; Alejandro **SLOKAR** (2006), *ob.cit.*, p.640.

¹⁹³ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito, ob.cit.*, p.314.

¹⁹⁴ *Ibid*, p. 315.

luego que si nos centramos en la perspectiva *ex post ninguna* tentativa se configuraría como punible, ya que el resultado siempre sería tentado, más no consumado, de tal forma que se llegaría a considerar que las acciones no crearon un peligro al bien jurídico. Por ello, esta teoría considerar que existe un grado de punibilidad desde la voluntad criminal del autor, la cual también resulta ser un aspecto relevante para el delito de tentativa.

La justificación de la punibilidad para la tentativa se encontraría en el hecho de que la acción intentada representa el indicio de una voluntad *rebelde*; esto es, la voluntad criminal es la base de la represión penal.¹⁹⁵

Se ha mencionado que con estas concepciones subjetivas se tiene la ventaja, en relación con las teorías objetivas, de poder explicar con suma facilidad y coherencia sistemática, la punibilidad de las tentativas inidóneas.¹⁹⁶

En efecto, en relación con las tentativas de carácter inidóneo, las teorías de corte subjetivo generan diversas consecuencias; por un lado, con su asunción, esta clase de tentativa será punible, incluso las tentativas irreales y supersticiosas, dado que en las mismas también puede apreciarse la existencia de una voluntad exteriorizada contraria al ordenamiento jurídico.¹⁹⁷

Como se ha visto en la presente investigación, una tentativa inidónea, irreal o supersticiosa pudiera no generar peligro al bien jurídico precisamente por la falta de idoneidad en los actos, no obstante, dentro de la teoría subjetiva de la voluntad delictiva, cabría la posibilidad de poder castigar este tipo de tentativas. De aquí que se pueda observar el mundo criterios que existe sobre

¹⁹⁵ Fátima PEREZ FERRER (2008), *ob.cit.*, p.38.

¹⁹⁶ *Ibid.*

¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 39.

las tentativas y a raíz de ello, la gran brecha que puede existir entre la determinación de la pena sobre una misma tentativa.

III.b. Teoría subjetiva sobre la peligrosidad del autor.

En algunos casos, esa voluntad contraria a derecho se interpretaba como un signo de peligrosidad del autor, proporcionando el fundamento de punibilidad de la tentativa.¹⁹⁸

Para los tratadistas que se decantan por esta fundamentación, la idea de *peligrosidad* no debe ser atributo únicamente del hecho, sino también de su autor; y es precisamente esta peligrosidad del autor –evidenciada en la tentativa, aun cuando esta no sea concretamente peligrosa– la que fundamenta la punición.¹⁹⁹

IV. Teorías mixtas.

Resulta lógico que ante la multiplicidad de posturas objetivas y subjetivas sobre el fundamento de punición de la tentativa y dada la ausencia de consenso teórico, la doctrina se decante por la combinación de ambas líneas de pensamiento, creando lo que se conoce como teorías mixtas.

Se ha señalado que los defensores de estas orientaciones duales, sobre el fundamento de punición de la tentativa, pretenden evitar las carencias o excesos derivados de los conceptos objetivos o subjetivos.²⁰⁰ Si bien, el elegir una sola

¹⁹⁸ Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito*, *ob.cit.*, p.318.

¹⁹⁹ Claus **ROXIN** (2006), *Derecho penal, Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, traducción Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Madrid: Civitas, p.176. Nótese como estos aspectos se relacionan con el Derecho penal de autor, entendido por ROXIN, “cuando la pena se vincule a la personalidad del autor y sea su asociabilidad y el grado de la misma lo que decida sobre la sanción.”

²⁰⁰ Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *ob.cit.*, p.41.

teoría sería quedarse en un extremo que impida seleccionar todos los aspectos importantes respecto a la tentativa, ya que, tanto las teorías objetivas como las teorías subjetivas cuentan con criterios relevantes y pertinentes al momento de determinar la pena. Con ello surgen las teorías mixtas como a continuación se expone.

En efecto, se ha reconocido²⁰¹ que para una correcta explicación de todas las manifestaciones de tentativa, se hace necesario tomar en cuenta elementos objetivos y subjetivos; de tal suerte que las variantes de estos módulos teóricos pueden comenzar con tendencias objetivas; o bien, con predominio subjetivo, pero acaban por combinar ambas perspectivas.

De acuerdo con la exposición de *MORENO-TORRES*, las variantes pueden dividirse en dos grupos: aquellas cuyo elemento objetivo referencial es la peligrosidad o adecuación social; y la teoría de la impresión.

IV.a. Teoría mixta de peligrosidad o adecuación causal de la acción.

No puede dejarse de lado las importantes diferencias que destacan del grupo de teorías ubicadas en este primer bloque, no obstante, de manera general puede plantearse²⁰² que fundamentan la punibilidad de la tentativa en la existencia de una voluntad contraria a la norma; no obstante, añaden la consideración de que dicha manifestación ha de encaminarse por el autor a través de una acción *ex ante peligrosa*.²⁰³

Por un lado, el factor subjetivo se encuentra en la voluntad antijurídica del autor, mientras que el contenido objetivo de la teoría se desprende de la

²⁰¹ *Ibid*, p. 42.

²⁰² Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito*, *loc.cit.*

²⁰³ *Ibid*, p. 319.

forma en que ha de exteriorizarse tal voluntad, de forma tal que interesa solamente aquella considerada peligrosa en relación al resultado perseguido.²⁰⁴

Y de la misma manera, analizada desde una perspectiva *ex ante*, por lo que la peligrosidad de las acciones se calificará de manera previa, independientemente de no haberse consumado el delito.

IV.b. Teoría mixta de la impresión.

La llamada teoría de la impresión o de la alarma social, parte de la teoría subjetiva que explica el fundamento de punibilidad de la tentativa en la voluntad manifestada por el autor de lesionar un bien jurídico.²⁰⁵

No obstante, para tratar de corregir los inconvenientes de la teoría subjetiva, la teoría de la impresión adiciona un corrector de carácter objetivo, consistente en la capacidad suficiente para provocar en la comunidad *una impresión o alarma social*.²⁰⁶

Lo anterior puede interpretarse en los siguientes términos: para considerar punible a la tentativa, no basta la voluntad manifestada del sujeto activo, sino además la conducta desarrollada debe ser suficiente para perturbar la confianza de la comunidad social en la vigencia del ordenamiento jurídico.²⁰⁷ Con ello tenemos la parte objetiva de la tentativa, cuya acción debe de ser peligrosa o generar una inseguridad social.

²⁰⁴ *Ibid.* No sin razón se dice que con semejante postura, han de considerarse fuera del ámbito de punibilidad, aquellos supuestos donde la acción, desde una perspectiva *ex ante*, se ha mostrado como inadecuada causalmente en relación con el bien jurídico.

²⁰⁵ Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *ob.cit.*, p.25.

²⁰⁶ Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *loc.cit.*

²⁰⁷ *Ibid.*

Con semejante argumento se considera, por un lado, como punible la tentativa inidónea; y, por otro, como impune la de carácter irreal, pues la primera sí causa alarma o conmoción y la segunda no. Por lo cual, dicha teoría entraría en debate.

V. Opinión personal.

De acuerdo con un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, una de las principales funciones que se le asignan al Derecho penal, es la protección de bienes jurídicos.

En ese sentido, debe afirmarse que, siguiendo un razonamiento coherente con dicho modelo estatal, el fundamento de punibilidad de la tentativa debe residir en ese mismo fin proteccionista de bienes jurídicos.

No puede omitirse que el Derecho penal debe limitar su intervención para conseguir tutelar al máximo los bienes jurídicos necesarios, asegurando las libertades de los ciudadanos.²⁰⁸

Incluso, no debe perderse de vista que las particularidades de ciertos bienes jurídicos pueden justificar el “adelantamiento de la línea de defensa”, pues bajo ciertas circunstancias, dichos bienes pueden verse amenazados por actos de carácter preparatorio, sobre todo si el medio empleado para la preparación puede ser de tal naturaleza, que haga determinar la certeza de la ejecución posterior.²⁰⁹

Por tanto, en el caso de la tentativa el fundamento del castigo se centra en la existencia de dos elementos: por una parte, la puesta en peligro del bien

²⁰⁸ Juan Carlos **CARBONELL MATEU** (1995), *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo blanch, p.200.

²⁰⁹ Cfr. Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *ob.cit.*, p.721.

jurídico, elemento objetivo, y por otra, la voluntad criminal manifestada, elemento subjetivo. Se ha señalado que si alguno de estos requisitos falta, no puede apreciarse la tentativa.²¹⁰

No sin razón, se concluye que uno de los límites entre la tentativa y sus formas impunes de tentativa irreal, radicarían en que estas últimas no ponen en peligro al bien jurídico, no obstante, la manifestación de la voluntad.²¹¹

²¹⁰ Francisco MUÑOZ CONDE; Mercedes GARCÍA ARÁN (2012), *Derecho penal, ob.cit.*, p.415.

²¹¹ *Ibid.*

CONCLUSIONES:

I

El tema referente al delito intentado deriva el surgimiento de diferentes percepciones de la tentativa, generando debates y puntos de vista que se encuentran muy distantes del consenso. Prueba de ello es el variado marco teórico que ha pretendido establecer, con el carácter de general, posibles soluciones que delimiten la frontera entre preparación y ejecución.

Claro está, que el plan del autor podrá reflejarse a partir de sus acciones que se configuren como ejecutivas, será importante entonces, analizar dichas acciones a través de una visión objetiva y determinar la función de cada una de ellas conforme al plan del autor.

Por ello y bajo mi criterio, se debe tener como marco de referencia la protección de bienes jurídicos que desde el punto de vista político criminal, se encuentran en consonancia con un modelo de Estado Liberal, procurando la seguridad jurídica de los ciudadanos ante el poder del Estado.

También es cierto que el derecho penal como toda ciencia evoluciona y debe avanzar tratando de armonizarse con el ritmo acelerado de las sociedades modernas; seguramente los conceptos de tentativa tendrán que evolucionar con ellas.

II

De acuerdo con un modelo de Estado Social y Democrático de Derecho, una de las principales funciones que se le asignan al Derecho penal, es la protección de bienes jurídicos.

En ese sentido, debe afirmarse que, siguiendo un razonamiento coherente con dicho modelo estatal, el fundamento de punibilidad de la tentativa debe residir en ese mismo fin proteccionista de bienes jurídicos.

Por eso, la mejor forma de protegerlos no reside mediante la conminación de pena. Es por ello que la figura de la tentativa se motiva a través de disposiciones que protegen bienes jurídicos frente a su puesta en peligro, de forma previa a una afectación o consumación, de manera que la protección se busca desde antes de que sucede el delito.

III

La tentativa debe sancionarse porque un derecho punitivo que se precie de tener como función la protección de bienes jurídicos debe protegerlos, incluso, de su puesta en peligro, ya que la protección plantea una idea previa a su afectación y no posterior a ella.

Por tanto, en el caso de la tentativa el fundamento del castigo se centra en la existencia de dos elementos: por una parte, la puesta en peligro del bien jurídico, elemento objetivo, y por otra, la voluntad criminal manifestada, elemento subjetivo. Se ha señalado que si alguno de estos requisitos falta, no puede apreciarse la tentativa.

No sin razón, se ha concluido que uno de los límites entre la tentativa y sus formas impunes de tentativa irreal, radicarían en que estas últimas no ponen en peligro al bien jurídico, no obstante, la manifestación de la voluntad de lesionarlo.

IV

Debe señalarse que, en terrenos de la tentativa, una vez superado el inicio de la ejecución, pueden distinguirse la existencia de dos estadios dentro de dicho proceso ejecutivo.

Para el caso de la legislación guanajuatense, al referirse el código en su artículo 18, a la *interrupción de la conducta*, se entiende que quedaron por agotarse actos previos a la consumación, por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo.

Misma conclusión debe tomarse para el caso de la codificación ibérica, cuando su artículo 16 habla de la *práctica de parte de los actos* que deberían de producir el resultado.

Este primer momento se identifica por la doctrina y la jurisprudencia bajo el concepto de tentativa inacabada, en referencia a que la tentativa lleva consigo el trayecto del delito y este da origen a diferentes actos que de forma independiente *no pudieron llevarse a cabo todos* y dejar inconcluso el plan del autor.

Un segundo momento dentro de la tentativa se actualiza cuando la codificación punitiva de Guanajuato señala la *no producción del resultado*, entendido cuando el activo ha realizado *todos los actos* necesarios para alcanzar la consumación, sin embargo, ésta no se logra.

Situación comprendida en la legislación española en el supuesto referido a *la práctica de todos* los actos que objetivamente deberían producir el resultado; este segundo momento se identifica como tentativa acabada.

V

Las consideraciones tendientes a establecer la terminación de la fase ejecutiva del *iter criminis*, tiene consecuencias prácticas en dos niveles de suma importancias: por un lado, en orden a la determinación de la pena; por otro, lo relativo a los aspectos del desistimiento.

Esos niveles obligan a plantearse como problema toral, la distinción entre ejecución completa e incompleta.

Ante la existencia de diversos criterios, *objetivos y subjetivos*, para despejar la diferencia entre tentativas acabada e inacabada; en nuestra opinión, la asunción de uno solo de los criterios resultaría incompleta para delimitar la tentativa acabada e inacabada.

En efecto, un criterio objetivo, a través de la figura de *espectador imparcial*, dejaría de lado el plan del autor que resulta esencial para aterrizar el despeje entre la ejecución completa e incompleta, ya que a raíz del contenido del plan se puede obtener información y datos concretos que sin ser evaluados por el autor, ayuden a determinar el momento y el límite que existe entre una tentativa acabada y una tentativa inacabada.

Por otro lado, el atender sólo a criterios subjetivos, dejaría a la opinión del autor la determinación del grado de ejecución alcanzado en el intento, mismo que puede carecer de validez puesto que recaeríamos en una inseguridad jurídica puesto que su dicho puede verse afectado por los sentimientos y

pensamientos del momento, considerando que la situación psicológica del autor no sería la más estable y coherente de seguir para determinar la tentativa.

En el caso del Código punitivo guanajuatense, se ha señalado que parte de un modelo teórico *subjetivo*, para delimitar entre preparación y ejecución, así como entre tentativa acabada e inacabada; mientras que el Código español, parte de un criterio *objetivo material*.

Ahora bien, debemos señalar que efectivamente, el criterio adecuado para solventar la diferencia entre tentativa acabada e inacabada debe ser uno de carácter mixto.

VI

Aunado a la obligación que tiene el Estado hacia la protección del bien jurídico, se reitera la importancia de respetar el principio de proporcionalidad penal, por ello el análisis de cada una de las teorías tanto objetivas como subjetivas que permitieron concluir el criterio que considero idóneo. Ello con la finalidad de un mejor estudio por parte del órgano jurisdiccional en torno a la aplicación de la pena y de la misma manera en contribución al fiscal al momento de solicitar la pena idónea de acuerdo con el caso en concreto.

VII

El desistimiento debe ser voluntario, pues si la ejecución del acto se interrumpe por intervención de terceros, por actos de la propia víctima, o por cualquier situación fortuita, tal situación tiene los caracteres propios del delito tentado.

Debemos considerar que el desistimiento voluntario supone que dicha conducta no sea punible; salvo que los actos ejecutados u omitidos constituyan por sí solos delitos, de acuerdo con las propias redacciones legales.

Se parte de que el Estado tiene interés en que los bienes jurídicos sean respetados; por ello, si el sujeto activo desiste voluntariamente de realizar actos de ejecución o la ejecución misma del delito, su conducta se considera impune.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA ²¹²

- María **ACALE SÁNCHEZ** (2002), “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Número 10, España, pp. 11-45.
- Carmen **ALASTUEY DOBÓN** (2001), “Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 3ª época, Número 5, España, pp. 13-54.
- Rafael **ALCÁCER GUIRAO** (2000), *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada: Comares.
- Rafael **ALCÁCER GUIRAO** (2001), *Tentativa y formas de autoría sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid: Edisofer.
- Ignacio **BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE** (1998), “Algunos problemas dogmáticos y su solución en el nuevo Código penal español”, *Revista Penal*, número 1, pp. 17-20
- Emiliano **BORJA JIMENEZ** (1995), “La terminación del delito”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo XLVIII, pp. 89-186.
- Juan J. **BUSTOS RAMÍREZ**; Hernán **HORMAZÁBAL MALARÉE** (2006), *Lecciones de Derecho penal, Parte General*, Madrid: Trotta.
- Felipe **CABALLERO BRUN** (2009), “Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español”, *Revista Penal*, número 23, pp. 3-12.
- Juan Carlos **CARBONELL MATEU** (1995), *Derecho penal: Concepto y principios constitucionales*, Valencia: Tirant lo blanch.
- Enrique **CARDONA ARIZMENDI**; Cuauhtémoc **OJEDA RODRÍGUEZ** (1985), *Código penal comentado del Estado de Guanajuato*, México: Cárdenas editores.

²¹² La siguiente bibliografía contiene en su mayor parte libros y ejemplares de origen español, refiriendo que dicho contenido me fue facilitado por el director del presente trabajo de investigación, quien cuenta con una trayectoria basta y con experiencia en el estudio de la legislación española. Por lo cual me fue posible realizar el presente estudio a través del método de derecho comparado.

- Francesco **CARRARA** (2000), *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción Vicente ROMERO GIRÓN, Argentina: Rodamillans.

- Ricardo Juan **CAVALLERO** (1983), *El delito imposible. La tentativa inidónea en el Derecho penal argentino*, Buenos Aires: Editorial Universidad.

- José **CEREZO MIR** (2001), *Curso de Derecho penal español, Parte general III. Teoría general del delito/2*, Madrid: Tecnos.

- José **CEREZO MIR** (2006), *Derecho penal, Parte general I. Obras completas*, Lima: Ara editores

- José **CEREZO MIR** (2002), “Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Número 10, España, pp. 47-72.

- José **CEREZO MIR** (2003), “Ontologismo y normativismo en el finalismo de los años cincuenta”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Número 12, España, pp. 45-61.

- Manuel **COBO DEL ROSAL**; Manuel **QUINTANAR DÍEZ** (2004), *Instituciones de Derecho penal español, Parte General*, Madrid: ediciones CESEJ.

- Manuel **COBO DEL ROSAL**; Tomas Salvador **VIVES ANTON** (1999), *Derecho penal, Parte General*, Valencia: Tirant lo blanch.

- Candido **CONDE-PUMPIDO TOURÓN**; Jacobo **LÓPEZ BARJA DE QUIROGA** (2007), “Comentarios al artículo 325 del CPE”, en Candido CONDE-PUMPIDO TOURÓN (dir.)/ Jacobo LÓPEZ BARJA DE QUIROGA (cord.), *Comentarios al Código Penal*, tomo 4, Barcelona: Bosch.

- Joaquín **CUELLO CONTRERAS** (2002), “Iter criminis”, en José Luis DÍEZ RIPOLLÉS, et al (edirs.), *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor José CEREZO MIR*, Madrid: Tecnos, pp. 617-630.

- Joaquín **CUELLO CONTRERAS** (2005), “Sobre el tipo de tentativa”, en *homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson, pp. 253-264.

- Bernardo **DEL ROSAL BLASCO** (2005), “La regulación legal de los actos preparatorios en el Código penal de 1995”, en *homenaje al Profesor Doctor Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Navarra: Thomson, pp. 949-967.
- Eduardo **DEMETRIO CRESPO** (2003), *La Tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de la punición y comienzo de la tentativa*, Granada: Comares.
- Enrique **DÍAZ ARANDA** (2008), *Derecho Penal, Parte general (Conceptos, principios y fundamentos del Derecho penal mexicano conforme a la Teoría del delito funcionalista social)*, México: Porrúa.
- Edgardo Alberto **DONNA** (2005), *La Tentativa*, Buenos Aires: Belgrano.
- Antonio **DOVAL PAIS** (2001), *La penalidad de las tentativas de delito*, Valencia: Tirant lo blanch.
- Elena **FARRÉ TREPAT** (1986), *La Tentativa de Delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona: Bosch.
- Guillermo E. **FRIELE** (2004), *El desistimiento en la tentativa. Estudio al artículo 43 del C.P*, Buenos Aires: Ad-hoc.
- Rodolfo **GARCÍA GARCÍA** (2006), *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*, tomo I, México: Porrúa.
- Rodolfo **GARCÍA GARCÍA** (2004), *Tratado sobre la tentativa. Iter criminis. Criterio válido para distinguir tentativa y preparación*, tomo II, México: Porrúa.
- Sergio **GARCÍA RAMÍREZ** (2007), *Derecho penal*, México: Porrúa.
- Víctor **GÓMEZ MARTÍN** (2006), *Delito especial con autor inidóneo. ¿Tentativa punible o delito putativo?*, Madrid: Dykinson.
- José Carlos **GONZÁLEZ MATEOS** (2001), “Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España.”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, tomo LIV, pp. 229-322.

- José Arturo **GONZÁLEZ QUINTANILLA** (2001), *Derecho penal mexicano*, México: Porrúa.

- Luis Felipe **GUERRERO AGRIPINO** (2005), “Aspectos Sistemáticos y Político-Criminales de la Tentativa. Comentarios sobre su regulación en México y América Latina”, *Revista Do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária, Ministerio da Justiça*, volume 1, número 18, Brasil, pp. 69-112.

- Luis Felipe **GUERRERO AGRIPINO** (2004), *Fundamentos de la Dogmática jurídico penal*, León, Guanajuato: Librería Yussim.

- Lucio Eduardo **HERRERA** (1991), *El Error en Materia Penal*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

- Günther **JAKOBS** (1997), *Derecho penal, Parte general, fundamentos y teoría de la imputación*, traducción Joaquín CUELLO CONTRERAS y José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO, Madrid: Marcial Pons.

- Hans-Heinrich **JESCHECK**; Thomas **WEIGEND** (2002), *Tratado de Derecho penal, Parte general*, traducción de Miguel OLMEDO CARDENETE, Granada: Comares.

- Paz **LLORIA GARCIA** (2006), *Aproximaciones al estudio del delito permanente*, Granada: Comares.

- Eduardo **LÓPEZ BETANCOURT** (2001), *Teoría del delito*, México: Porrúa.

- Gustavo **MALO CAMACHO** (2001), *Derecho penal mexicano*, México: Porrúa.

- Gustavo **MALO CAMACHO** (1971), *Tentativa del delito*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México.

- Miguel Ángel **MANCERA ESPINOSA** (2011), *El tipo de la tentativa. Teoría y práctica*, México: Porrúa.

- Miguel Ángel **MANCERA ESPINOSA** (2003), “La Tentativa en el Código Penal para el Distrito Federal. Una nueva propuesta”, en Sergio GARCÍA RAMÍREZ/Leticia VARGAS CASILLAS (comp.), *Proyectos legislativos y otros temas penales, (Segundas jornadas sobre justicia penal)*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 115-124.

- Rafael **MÁRQUEZ PIÑERO** (2006), *Teoría del delito*, México: Porrúa.

- Margarita **MARTINEZ ESCAMILLA** (1994), *El desistimiento en el Derecho penal. Estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid: Servicio de publicaciones, Universidad Complutense de Madrid.

- Jesús **MARTÍNEZ GARNELO** (2007), *Teoría de la tentativa y de las formas delictivas de participación. Teoría del dominio del hecho*, México: Porrúa

- Edmun **MEZGER** (1990), *Derecho penal, Parte General*, traducción Conrado A. FINZI, México: Cárdenas editores.

- Santiago **MIR PUIG** (2011), *Derecho penal, Parte general*, Barcelona: Reppertor.

- Santiago **MIR PUIG** (1982), *Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho*, Barcelona: Bosch.

- Santiago **MIR PUIG** (2003), *Introducción a las bases del Derecho penal*, Buenos Aires: B de F.

- Santiago **MIR PUIG** (2001), “Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal” en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, número 3, http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_03-06.html.

- Fernando **MIRÓ LLINARES** (2005), “Democracia en crisis y Derecho penal del enemigo. Política criminal frente al terrorismo en los Estados Democráticos antes y después del 11 de septiembre”, *Cuadernos de Política criminal*, número 87, Madrid: Edersa, pp. 185-227.

- Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (2010), “El iter criminis”, en José Miguel ZUGALDÍA ESPINAR (dir.) / Ma. Rosa MORENO-TORRES HERRERA (cord.), *Fundamentos de Derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch, pp. 379-397.

- Ma. Rosa **MORENO-TORRES HERRERA** (1999), *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia: Tirant lo blanch.

- Francisco **MUÑOZ CONDE**; Mercedes **GARCÍA ARÁN** (2012), *Derecho penal, Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch.

- Francisco **MUÑOZ CONDE** (1989), *El error en Derecho penal*, Valencia: Tirant lo blanch.

- José **MUÑOZ LORENTE** (2003), *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, Valencia: Tirant lo blanch.

- Pablo E. **NAVARRO** (2008)/B, “Los Desacuerdos conceptuales en la dogmática del delito imposible”, *Nueva doctrina penal*, Buenos Aires: Editores del puerto, pp. 511-532.

- Miguel Ángel **NÚÑEZ PAZ** (2003), *El delito intentado. Fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa*, Madrid: Colex.

- Miguel Ángel **NÚÑEZ PAZ** (2004), “Delito intentado e idoneidad en el derecho español”, *Revista Penal*, número 14, pp. 124-140.

- Octavio Alberto **ORELLANA WIARCO** (2005), *Curso de Derecho penal, Parte general*, México: Porrúa.

- Enrique **ORTS BERENGUER**; José L. **GONZALEZ CUSSAC** (2008), *Compendio de Derecho penal, Parte general*, Valencia: Tirant lo blanch.

- J. Ramón **PALACIOS VARGAS** (1979), *La Tentativa*, México: Cárdenas editores.

- Francisco **PAVÓN VASCONCELOS** (1998), *Breve ensayo sobre la tentativa*, México: Porrúa.

- Fátima **PEREZ FERRER** (2008), *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código penal español*, Madrid: Dykinson.

- Nelson R. **PESSOA** (1998), *La tentativa, distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos*, Buenos Aires: Hammurabi.

- Miguel **POLAINO NAVARRETE** (2004), *El injusto de la tentativa en el ejemplo de los delitos de mera actividad y de omisión pura*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Centro de Investigación en Filosofía y Derecho.

- Miguel **POLAINO NAVARRETE** (2001), *Fundamentos dogmáticos del moderno Derecho penal*, México: Porrúa.

- Laura **POZUELO PÉREZ** (2003), *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia: Tirant lo blanch.

- Gonzalo **QUINTERO OLIVARES** (2009), *Parte general del Derecho penal*, con la colaboración de Fermín **MORALES PRATS**, Navarra: Thomson-Aranzadi.

- José María **RODRIGUEZ DEVESA**; Alfonso **SERRANO GOMEZ** (1995), *Derecho penal español, Parte general*, Madrid: Dykinson.

- Luíís Carlos **REY SANFIZ** (2001), *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, Madrid: Dykinson.

- Roberto **REYNOSO DÁVILA** (2001), *Teoría general del delito*, México: Porrúa.

- Luis **RODRÍGUEZ RAMOS** (2009), “Artículo 16”, en Luis **RODRÍGUEZ RAMOS** (dir.) / Amparo **MARTÍNEZ GUERRA** (cord.), *Código penal. Comentado y con jurisprudencia*, Madrid: La ley, pp. 106-110.

- Claus **ROXIN** (2008), “Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea”, en *Revista Latinoamericana de Derecho*, Héctor **FIX-FIERRO**/Adrián **VENTURA** (Dirs.), año V, número 9-10, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 289-307.

- Claus **ROXIN** (2006), *Derecho penal, Parte general, tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito*, traducción Diego Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL, Madrid: Civitas.

- Marcelo A. **SANCINETTI** (2001), “Exigencias mínimas de la dogmática del hecho punible en la parte general de los códigos penales”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2ª época, Número 8, España, pp. 207-262.

- Marcelo A. **SANCINETTI** (2005), *Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. Una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs*, Buenos Aires: Hammurabi.

- Jesús María **SILVA SÁNCHEZ** (1997), *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona: Bosch.

- Jesús María **SILVA SÁNCHEZ** (2001), *Instituciones de Derecho penal*, México, Distrito Federal: Ángel Editor.

- Esteban **SOLA RECHE** (1996), *La llamada “tentativa inidónea” de delito. Aspectos básicos*, Granada: Comares.

- Eberhard **STRUENSEE** (1992), *Dolo, tentativa y delito putativo*, traducción de Marcelo A. SANCINETTI, Buenos Aires: Hammurabi.

- Emilio Octavio **TOLEDO Y UBIETO** (2009), “Algunos límites a la tentativa con arreglo al Código penal”, *Revista Penal*, número 24, pp. 124-150.

- Manuel **VIDAURRI ARECHIGA** (2011), *Compendio temático de Derecho penal*, México: Porrúa.

- Manuel **VIDAURRI ARECHIGA** (1997), *Estudios jurídico-penales*, Guanajuato: Universidad de Guanajuato.

- Frank **VON LISZT** (2003), *Tratado de Derecho penal*, tomo II, traducción Quintiliano SALDAÑA, México, Distrito Federal: Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, México.

- Hans **WELZEL** (1993), *Derecho penal alemán*, traducción Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁNEZ PÉREZ, Chile: Editorial Jurídica de Chile.

- Eugenio Raúl **ZAFFARONI**; Alejandro **ALAGIA**; Alejandro **SLOKAR** (2006), *Manual de Derecho penal, Parte general*, Buenos Aires: Ediar.

- Leoncio **Apumayta Riveros** (2020), “*La naturaleza jurídica de la tentativa en la determinación judicial de la pena en el distrito judicial de Huancavelica en el 2018*”, Huancayo, p. 156.

- Roberto **Reynoso Dávila**, (1995) “Teoría general del delito”, Porrúa, México, p. 302.

- Luis **Cova García**, “Historia y Concepto de la Tentativa punible”, p. 1. Disponible en <http://acienpol.msinfo.info/bases/biblo/texto/L-0066/A-11.pdf>

- Francisco **Pavón Vasconcelos**, “Breve Ensayo sobre la Tentativa”. op.cit. p. 202.

- Enrique **Cardona Arizmendi**, / Cuauhtémoc **Ojeda Rodriguez**,. “Código Penal Comentado del Estado de Guanajuato. Orlando Cárdenas Edito. Segunda Edición. México, D.F. 1985. p. 108.

- Jorge Antonio **Fernández Gonzalez**, (2020), “La tentativa inidónea, estudio doctrina y jurisprudencial”, Universidad de Valladolid.

- Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 19.

- Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 25.

- Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1870), Art. 26.

- Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1933), Art. 8.

- Código Penal para el Estado de Guanajuato, (1978), Art. 17.

- Código Penal Para el Estado de Guanajuato, (2001), Art. 18.

- El Código Penal de 1928, retornando al de 1870. Sirviéndose de este para la redacción del propio de 1932

- Ivonne **Yenissey Rojas**, “La proporcionalidad en las penas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.275

- Ivonne **Yenissey Rojas**, “La proporcionalidad en las penas”, Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, p.285