

LA INCRIMINACIÓN DE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL CÓDIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO (CPH)

Roberto A. OCHOA ROMERO

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *El iter criminis*. III. *La incorrecta regulación de la tentativa en el CPH*.

I. INTRODUCCIÓN

En la práctica se presentan un gran número de casos en los que es difícil distinguir si nos encontramos ante un acto de *preparación* del delito o si, por otro lado, el hecho puede constituir un acto de *ejecución*.

En general, para efectos de distinción, se suele atender a distintos criterios no definitivos como el de la mayor o menor cercanía de ese acto en particular con la consumación del delito, con el de realización del verbo rector del tipo, el de la peligrosidad del autor o con el de la puesta en peligro del bien jurídico-penalmente protegido.¹ La cuestión sin duda constituye uno de los más grandes problemas del derecho penal.

No es, ni mucho menos, sencillo determinar el inicio de la *ejecución* del delito. Lo importante es, por tanto, lograr diferenciar, con

¹ Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español. Parte general*, 8a. ed., Madrid, 1981, p. 736; Octavio de Toledo, Ubieta, E., Huerta Tocildo, S., *Derecho penal. Parte general*, vol. II, Madrid, 1986, pp. 185 y 186.

buena técnica y con sólido soporte normativo, un supuesto de acto preparatorio de otro que en realidad es un verdadero acto de ejecución.

La diferencia no es cosa menor, pues en el caso de los actos de ejecución, éstos pueden ser incriminados bajo las reglas de la tentativa, mientras que en los de preparación del delito generalmente no será así;² salvo que, como sucede en el caso del Código Penal para el estado de Hidalgo, se encuentre expresamente previsto el castigo para los actos preparatorios. Por ello, y para lograr diferenciar tales supuestos, es absolutamente necesario delimitar, como se decía, la *preparación* del delito, de su *ejecución*.

De la decisión que se tome a favor de considerar un acto como propio de la preparación del delito o, de otra forma, como parte de la ejecución de éste, dependerá la impunidad del hecho desarrollado o su incriminación en la forma de una tentativa.³

Por ejemplo, cuando un sujeto adquiere en una ferretería un hacha con la firme convicción de que la utilizará más tarde para matar a su vecino a quien odia profundamente desde hace tiempo, ¿desarrolla ese sujeto sólo un acto de preparación del homicidio? ¿O en realidad de lo que se trata es de un verdadero acto de ejecución del delito que bien puede constituir una tentativa de homicidio? La cuestión cobra especial relevancia, en razón de que se trata de establecer si ese individuo debe responder criminalmente por el hecho particular, o si dicho acto debe quedar impune por ser irrelevante para el derecho penal.

La dificultad en torno a la señalada diferenciación, se reduce si acudimos, como señalan González Cussac y Orts Berenguer, a la descripción típica del delito en cuestión; ello permite determinar si ese particular acto forma parte de la *ejecución* del delito (integrándose en el campo de la realización de la conducta típica) o si, por otro lado, queda en la mera *preparación* del mismo.⁴

Lo cierto es que —aun cuando volveremos sobre el particular más adelante—, los actos que definitivamente pueden y deben ser sanciona-

² Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Barcelona, 1998, p. 327.

³ Con excepción de aquellos casos en los que la legislación penal de referencia, prevea de forma expresa el castigo para todos, o para ciertos y específicos actos preparatorios. Por ejemplo, los artículos 17 y 18 del Código Penal español, en donde se establece la incriminación de determinados actos preparatorios a manera de *numerus clausus*.

⁴ González Cussac, J. L. y Orts Berenguer, E., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, Valencia, 2008, p. 210.

dos bajo las reglas de la tentativa (actos ejecutivos), requieren, como mínimo, de la producción, apreciable *ex ante*, de una situación objetiva de peligro (por lo menos abstracto) sobre el interés jurídico que la norma penal viene a proteger,⁵ no siendo legítima la observación de tal situación de peligro sobre la base de la personalidad del autor o del peligro objetivo *ex post*. La base cognoscitiva que brinda la peligrosidad del autor —que no se puede admitir como criterio único—, permitiría el castigo de aquellos actos que pueden quedar simplemente en la manifestación del plan criminal (aun teniendo una revelación exterior) o en la ejecución de actos completamente inadecuados para la consumación del delito (tentativa inidónea).⁶

Sin embargo, siguiendo una marcada tendencia subjetivista,⁷ el CPH dispone expresamente y, por cierto, de forma completamente abierta y por ello más invasiva, la incriminación de los actos preparatorios (*in genere*); además, con un formato igualmente amplio, prevé el castigo de ciertas formas de tentativa que, acorde con lo que más adelante se expondrá, no debieran ser objeto de incriminación.

Para lograr explicar por qué se considera que ciertas formas de tentativa (particularmente la denominada “tentativa inidónea”), concretamente en la manufactura con la que aparece regulada en el CPH, no debieran ser objeto de sanción penal, debemos, aunque sólo sea de forma muy somera, explicar los distintos momentos en los que se descompone la ejecución del delito, y más adelante, indicar los principios informadores del derecho penal que se entienden vulnerados o inobservados con dicha regulación.

Valga por ahora avanzar que, desde una perspectiva mixta, desde la cual se aborda mayoritariamente el tema de la tentativa,⁸ esto es, teniendo en cuenta tanto su aspecto subjetivo como el objetivo, y por

⁵ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, Madrid, 2006, p. 384.

⁶ González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, en *Poder Judicial*, 2a. época, núm. 28, diciembre de 1992, p. 10.

⁷ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 375 y 381. Véase, *in extenso*, sobre las distintas posiciones doctrinales, Rey Sanfiz, L. C., *La tentativa jurídico-penal*, Madrid, 2001, pp. 21 y ss., en particular sobre la corriente subjetiva, pp. 44 y ss. Igualmente, sobre la postura subjetiva, Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, Bogotá, 2001, pp. 21-24.

⁸ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, 8a. ed., Valencia, 2010, p. 418; Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986, pp. 32 y ss.

ello desde las exigencias dimanantes del principio de ofensividad, no parece justificado el régimen punitivo que el CPH dispensa para los actos preparatorios y para algunas formas de tentativa, en especial la inidónea, así como para el delito imposible.⁹

II. EL *ITER CRIMINIS*

Es necesario abordar los distintos momentos en los que se descompone la realización de un delito para enmarcar debidamente el objeto del presente estudio. La discusión se coloca, por tanto, dentro de la teoría del denominado *iter criminis*, que constituye el proceso o sucesión de etapas que, partiendo del origen de la idea criminal, conforman la realización de un delito hasta su consumación.¹⁰

En efecto, cuando se habla del *iter criminis* se hace referencia al proceso de realización del delito; por ello, la teoría de ese proceso de desarrollo del delito, es también la teoría de las distintas etapas por las cuales transita la ejecución del delito con relevancia penal;¹¹ dentro de esas etapas se encuentra, precisamente, la de la tentativa.

Ese proceso que comprende la vida del delito, ha sido dividido unánimemente por la doctrina en dos fases: la *fase interna*, que tiene lugar en la mente y en el ánimo del autor, y la *fase externa*, en la cual se materializa o se manifiesta en el plano de los hechos la idea criminal.¹²

⁹ En México no es el CPH el único que prevé la incriminación de la denominada tentativa inidónea y de la tentativa con ausencia de bien jurídico o de objeto material (delito imposible). Se encuentran también en esa línea, los ordenamientos penales de los estados de Baja California, Baja California Sur, Coahuila (con especial exclusión de la tentativa supersticiosa), Guanajuato (con especial exclusión de la tentativa supersticiosa), Guerrero, Quintana Roo y Sinaloa.

¹⁰ González Cussac, J. L. y Orts Berenguer, E., *Compendio de derecho penal (Parte general)*, p. 209; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Barcelona, 1990, p. 771; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Valencia, 1999, p. 711; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, 5a. ed., Granada, 2002, p. 547.

¹¹ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, Madrid, 2004, pp. 220 y 221; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, 2a. ed., México, 1998, pp. 469-471.

¹² Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 374; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 326; González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano. Parte general y Parte especial*, 7a. ed., México, 2004, pp. 510-512; García García, R., *Tratado sobre la tentativa. La tentativa de delito imposible*, t. I, 3a. ed., México, 2006, pp. 59 y ss.

La fase interna se encuentra constituida por todos los momentos del ánimo a través de los cuales toma forma y se concreta, posteriormente, la idea criminal; esto es, que en la fase interna tiene lugar el nacimiento de la idea criminal, su valoración y su determinación o resolución.¹³ Cobo y Quintanar distinguen dentro de esta fase a la *ideación* del delito; a la *deliberación*, anterior a la decisión de cometer o de abandonar la idea criminal; y, a la *resolución* criminal, en la que el sujeto se decide por la realización del delito.¹⁴

Es doctrina mayoritaria el reconocimiento de que la fase interna es por sí sola, penalmente irrelevante,¹⁵ pues en definitiva con el pensamiento no se delinque (*cogitationem poena nemo patitur*).¹⁶ El pensamiento que no viene acompañado de ningún tipo de manifestación externa (principio del hecho), está completamente fuera del alcance del derecho penal. Éste, el orden penal, sólo puede intervenir legítimamente ahí en donde la idea criminal se ha manifestado en el plano de los hechos. Por tanto, se hace necesaria la realización de un hecho criminal *per se*, como en el caso de los actos preparatorios punibles, o del inicio de la conducta típica imperfecta, dando lugar a la incriminación de la tentativa en cualquiera de sus formas.

La fase externa, en la que tienen lugar los actos de manifestación de la idea criminal, inicia con la exteriorización de la voluntad y pasa por la preparación y ejecución del delito, hasta llegar a su consumación.¹⁷ Incluso, se habla de agotamiento del delito como aquel momento en

¹³ Antón Oneca, J., *Derecho penal*, Madrid, 1929, p. 27; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 771.

¹⁴ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 221.

¹⁵ Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 27; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 712; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 547; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 411; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 772. De acuerdo con este último autor, "ni siquiera la resolución criminal firmemente adoptada es punible". Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, 2a. ed., con la colaboración de Fermín Morales Prats, Navarra, 2007, pp. 577-579.

¹⁶ Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 730 y 731; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 326; García Ramírez, S., *Derecho penal*, 3a. ed., México, 2007, p. 107; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano. Parte general*, 13a. ed., México, 1997, p. 512.

¹⁷ Esta fase comprende la manifestación de la decisión de cometer el delito, los actos preparatorios con relevancia externa, los de ejecución y la consumación del delito. Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 773.

el que se obtiene el propósito que previamente se ha marcado el autor, especialmente en los delitos de tendencia interna trascendente. Sin embargo, el llamado "agotamiento del delito" no desempeña ningún papel dogmáticamente hablando.¹⁸

En definitiva, el derecho penal ha de ocuparse de aquellos comportamientos humanos que tienen clara y directa injerencia en el mundo exterior, debiendo abandonar todas aquellas manifestaciones de la voluntad humana que no comportan ningún tipo de afectación a los bienes jurídicos que el orden jurídico protege en su conjunto, por muy abyectos que tales comportamientos pudieran ser; esto se traduce en que el derecho penal debe ocuparse sólo de aquellas conductas humanas que, teñidas de una particular subjetividad, produzcan consecuencias externas que alteren el orden social por la vía de la lesión o puesta en peligro de los mencionados intereses jurídicos.

Los comportamientos humanos que son resultado de la resolución de cometer un delito, aun siendo meros actos preparatorios, sólo pueden ser criminalmente relevantes en tanto supongan la creación de una situación *objetiva* de peligro para el bien jurídico-penalmente tutelado.¹⁹ La incriminación de tales comportamientos sobre la base de la *demonstración* de la intención criminal, no posee ningún sustento objetivo que legitime la intervención estatal y desnaturaliza el carácter protector de la norma penal.

1. La separación entre la preparación del delito y su ejecución

Resulta fundamental para determinar el castigo de la tentativa, identificar con certeza el momento del inicio de la ejecución del delito.

Para ello, cabe anticipar que en términos generales la preparación del delito supone el desarrollo de ciertos actos que facilitarán su realización o *ejecución* posterior;²⁰ y se distingue de la simple

¹⁸ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 389; Del Rosal, J., *Derecho penal español (Lecciones)*, vol. 2, Madrid, 1960, p. 114; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 412; Sáinz Cantero, J., *Lecciones de derecho penal*, p. 800. De la misma opinión en México, González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano*, pp. 521 y 513.

¹⁹ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 713.

²⁰ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 774. Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 714.

manifestación de la voluntad criminal, en que la preparación supone el direccionamiento de los actos del sujeto a la ejecución posterior del delito, mientras que la manifestación no necesariamente integra dicha finalidad.²¹

Por su parte, la ejecución del delito requiere dar inicio a la realización del hecho típico, haciendo a un lado, naturalmente, la incriminación de los actos preparatorios.²²

A pesar de lo apuntado, sigue surgiendo la duda sobre en qué momento se deja de preparar el delito y se inicia su ejecución, o dicho de otra forma, en qué momento se comienza con la realización del hecho típico y se hace posible su castigo por la vía de la tentativa.

El CPH agrava aún más la cuestión al prever un régimen genérico de sanción para los actos preparatorios, basado, exclusivamente, en la demostración *unívoca* del dolo del agente (fundamentación subjetiva), de forma tal que deja para el campo de la tentativa la realización de actos que *debieran* hacer aparecer el resultado (fundamentación objetiva).

Pero la pregunta sigue entonces sobre la mesa: ¿en qué momento se da inicio a la conducta típica?

A. Las distintas propuestas de solución al conflicto

La solución al problema sobre la frontera entre los actos preparatorios y los actos de ejecución del delito, se ha ofrecido desde diversas teorías que se han construido con base en criterios plenamente objetivos o plenamente subjetivos, o dentro de los criterios mixtos objetivo-subjetivos o subjetivo-objetivos.²³

²¹ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 218.

²² Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 736.

²³ González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 15 y 16, y la bibliografía allí citada; Farré Trepat, E., *La tentativa de delito*, pp. 5 y ss.; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 98 y ss.; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 380 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 176 y ss.; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 781 y ss.; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, 2007, pp. 440 y ss.; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 327-329; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 590-592; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 551-553; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, pp. 471-475.

Debe anticiparse, no obstante, que no parece fácil llegar a una solución unánime del problema, proponiendo una regla de determinación unitaria, precisa y con efectos generales, sino que la solución debe consistir solamente en la identificación de determinados principios formales que permitan, de forma casuística, la individualización del sentido de cada uno de los tipos penales.²⁴

La corriente objetiva, como señala Del Rosal, sugiere que los actos preparatorios permanezcan en una zona periférica de la tipicidad, mientras que los actos ejecutivos son propios del núcleo de la tipicidad, de forma tal que los actos ejecutivos realizan el contenido esencial del tipo (núcleo).²⁵

Esta tesis objetiva está relacionada con la incriminación también objetiva de la tentativa, en razón de que la acción ejecutiva produce una situación de peligro para el orden penal, mientras que los actos preparatorios carecen de peligro, siempre y cuando no se haga una declaración expresa sobre su peligrosidad y por tanto sobre su punición.²⁶ Sin embargo, sigue surgiendo la cuestión: ¿cuándo se realiza el contenido esencial del núcleo del tipo?

Por su parte, la posición subjetiva traslada la cuestión al punto de vista del autor, de forma que el módulo valorativo se desprende del tipo legal y se agranda de forma inadmisiblemente el espectro de aplicación de los actos ejecutivos. Por lo demás, se vuelve incompatible la perspectiva subjetiva del autor, con la objetiva de la norma.²⁷

En efecto, como señalan Jescheck y Weigend, la propuesta subjetiva conduce a una ampliación del ámbito del castigo de la tentativa a costa de los actos preparatorios, al reconocimiento de la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea y a la equiparación entre el castigo de la tentativa y el de la consumación, dado que en ambos casos la voluntad del autor es la misma.²⁸

²⁴ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 715.

²⁵ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 99; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 29; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 779; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 416; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 521.

²⁶ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 99.

²⁷ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 99 y 100; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 736 y 737; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, p. 180.

²⁸ Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 552.

Por su parte, las soluciones mixtas recogen tanto aspectos de la corriente subjetiva como de la objetiva, teniendo en consideración tanto la voluntad del autor (tesis del plan del autor)²⁹ como el riesgo creado para el interés protegido por la norma.³⁰

Un claro enfrentamiento entre la posición objetiva y la subjetiva se encuentra en la postura de Carrara, la cual sustenta la incriminación de la tentativa, en que a la razón de castigar, que aparece a propósito del daño ocasionado por el delito, y el cual no aparece en las tentativas, se sustituye la razón propia del riesgo corrido, éste hace las veces de daño y la acción constituye delito, "aunque falta la fuerza física objetiva y también aunque resulta incompleta su fuerza física subjetiva".³¹ En estos casos, como señala Carrara, cuando se habla de riesgo, se habla del riesgo corrido, no de aquel que es meramente futuro o por correr, puesto que aceptar el riesgo futuro o ideal como razón legítima para castigar, permitiría penar las malas intenciones o las inclinaciones depravadas, destruyendo los límites entre la moral y la ley positiva. El peligro así entendido, representa un riesgo que objetivamente existe como hecho en un momento dado, no a un peligro de mera previsión.³²

En definitiva, la delimitación del principio de la ejecución, se ha venido realizando sobre la base de que, con él, ha de iniciarse la violación de la norma. De esta forma, la solución no debe versar sobre criterios delimitados, sino obedecer a una clara definición del *inicio de la conducta típica*.³³ Solución que pasa por la consideración ya apuntada de que los actos preparatorios son sólo elementos que facilitan la ejecución posterior del delito.

Como señalan Cobo y Vives, para solucionar el problema del inicio de la ejecución debe acudir a la tipicidad. La tipicidad delimita lo injusto penal por medio de los elementos que la integran, los cuales son de diversa índole, valorativo, material o lingüístico. Por tanto,

²⁹ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 717, nota 27; Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, pp. 23 y 24.

³⁰ Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 176 y ss.

³¹ Carrara, F., *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, Buenos Aires, 2000, §6, pp. 61 y 62.

³² Carrara, F., *Teoría de la tentativa y de la complicidad...*, §8, p. 62.

³³ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 218.

se llega a la siguiente conclusión: “el principio de ejecución ha de limitarse a partir de todos los aspectos constitutivos de la infracción: la materialidad del hecho, el contenido del injusto y el conjunto de los datos típico-formales que la individualizan”.³⁴

En efecto, no es posible generar una solución al conflicto, si no se tiene como base la propia descripción típica;³⁵ hacer lo contrario colocaría el estado de las cosas en el campo de la criminología o de la moral. La identificación del inicio de la ejecución no puede estar desconectada de la descripción típica del delito en cuestión, que en definitiva la nutre y limita; es desde ahí desde donde se puede advertir si la conducta desplegada da inicio a la ejecución del delito, o si queda completamente fuera de su espectro de aplicación (actos preparatorios no punibles) y por tanto del ámbito de incriminación de la tentativa.

De acuerdo con la tesis objetivo-material,³⁶ el principio de ejecución se produce “cuando el sujeto realiza actos tan íntimamente vinculados al tipo que sin ellos no pudiera ser realizado éste”;³⁷ sin embargo, debe aclararse que no puede limitarse la calificación de *actos ejecutivos* exclusivamente a los que son propios de la descripción típica (tesis objetivo-formal),³⁸ sino que deben ser tenidos por actos ejecutivos también los que están unidos de forma indisoluble con aquellos,³⁹ conformando una verdadera unidad de acción. Así, serán actos ejecutivos aquellos que aun cuando no actualizan el tipo (en cuyo caso habría que hablar del delito consumado), sí ponen en una situación de peligro el bien jurídico que la norma respectiva tutela,⁴⁰ legitimándose su incriminación.

³⁴ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 719.

³⁵ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 779; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 436.

³⁶ Sobre la distinción entre las teorías objetivo-formal y objetivo-material, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 715 y 716, notas 17 y 18; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 230 y ss.

³⁷ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780.

³⁸ Sobre esta tesis, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 417-419.

³⁹ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 431; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 338 y ss.

⁴⁰ Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 430 y ss., especialmente la nota 28 en la p. 437.

2. Los actos preparatorios. Su regulación en el CPH

Los actos preparatorios aparecen cuando el sujeto que ha decidido firmemente llevar a cabo el delito, realiza una actividad externa encaminada a facilitar su ejecución posterior.

De acuerdo con Sáinz Cantero, los actos preparatorios deben permanecer impunes y las razones que se invocan para justificar tal impunidad son bien diversas y van desde la perspectiva probatoria de tales actos preparatorios, hasta razones de política criminal, no conviniendo al derecho penal involucrarse en actividades meramente preparatorias que, no obstante, con frecuencia no terminan en actos de ejecución.⁴¹ Pero fundamentalmente hay que decir, que tales actos no son punibles en tanto no representan un peligro para el bien jurídico-penal que la norma protege.⁴²

La mejor doctrina es unánime en lo que respecta al rechazo de la incriminación genérica de los actos preparatorios; sin embargo, el CPH dispone en su artículo 14, primer párrafo, un régimen abierto de sanción, y por ello sumamente intervencionista, para los actos preparatorios.⁴³ La disposición aludida aparece con el siguiente texto:

Artículo 14. “Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente”.

Como se puede observar, el CPH establece un régimen de castigo completamente abierto –y por ello más represivo–, en lo que respecta a los actos preparatorios. No sucede, como en otras legislaciones, por ejemplo la española, en la que se establece, concretamente en los artículos 17 y 18 del Código Penal de 1995, la incriminación de ciertos y determinados actos preparatorios: la *conspiración*, la *proposición* y la *provocación*.⁴⁴

⁴¹ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 774.

⁴² Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 562.

⁴³ En opinión de Quintero, sólo es admisible, de manera excepcional, la incriminación de determinados actos preparatorios, ya que su incriminación genérica comporta importantes riesgos para las libertades individuales. Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 579.

⁴⁴ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 775. Ampliamente, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 722-726.

En efecto, el sistema de punición español, de naturaleza más liberal en esta cuestión a partir del código de 1995, deja fuera del alcance del derecho penal, los actos preparatorios en los que no se den las notas de *concierto, invitación o incitación* con otros a otros del que los ejecuta y, por tanto, determina su impunidad.⁴⁵ Además, establece que los actos preparatorios únicamente serán punibles en los casos especialmente previstos en la ley.⁴⁶

Así, el Código penal español establece la punibilidad de los actos preparatorios bajo un régimen de *numerus clausus*, y señala tal régimen de punición para los siguientes delitos: homicidio y asesinato; lesiones; detención ilegal; robo, extorsión, estafa, apropiación indebida; blanqueo de efectos del delito; tráfico de drogas; rebelión; delitos contra la Corona; asociación ilícita; sedición; delito de atentado; delitos de terrorismo; delitos de traición; y, delitos contra la comunidad internacional.

En cambio, el CPH establece la posibilidad de sancionar *cualquier* acto preparatorio, siempre que —aun cuando no se presenten las referidas notas de concierto, invitación o incitación para delinquir, que sustentan la peligrosidad de tales conductas particulares—, se manifieste en forma *unívoca* el dolo del agente.⁴⁷ La citada previsión de incriminación genérica de los actos preparatorios, no hace sino demostrar una posición proclive al autoritarismo,⁴⁸ que choca con la tesis de la impunidad de los actos de preparación, especialmente porque ésta se basa en la ausencia de una situación de peligro sobre

⁴⁵ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 331.

⁴⁶ El artículo 17.3 del Código Penal español, dispone: “La conspiración y la proposición para delinquir sólo se castiga en los casos especialmente previstos en la ley”. En este mismo sentido, el artículo 18.2 preceptúa: “La provocación se castigará exclusivamente en los casos en que la ley así lo prevea. Si de la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción”.

⁴⁷ Uno de los planteamientos subjetivistas estructurados para la determinación del inicio de la ejecución del delito y, por ello, del comienzo de la tentativa es, precisamente, el de la “univocidad o equivocidad”, que se sustenta en la realización de actos que revelen suficientemente el ánimo delictivo del autor. Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 337. Tal criterio amplía enormemente, como sucede en el CPH, el ámbito del inicio de la ejecución incriminando los actos preparatorios. En efecto, bajo el criterio de la univocidad, los considerados actos preparatorios en realidad constituyen verdaderos actos ejecutivos, propios del régimen penal de la tentativa. Para García Ramírez, la incriminación de los actos preparatorios no ha estado en el ánimo del legislador, García Ramírez, S., *Derecho penal*, p. 108.

⁴⁸ Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 580.

el bien jurídico y en la ausencia de injerencia respecto de la libertad ajena.⁴⁹

Por lo demás, el término *unívoco*, según el *Diccionario de la Real Academia Española*, significa, en su acepción de adjetivo calificativo, “que tiene igual naturaleza o valor que otra cosa”. Por tanto, la previsión de *demonstración unívoca del dolo del agente* para la incriminación de los actos preparatorios, implica un gran margen de discrecionalidad que no proporciona seguridad jurídica alguna y deja en manos del Estado la decisión de castigar. Este término, utilizado en el artículo 14, primer párrafo, como adverbio de modo, trae consigo la idea de unidad de significado, o de no posibilidad de equivocidad, lo cual quiere decir que los actos preparatorios serán punibles allá en donde demuestren, sin lugar a dudas, la intención criminal del agente.

Sin embargo, bajo tales directrices es imposible para el gobernado saber en qué casos desenvuelve una conducta que demuestra *unívocamente* su intención delictuosa y que, por tanto, podrá ser castigado bajo las reglas de los actos preparatorios punibles. Dicho de otra forma, ¿cómo puede estar cierto un gobernado de que realiza un acto propio de la tentativa de delito? Semejante previsión normativa no puede sino acarrear una limitación a la libertad de acción del ciudadano, bajo el pretexto de la prevención de delitos que no hace sino allanar el terreno para la intervención del Estado en parcelas de desarrollo individual en las que no hay todavía ninguna razón válida para sancionar.

Si tales actos preparatorios no se integran en definitiva dentro de la ejecución del delito, deben permanecer impunes por no poner en peligro ningún bien jurídico, esto es, que se trata de conductas carentes de lesividad, salvo que, como ya se mencionó a propósito de la legislación española, se reconozca específicamente su incriminación en razón de la ya referida puesta en peligro del bien jurídico tutelado.⁵⁰

A. El régimen de sanción para los actos preparatorios en el CPH

Para los efectos de la aplicación de sanciones a los actos preparatorios, el propio CPH establece en su artículo 102, un margen de punibilidad

⁴⁹ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 720 y 721.

⁵⁰ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 780.

que alcanza hasta una cuarta parte de la pena que correspondería si el delito materia de los actos de preparación se hubiere consumado. El artículo en comento señala:

Artículo 102. "Los actos preparatorios que manifiesten en forma unívoca el dolo del agente, se sancionarán con una cuarta parte de la punibilidad que debiera imponerse si el delito se hubiera consumado".

El presente numeral reitera la tendencia marcada desde el artículo 14 primer párrafo del CPH, de sancionar indiscriminadamente los actos preparatorios, con el único requisito de que, con éstos, se demuestre *unívocamente* el dolo del agente. Se permite así, la incriminación de las intenciones.

La regulación que ofrece el CPH para los mencionados actos preparatorios, no puede resolver el problema del inicio de la ejecución de la conducta típica. De hecho, para demostrar *unívocamente* el dolo del agente —de la forma en que se exige en el CPH—, en realidad se requerirían verdaderos actos de ejecución,⁵¹ ya que son éstos, precisamente, de los que se puede desprender con claridad el dolo del agente y, por otro lado, justificar la puesta en peligro del interés tutelado por la norma que es, como señalan Cobo y Vives, la última *ratio* delimitadora de la esfera punitiva.⁵²

Por tanto, la confusión sigue existiendo y generando una grave inseguridad jurídica, particularmente en aquellos casos en los que queda a juicio del órgano de investigación y/o del juez, determinar cuándo se demuestra *unívocamente* el dolo del agente y cuándo el mismo acto necesariamente supone el inicio de la ejecución del delito.⁵³ Nada habría para resolver la cuestión si no es la base subjetiva que proporciona el propio plan del autor.

En el ejemplo del sujeto que adquiere un hacha en una ferretería, con la firme intención de utilizarla más tarde para privar de la vida a su vecino al que tanto odia, el artículo 14, primer párrafo, del CPH, no resuelve la pregunta inicial: ¿desarrolla ese sujeto sólo un acto de preparación del homicidio? ¿O en realidad de lo que se trata es

⁵¹ García García, R., *Tratado sobre la tentativa*, p. 94.

⁵² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 721.

⁵³ Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, cit., pp. 434-436, particularmente la nota 18 de la p. 434 y la nota 20 de la p. 435.

de un verdadero acto de ejecución del delito que bien puede constituir una tentativa de homicidio? ¿Ese acto concreto de compra del hacha, demuestra en forma *unívoca* el dolo del agente?

Bajo las reglas propuestas por el CPH, y partiendo de la influencia subjetivista del precepto, la conducta de compra del hacha podría ser punible; su incriminación quedaría simplemente sujeta a la decisión del órgano investigador o, en su caso, del juez, quienes determinarían si de dicho acto se desprende en forma *unívoca* el dolo del agente; el único referente que existiría en tales casos sería, necesariamente, el plan del autor. Así, queda a merced de la autoridad el inicio de la investigación y, en su caso, la tramitación del proceso sobre la base de un acto preparatorio punible.

Bajo esta regulación, la diferencia entre un acto preparatorio punible de homicidio y una tentativa del mismo delito es clara desde su fundamento, lo que los hace completamente incompatibles. En efecto, la diferencia entre una y otra figura es la *unívoca* demostración del dolo del agente para los primeros (posición subjetiva), *versus* la resolución exteriorizada de cometer un delito, ejecutando los actos que *debieran* hacer aparecer el resultado típico (posición objetiva), por lo que tendríamos que volver a preguntar: ¿en qué casos se demuestra de forma *unívoca* el dolo del agente? ¿Comprar un hacha en un lugar o municipio en donde se han estado cometiendo diversos homicidios, demuestra *unívocamente* el dolo del agente respecto de la ejecución de ese delito?

No cabe duda que con el régimen de incriminación genérico que aparece dispuesto en el artículo 14, primer párrafo, del CPH, se crea una dificultad aún mayor para distinguir el momento de preparación del delito, del momento del inicio de la conducta típica.

Al margen de ello, bajo la sistemática propuesta por el CPH, no hay lugar a dudas: ninguna de las fases de desarrollo del delito (salvo la interna), aun no constituyendo actos de ejecución, son impunes; siempre y cuando se pueda demostrar, *unívocamente*, el dolo del agente.

Pero el dolo del agente puede, incluso, demostrarse a través de actos que ni siquiera generan una situación objetiva de peligro para el interés que vocacionalmente tutela la norma (tentativa irreal o supersticiosa), lo que no es suficiente para su castigo; sin embargo, aun en esos casos, el CPH resuelve la cuestión a favor de su incriminación, operando un sistema de sanciones bajo la ya comentada corriente

subjetivista que privilegia el castigo de los actos preparatorios en función de la temibilidad o peligrosidad criminal;⁵⁴ aun cuando esa peligrosidad pueda estar seriamente cuestionada, concretamente, por los medios utilizados o por los actos desenvueltos para la supuesta consecución del resultado exigido por el tipo legal. No haría falta, por tanto, la creación de una situación objetiva de peligro,⁵⁵ sino que es suficiente la intención de cometer un delito, a pesar de que su real consumación sea imposible.

3. La tentativa acabada y la tentativa inacabada

Los actos preparatorios, como indica Mir Puig, presuponen que no ha iniciado la ejecución del hecho típico. Cuando el autor traspasa dicha fase de preparación e inicia la ejecución del delito, aparece la tentativa.⁵⁶

El CPH sigue un sistema de incriminación abierto de la tentativa, esto es, que se admite esta forma de ejecución para cualquier delito.⁵⁷

Es unánime la afirmación de que la tentativa es la única forma imperfecta de ejecución del delito. Ésta tiene como elemento esencial el inicio de la ejecución; además, se caracteriza por la no producción del resultado típico, ya sea porque el proceso de ejecución se interrumpe o porque, completado éste, el resultado no acontece.⁵⁸ Doctrinalmente, y con el suficiente anclaje normativo, se reconocen dos formas de tentativa: la acabada y la inacabada.

⁵⁴ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 713, especialmente la nota 7; González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 12; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, pp. 27-29.

⁵⁵ Así se aprecia con la previsión de sanción para la tentativa con inidoneidad de los medios empleados.

⁵⁶ Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 336; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, 4a. ed., t. III, Madrid, 1999, p. 20. Véase un interesante punto de vista sobre la separación entre actos preparatorios y actos de ejecución, en Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 588 y 589.

⁵⁷ En opinión de Quintero, la tentativa será posible sólo en aquellos delitos de resultado material, no siendo viable en aquellos que por su estructura no requieran de dicha categoría de resultado. Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 587, 588, 592 y 593; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 426. Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 530. En contra, Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 563-565.

⁵⁸ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 727.

La tentativa inacabada puede definirse como la ejecución parcial del delito, cuando ésta no es completada por el autor y por causas ajenas a su voluntad; mientras que la tentativa acabada representa la realización de todos aquellos actos que de ordinario debieran hacer aparecer el resultado típico, cuando éste no acontece, también, por causas ajenas a la voluntad del agente.⁵⁹

La tentativa está integrada, desde el punto de vista conceptual, por tres elementos:⁶⁰ 1. La resolución de ejecutar el delito. 2. La exteriorización de la resolución de cometer el delito por medio de actos ejecutivos. 3. La ausencia de terminación de la fase ejecutiva por causas ajenas al actuante.

El CPH, disciplina el régimen de la tentativa en su artículo 14, párrafos segundo, tercero y cuarto, de la siguiente forma:

Artículo 14. [...]

"Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo en parte o totalmente, los actos que deberían producir o evitar el resultado, si aquéllos se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

"Es punible la tentativa cuando el delito no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios.

"Será punible cuando el delito resulte de imposible consumación por la inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material".

La tentativa es una forma imperfecta de ejecución del delito,⁶¹ cuyo elemento indispensable consiste en el inicio de la ejecución del mismo, es decir, que es necesario el inicio de la ejecución (elemento objetivo) sin la producción del resultado típico, ya sea porque el intento fracasa, ya porque no se ha completado la ejecución, o bien porque aun perfeccionada, no aparece el resultado típico. En ambos

⁵⁹ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 384 y 385; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 107 y 108; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 593.

⁶⁰ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 95; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 734 y 735; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 337; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 553; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 519.

⁶¹ Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 725; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 29.

supuestos de tentativa, acabada e inacabada, el querer del agente ha de abarcar tanto los actos que se realizan como la totalidad de los elementos del delito consumado (elemento subjetivo).⁶²

En el estado de Hidalgo, a propósito del régimen genérico de incriminación de los actos preparatorios, existe un serio problema para efectos de distinguir cuándo una conducta constituye un acto preparatorio y cuándo, esa misma conducta, es propia de la ejecución del delito. Sobre todo si se parte sólo de la base de la acreditación *unívoca* del dolo del activo, el cual puede desprenderse con claridad de los actos ejecutivos, pero también de otros actos irrelevantes para el derecho penal como el intentar privar de la vida a una persona mediante las técnicas del vudú.

En tales condiciones, si para calificar un acto preparatorio como punible, simplemente se necesita demostrar *unívocamente* el dolo del agente, y si, la mejor forma de demostrar el dolo del agente es precisamente a través de los actos de ejecución del delito, muy probablemente todas aquellas manifestaciones de la voluntad en las que se aprecie (siempre a juicio de la autoridad) el dolo del agente, podrían ser considerados actos de ejecución y por tanto sujetos de sanción a través de las reglas de la tentativa, lo que amplía inaceptablemente el espectro de aplicación de los actos de ejecución a aquellos en los que se demuestre la intención criminal del activo. Y si a todo esto le sumamos que el CPH incrimina la tentativa inidónea y el delito imposible (ausencia de objeto o de bien jurídico), la adopción del positivismo criminológico está por demás fuera de dudas.⁶³

Como se anticipó, la doctrina ha reconocido y distinguido actualmente dos tipos de tentativa que igualmente aparecen recogidas en el artículo 14 CPH: la tentativa acabada y la inacabada.

Puede decirse técnicamente, que la tentativa acabada, en la medida en que supone la realización de todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado sin que éste se produzca por causas ajenas a la voluntad del sujeto actuante, coincide con la antigua frustración. En tanto que la tentativa inacabada supone la ejecución de una parte de los actos que deberían producir el resultado y, por causas ajenas a la voluntad del agente, éste no se produce.

⁶² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 727.

⁶³ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 104.

La tentativa, por tanto, comporta las mismas exigencias que la realización completa del delito, pudiéndose hacer las distinciones debidas a través del análisis de los elementos que la integran.⁶⁴

1. *Elemento objetivo*. Esto es, la realización de actos ejecutivos. Estos actos ejecutivos deben, a su vez, *presentar la nota de idoneidad abstracta* para alcanzar la consumación, en el sentido de que los citados actos ejecutivos revistan al menos el carácter de virtualmente lesivos del bien jurídico protegido.⁶⁵

No se exige la realización de los actos que se señalan taxativamente en el tipo legal, sino sólo de aquellos que sean necesarios para llevar a cabo el tipo de injusto; por tanto, el elemento objetivo de la tentativa comprende todos los actos relativamente idóneos para la producción del resultado⁶⁶ (el CPH impone como requisito la realización de actos que *debieran* hacer aparecer el resultado, lo que denota la necesidad de idoneidad abstracta).

2. *Elemento subjetivo*. Esto es, la resolución delictiva, que debe orientarse en una doble dirección, en el sentido de abarcar por una parte, los actos que se realizan y, de otra dirigirse a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado.⁶⁷ Este elemento excluye la posible convivencia entre tentativa e imprudencia.⁶⁸

⁶⁴ Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, pp. 62 y ss.

⁶⁵ Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 428 y 430. Conforme a lo dicho por Mayer, la tentativa debe ser castigada en virtud de que con el principio de ejecución se logra colocar en una situación de peligro el bien jurídico; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 728; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

⁶⁶ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 385 y 386; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 95; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 739.

⁶⁷ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 784 y 785. Distingue entre el dolo de la tentativa acabada y el de la tentativa inacabada, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 343-345. Para este autor la identidad subjetiva existe entre la tentativa acabada y el delito consumado, no así con la tentativa inacabada; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 589 y 590. Críticamente Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, pp. 206 y ss.

⁶⁸ De acuerdo con Bustos y Hormazábal, no es posible la ejecución de la tentativa con dolo eventual, en razón de que éste conserva la estructura de la imprudencia, a la que se aplica la pena del delito doloso únicamente por razones de política criminal. Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 385; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 735; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*,

A. La tentativa inidónea

Como señala Quintero, existe tentativa inidónea "si el proceso causal emprendido es inadecuado al tipo, y por consiguiente no lo puede realizar".⁶⁹

Los párrafos, tercero y cuarto del artículo 14 del CPH, contemplan la incriminación de la denominada tentativa inidónea y del delito imposible. De acuerdo con dicho numeral, es punible la tentativa cuando el delito *no se pudiera consumir por inidoneidad de los medios*, así como cuando éste resulte de *imposible consumación* por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material.⁷⁰

Esta previsión es muestra de la ya señalada influencia del subjetivismo y coloca el centro de la desvaloración del hecho en la actitud interna del sujeto,⁷¹ o bien, en términos finalistas, en el desvalor de acción, abandonando para todos los efectos de incriminación, la puesta en peligro del bien jurídico que la norma tutela (desvalor de resultado).

No cabe duda de que es insuficiente la sola actitud emocional del sujeto que realiza la conducta, para sancionar el hecho a través de los criterios propios de la tentativa. Hace falta en tales supuestos la creación de una situación de peligro, decíamos cuando menos abstracto, que gravite sobre el interés que la norma protege para legitimar la intervención penal. Tal situación de peligro debe ser valorada

p. 785; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 416; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 426, 432 y 433; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 728 y 730; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 326 y 330; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 123-128; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 473; González Quintanilla, J. A., *Derecho penal mexicano*, p. 514; Pavón Vasconcelos, F., *Manual de derecho penal mexicano*, p. 529. A favor de su apreciación, Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 594 y 595; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 554; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, pp. 216 y 217.

⁶⁹ Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

⁷⁰ Para Mayer ambos casos se encuadran dentro de la denominación de tentativa inidónea. Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 439. Además, conforme a lo expuesto por el citado autor, la tentativa inidónea, cuando parte de la inidoneidad del objeto, se refiere al objeto del hecho y no al objeto tutelado, con lo que la referencia que hace al respecto el CPH devendría innecesaria.

⁷¹ En el mismo sentido, Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 104 y 105; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 389; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, p. 180.

siempre *ex ante*, y no *ex post*,⁷² por lo que la incriminación de la tentativa absolutamente inidónea, ya sea ésta por ausencia de objeto o por inadecuación en los medios empleados, tendrá que ser impune.

En efecto, en el caso de la llamada tentativa inidónea, especialmente cuando lo es por la ineficacia absoluta de los medios empleados o, cuando siendo éstos eficaces, aparece la inexistencia del bien jurídico o del objeto material (delito imposible),⁷³ la acción se desenvuelve en circunstancias bajo las que no posee la potencialidad lesiva necesaria para colocar en una situación de peligro al bien jurídico que la norma protege, por lo que para efectos de incriminación, se traslada el criterio legitimador del castigo a la peligrosidad del individuo, soslayando la parte objetiva, lo que no permite evidentemente su consideración típica.

Para mayor precisión, en estos supuestos cabe distinguir, como se avanzó, entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea.⁷⁴ La primera, que sin duda debe ser completamente impune como se ha dicho, supone la realización de actos que bajo ninguna circunstancia podrían hacer aparecer el resultado típico,⁷⁵ mientras que la segunda, la relativa, implica la realización de actos que, en diferentes circunstancias de ejecución, sí podrían producir el resultado típico.⁷⁶ En el segundo caso, el resultado no acontece por razón de una ejecución inadecuada del hecho por parte del activo, sin que la inidoneidad afecte necesariamente a los medios considerados también *in abstracto*, que en circunstancias ejecutivas distintas, sí harían posible la aparición del resultado.⁷⁷

⁷² En el mismo sentido, Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 478.

⁷³ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 790 y ss.; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, pp. 569 y ss.

⁷⁴ Véase, sobre esta distinción, Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 389 y 390; Antón Oneca, J., *Derecho penal*, p. 30; Octavio de Toledo y Ubieta, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 182-183 y 198-200; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 782 y 790; Córdoba Angulo, M., *La tentativa*, pp. 63-70; González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 17 y ss.; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 360-362; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 439 y ss.; Rey Sanfíz, L. C., *La tentativa jurídico-penal*, pp. 25-27.

⁷⁵ Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 571; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, pp. 14 y 15.

⁷⁶ Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 743 y 744.

⁷⁷ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 104 y 105 y los ejemplos allí propuestos.

En definitiva, entender que la tentativa absolutamente inidónea debe ser punible (por ejemplo, intentar producirle un aborto a una mujer que no está embarazada utilizando agua azucarada), traería consigo la desnaturalización de la tentativa misma, pues allá en donde no existe, desde la parte objetiva de la cuestión, un inicio de la ejecución y, por ello, una puesta en peligro del bien jurídico tutelado que sea evaluable *ex ante* (que en este caso es evidente también por la inidoneidad absoluta del medio empleado), falta una parte fundamental para la incriminación de la tentativa, o si se desea, la falta de peligro sobre el bien jurídicamente protegido, tira por tierra la incriminación de la tentativa desde la perspectiva del principio de ofensividad, por lo que el hecho debe resultar impune.

En los casos de tentativa absolutamente inidónea, no existe un comienzo de ejecución, por lo que su previsión como conducta sancionable, supone una intromisión del Estado allá en donde no existe ningún interés que proteger.⁷⁸ Ello supone, como refiere acertadamente González Cussac, entrar en el campo del totalitarismo y de la voluntad del Estado por encima de la función protectora de la norma.⁷⁹

Es incorrecta, por tanto, la previsión que aparece en el artículo 14 del CPH a los efectos de incriminar la tentativa inidónea. Cuando ésta es absolutamente inidónea, deben aplicársele las reglas del error inverso sobre el tipo, generando total impunidad.⁸⁰

La referencia normativa a tal distinción es innecesaria si entendemos, como no podría ser de manera distinta, que la tentativa cuando es relativamente inidónea como se ha dicho, puede ser abordada bajo las mismas reglas de la tentativa en general, lo que hace innecesaria la distinción.⁸¹

⁷⁸ Para Jescheck, la tentativa inidónea es punible en tanto en cuanto no resulte completamente inadecuada para afectar el sentimiento de seguridad de la colectividad. Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 569.

⁷⁹ González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 10.

⁸⁰ González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 24; Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 744; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 791.

⁸¹ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 390; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 423.

B. El régimen de sanción para la tentativa en el CPH

Al igual que para los actos preparatorios punibles, el CPH establece puntualmente cuáles son los rangos de punibilidad para la tentativa, haciendo el distingo entre tentativa en general y tentativa "de realización imposible".

Los márgenes de punibilidad para estos casos, están previstos en los artículos 103 y 104 del citado Código, los cuales serán analizados en forma separada:

Artículo 103. "La punibilidad en caso de tentativa, será las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado de referencia.

"Cuando en caso de tentativa no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, se aplicará de tres meses a cinco años de prisión y multa de 10 a 200 días".

El primer párrafo del artículo 103, siguiendo un criterio objetivo, establece un rango de punibilidad que opera reduciendo en dos terceras partes la pena correspondiente al delito consumado. Así, es evidente que el CPH aborda el tema de la tentativa, por así decir, idónea, conforme a criterios objetivos, lo cual permite diferenciar el rango de punibilidad entre ésta y el delito consumado de referencia, en función, naturalmente, del resultado.

No obstante, en el segundo párrafo del citado artículo 103, aparece nuevamente la perspectiva subjetiva ya anunciada a propósito de la incriminación de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea, pues se permite el castigo de la tentativa aun en aquellos casos en los que no sea posible determinar el daño que se pretendía causar. En tales condiciones, pierde nuevamente protagonismo el elemento objetivo de la puesta en peligro del bien jurídico, en cuanto lo que interesa es el ánimo del sujeto para cometer un delito.

De esta guisa, la disposición acarrea grandes problemas de legitimidad desde la perspectiva del principio de legalidad, particularmente en sus vertientes de garantía penal y criminal. Esto es así, porque si no es posible determinar el daño que se pretendía causar, quiere decir que no existiría forma de establecer cuál es el tipo penal de

referencia,⁸² esto es, el delito que se pretendía consumir, con lo cual, la disposición en comento se construye sobre la base del castigo del ánimo criminal con total violación del fundamental principio *nullum crimen, nullum poena, sine lege*.

Por otro lado, sin perjuicio de que se vuelva sobre el particular en la parte final de este análisis, resulta imposible calificar positivamente el juicio de proporcionalidad de la disposición en comento, en razón de la imprecisión que produce el desconocimiento del potencial daño. La sanción que pudiera imponerse bajo esta premisa, sería a todas luces inconstitucional por violar el artículo 22, primer párrafo, *in fine*, de la Constitución general de la República.

Ahora bien, el régimen de sanción para la tentativa está plasmado de forma diferenciada, según se trate de tentativa idónea o de tentativa, como el propio Código señala, "de realización imposible". La disposición que se ocupa de esta última hipótesis aparece en los siguientes términos:

Artículo 104. "En el caso de tentativa de realización imposible a que se refieren los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 de este Código, se aplicará una tercera parte de la punibilidad que debiera imponerse si el delito se hubiese podido consumir".

La presente disposición se fundamenta en un análisis *ex post* de la acción propia de la tentativa.

En efecto, para la determinación del *quantum* de pena que corresponde a las distintas hipótesis de tentativa inidónea, se atiende al criterio de la posibilidad de consumación contenido en la frase "...si el delito se hubiese podido consumir".

En primer lugar, es evidente que el criterio de valoración *ex post*, no es adecuado para determinar la capacidad lesiva de la conducta desplegada por el activo, fundamentalmente porque la potencialidad

⁸² Como opinan Muñoz Conde y García Arán, la tentativa es una causa de extensión de la pena que adquiere sentido, siempre y cuando se la relacione con la correspondiente norma penal en la que se describe el supuesto de hecho del delito consumado. Así, el castigo de la tentativa tiene el mismo fundamento que el castigo del delito consumado de referencia: la lesión del bien jurídico, que en la tentativa siempre será una puesta en peligro (criterio objetivo) y la voluntad de lograr la lesión típica (criterio subjetivo); si alguno de tales elementos falta, no puede apreciarse la tentativa. Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 414-416.

lesiva de la acción debe valorarse con anterioridad al fracaso del plan criminal, ya sea por inidoneidad de los medios o por inexistencia del objeto; el criterio de valoración *ex post*, desatiende la situación de peligro creada para el bien jurídico *ex ante*, cuando la tentativa es, cuando menos, relativamente inidónea o cuando ésta se dirige debidamente en contra de un objeto que, posteriormente, se determina inexistente o no presente en el lugar de desarrollo de la conducta.

Así, es irrefutable la contradicción en que incurre el legislador del estado de Hidalgo, al sustentar la incriminación de la tentativa inidónea a través de criterios puramente subjetivos, para después pretender soportar su régimen sancionatorio sobre criterios puramente objetivos o de probabilidad de daño. Se trata de posturas completamente incompatibles que, por ser tales, no pueden legítimamente explicar la razón del castigo.

Cabe decir, finalmente, que si el delito jamás se hubiese podido producir, como en todos los casos de tentativa absolutamente inidónea, los supuestos contemplados en los dos últimos párrafos del artículo 14 CPH, contrariamente a lo ahí preceptuado, no podrían ser punibles precisamente por no comportar ningún régimen de peligro para el bien jurídico tutelado.

Las disposiciones que contemplan la punibilidad de las distintas formas de tentativa, y aquellas que prevén el régimen de aplicación de sanciones para éstas, no pueden encontrarse desconectadas en cuanto a su fundamento (subjetivo vs. objetivo), es indispensable que la interpretación que se realice de todas ellas, pueda obedecer a un mismo criterio que propicie las condiciones de seguridad necesarias para legitimar su aplicación. Y este criterio no puede ser otro sino el que propiamente sustenta la incriminación del delito consumado: la lesión o puesta en peligro del bien jurídico.

4. La cuestión del desistimiento y del arrepentimiento activo

Uno de los elementos fundamentales para la apreciación de la tentativa punible, es precisamente la no aparición del resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, ya sea que el proceso causal se interrumpa o que, aun terminado, el resultado no acontezca. Por tanto, para aquellos casos en los que la interrupción del curso causal

o la no aparición del resultado se deban a la intervención *voluntaria* del agente, el CPH dispone una causa de exclusión de la punibilidad.

Así es, los supuestos de abandono voluntario del proceso ejecutivo del delito y de impedimento de la aparición del resultado, son recogidos normativamente en el artículo 15 del CPH. En este numeral se contemplan los institutos del desistimiento y arrepentimiento activo,⁸³ respectivamente, con la siguiente redacción:

Artículo 15. "Si el sujeto espontáneamente desistiere de la ejecución o impidiere la consumación del delito, su conducta no será punible. Si los actos ejecutados u omitidos constituyen por sí mismos delito, se le impondrá la pena o medida de seguridad que corresponda".

El señalado artículo 15 comprende, primero, dos supuestos bajo los cuales se actualiza una exigencia de responsabilidad criminal, consistentes en *desistir de la ejecución o impedir la consumación del delito*.

Las señaladas conductas, identificadas con los institutos del *desistimiento y arrepentimiento activo*,⁸⁴ respectivamente, presentan claras diferencias que vienen dadas, primero, por la tendencia positiva o negativa de la conducta en que se reflejan o materializan y,

⁸³ Véase ampliamente, sobre la figura del desistimiento en la tentativa, las obras de Alcaer Guirao, R., *¿Está bien lo que bien acaba?: la imputación de la evitación del resultado en el desistimiento*, Granada, 2002; Martínez Escamilla, M., *El desistimiento en derecho penal: estudio de algunos de sus problemas fundamentales*, Madrid, 1994; Núñez Paz, M. A., *El delito intentado: (fundamento de su punición. Concepto, naturaleza y elementos. La llamada tentativa inidónea. El desistimiento en la tentativa)*, Madrid, 2003; Pozuelo Pérez, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta postdelictiva*, Valencia, 2003. En la doctrina italiana, por todos, Tolomei, A. D., *Il pentimento nel diritto penale*, Turín, 1927.

⁸⁴ Actualmente han aumentado los partidarios que prefieren denominar esta figura como "desistimiento activo" en los casos de tentativa acabada; sin embargo, coincidimos con la postura de Jiménez Díaz en razón de que "nada impide seguir empleando la expresión "arrepentimiento activo" en referencia a la evitación voluntaria del resultado en supuestos de tentativa acabada, ya que recoge adecuadamente lo que se pretende definir: *arrepentimiento*, porque la iniciativa de evitar la consumación surge tras la completa ejecución de los actos (no es viable desistir de lo que ya se ha hecho); y *activo*, por necesitar de la realización de actos positivos dirigidos a impedir la producción del resultado". Jiménez Díaz, M. J., "Comentario al artículo 16", en *Comentarios al Código Penal*, varios autores, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal, t. I, Madrid, 1999, p. 805. En el mismo sentido, Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 731; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 187 y 188.

en segundo lugar, por la forma de tentativa dentro de la que están llamadas a operar.⁸⁵

El *desistimiento* implica un *no hacer o dejar de hacer*⁸⁶ por parte del agente; supone detener el proceso causal del delito al grado de evitar, cuando la ejecución sigue siendo posible,⁸⁷ el resultado esperado produciendo la impunidad de la tentativa.⁸⁸

Como señala Antolisei, "el desistimiento se da cuando el agente, después de iniciada la ejecución del delito, cambia de propósito e interrumpe su actividad delictuosa".⁸⁹ El desistimiento así entendido conduce, inexorablemente, al supuesto de tentativa inacabada.⁹⁰ Por lo tanto, en este supuesto hablamos de actos impunes en razón de que el desistimiento, como abandono de la actividad criminal, es una *causa voluntaria* que impide la consumación del delito,⁹¹ aniquilando la imputación de la tentativa, sobre todo, "si el desistimiento de la acción fue atribuible exclusivamente a la voluntad de su autor,

⁸⁵ Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 458 y ss., especialmente la nota 72; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 425.

⁸⁶ Antolisei, F., *Manual de derecho penal. Parte general*, Bogotá, 1988, p. 359.

⁸⁷ "El abandono de la "ejecución" está vinculado a que siga siendo posible", pues cuando ya no se puede actuar, tampoco es posible abandonar una ulterior ejecución. Así, resulta claro que cuando se ha reconocido la imposibilidad de actuación, "ni siquiera se puede seguir intentando". Roxin, C., "Sobre el desistimiento de la tentativa inacabada", en *Problemas básicos del derecho penal*, Madrid, 1976, p. 251. Más adelante señala el mismo Roxin (p. 265), "mientras el autor pueda seguir actuando con perspectivas de éxito y sin aumento del riesgo que corre, conforme a las normas de la profesión criminal sería muy irrazonable (muy ilógico) echarse atrás"; justamente por eso, el autor que abandona su designio criminal aun a sabiendas de que tiene posibilidades de éxito, actúa en desistimiento voluntario en claro signo de retorno a la legalidad.

⁸⁸ Si "el desistimiento *anula* la tentativa, supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. El castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de la pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena. Lo que resulta es, en efecto, un intento que se ha demostrado (*ex post*) incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto es, a la voluntad del agente". Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 350.

⁸⁹ Antolisei, F., *Manual de derecho penal*, p. 358.

⁹⁰ Jiménez Díaz, M. J., "Comentario al artículo 16", p. 804.

⁹¹ Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal dictado en la Real Universidad de Pisa*, Parte general, vol. I, Buenos Aires, 1944, p. 256.

siempre que ocurriese en un momento en el cual no había sido aún violado ningún derecho".⁹²

Así, como requisitos del desistimiento pueden identificarse:⁹³ a) *Un elemento subjetivo*. Este elemento se resume en que el desistimiento ha de ser voluntario,⁹⁴ es decir, la decisión a cargo del autor de no llegar hasta la consumación del delito, aunque pudiera llegar a ella. Si el desistimiento del autor no es voluntario, esto es, se produce por causas ajenas a su voluntad, nos hallaremos ante supuestos de tentativa punible. b) *Un elemento objetivo*. El elemento objetivo comprende la evitación de la consumación del delito, cuando dicha consumación todavía es posible.

Finalmente, el *arrepentimiento activo* implica una actividad en sentido positivo,⁹⁵ que se desenvuelve a modo de *contraconducta* y que tiene por efecto detener el proceso causal ya en acto.⁹⁶ El arrepentimiento activo tendrá lugar en los casos en los que el autor ha ejecutado en su totalidad el proceso ejecutivo del delito, evitando eficazmente en última instancia la aparición del resultado.⁹⁷

En este último caso, la excluyente de responsabilidad es posible tanto cuando es el propio autor quien impide eficazmente la aparición del resultado típico, como cuando es él quien desencadena o provoca

⁹² Carrara, F., *Programa del curso de derecho criminal...*, p. 260.

⁹³ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, pp. 231 y 232; Del Rosal, J., *Derecho penal español*, pp. 108 y 109.

⁹⁴ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 387 y 388; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 191 y ss.; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 796; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 458 y ss.; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 596-598.

⁹⁵ De Vicente Remesal, F. J., *El comportamiento postdelictivo*, León, 1985, pp. 49 y ss.; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 599.

⁹⁶ Quintanar Díez, M., *La justicia penal y los denominados "arrepentidos"*, Madrid, 1996, p. 279; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 600.

⁹⁷ Tanto el desistimiento, como la retirada activa (arrepentimiento activo), "están en correlación con los dos estadios que pueden presentarse en la tentativa: durante la fase de la tentativa "incompleta" el abandono del propósito delictivo se manifiesta en la forma de desistimiento; en la fase de la tentativa "completa", es decir, cuando la actividad ejecutiva se ha cumplido, pero no se ha producido todavía el resultado, no puede bastar la simple inactividad: es necesario que el agente se haga activo", interrumpiendo el resultado. Antolisei, F., *Manual de derecho penal*, p. 358; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 388; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 353.

los actos que, a cargo de terceras personas, logran impedir eficazmente la consumación del delito.⁹⁸

A. La tentativa cualificada

En segundo lugar, el artículo 15 CPH establece que, para el caso de que los actos ejecutados u omitidos constituyeren por sí mismos delito, se aplicará la pena o medida de seguridad que corresponda. De esta guisa, el *desistimiento* y el *arrepentimiento*, en su caso, originan la *impunidad del hecho*, siempre y cuando los actos de ejecución que tienen lugar durante la tentativa, *per se*, no constituyan delito.

La justificación de dicho régimen de impunidad, viene dada, fundamentalmente, desde dos perspectivas cimentadas, una sobre la teoría del premio y la otra desde la falta de necesidad de pena.

Conforme a las teorías premiales, a la razón de castigar que surge de la consumación del delito, se enfrenta la razón del *premio* para aquel que abandona la ejecución.⁹⁹ Por su parte, las corrientes que sustentan el citado régimen de impunidad sobre la base de la falta de necesidad de pena, entienden que la razón de tal impunidad que acarrea el desistimiento en la tentativa, obedece a que, sencillamente, en tales casos la pena no cumple con las funciones preventivas que el ordenamiento jurídico puede encomendarle; no se cumplen ni las funciones de prevención especial respecto del sujeto que decide comportarse con arreglo a derecho, ni tampoco de prevención

⁹⁸ Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 461.

⁹⁹ Dentro de las teorías que se han construido para explicar el fundamento de la impunidad en el desistimiento, aparecen las llamadas "Teorías premiales", que ven en la impunidad una recompensa o premio que se concede al autor que abandona la ejecución del delito. Como señala Muñoz Conde, bajo el nombre de teorías premiales se integran "dos formas distintas de fundamentar la impunidad por desistimiento; por un lado, se considera dicha impunidad como una *retribución premial* que, frente a la idea de retribución sancionadora, supone un *premio o recompensa* concedido al autor por su comportamiento y que, por tanto, éste merece; por otro, se ve en la impunidad un acto de gracia del Estado que renuncia al ejercicio de su poder punitivo". Muñoz Conde, F., *El desistimiento voluntario de consumar el delito*, Barcelona, 1972, pp. 26 y 27; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. Los autores aquí citados son partidarios finalmente de la tesis de la falta de necesidad de pena.

general, en tanto que la norma ha cumplido su función motivadora en tal sentido.¹⁰⁰

En efecto, el fundamento de la impunidad que produce el desistimiento en la tentativa, se atribuye a criterios puramente político-criminales, contruidos sobre la base de que en estos casos la pena sería totalmente contraria a los principios político-criminales que informan al sistema penal, los cuales animan al legislador para disponer que, ante el desistimiento, deja de haber tentativa punible.¹⁰¹

Se trata, en definitiva, de una causa de exclusión de la punibilidad,¹⁰² cuyo fundamento, como se señalaba *ut supra*, se relaciona con las denominadas *teorías de la desaparición de los fines de la pena*.¹⁰³

Jeschek sostiene la teoría del premio para fundamentar la impunidad en el caso del desistimiento de la tentativa, en el sentido de que “quien desiste voluntariamente y evita la consumación o se esfuerza seriamente en ello aun cuando de todos modos aquella tiene lugar, en la comunidad se compensa parcialmente la impresión jurídicamente perturbadora de su hecho y, a causa de ello, merece indulgencia. A ello se añade que el injusto de la tentativa es compensado hasta cierto grado por el contrapeso que supone su actuación meritoria”.¹⁰⁴

No habría impunidad, naturalmente, cuando los actos ya ejecutados por el agente fueran constitutivos de algún otro delito.

El denominado “puente de oro” de Von Liszt,¹⁰⁵ expresión ya clásica que se utiliza para explicar el instituto del desistimiento, descansa

¹⁰⁰ Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. En contra Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 579. Véase, sobre las señaladas funciones de prevención especial y prevención general, Ochoa Romero, R. A., *La justificación de la pena*, México, 2010.

¹⁰¹ Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, p. 596.

¹⁰² Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 387; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, p. 427; Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 189 y 190; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 794 y 795; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 424; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 456-458; Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 731; Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte general*, p. 350; Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, pp. 20-23; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 589, aunque en contra del fundamento político-criminal de la impunidad.

¹⁰³ Octavio de Toledo y Ubieto, E. y Huerta Tocildo, S., *Derecho penal*, pp. 188 y 189. En este sentido también, Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 475.

¹⁰⁴ Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 579.

¹⁰⁵ Listz, F. V., *Tratado de derecho penal*, p. 20.

en la idea de que el autor que dio inicio a la ejecución del delito, desarrolla un acto *contrario* al curso causal y evita la consumación del delito. Sin embargo, el premio que constituye la total impunidad, está condicionado a que no se haya incurrido en algún otro delito durante la tentativa, supuesto que se conoce como *tentativa cualificada*.¹⁰⁶

5. La consumación y el agotamiento del delito

La consumación del delito tiene lugar cuando se realizan completamente los actos que actualizan los elementos del tipo de injusto de que se trate,¹⁰⁷ 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.¹⁰⁸

De acuerdo con Bustos y Hormazábal, la diferencia que existe entre el delito consumado y la tentativa, estriba en la forma en que cada uno afecta al bien jurídico que la norma protege. En la tentativa, siempre habrá una puesta en peligro del interés penal tutelado, mientras que en la consumación, habrá una puesta en peligro o una lesión al bien jurídico, según la forma en que se encuentre normativamente prevista la consumación.¹⁰⁹ La referencia con el delito consumado se hace en relación al injusto tal y como se encuentra previsto en la ley, no como vía para la realización de otro delito.

En efecto, como señala Del Rosal, existen obstáculos para determinar el momento de la consumación, en función de la esencia de cada delito. Aun cuando lo normal es que la consumación aparezca en un mismo instante, ésta es, a veces, anticipada por el legislador (delitos de emprendimiento), quien no espera a la producción del resultado lesivo, declarando consumado el hecho en un momento anterior;¹¹⁰ otras veces la consumación coincide con la realización misma de la conducta (delitos de resultado formal); y, como en los delitos permanentes, la consumación presenta características especia-

¹⁰⁶ Cobo del Rosal, M. y Quintanar Díez, M., *Instituciones de derecho penal español. Parte general*, p. 230; Jescheck, H. y Weigend, T., *Tratado de derecho penal. Parte general*, p. 590; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 386.

¹⁰⁷ Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 799.

¹⁰⁸ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 732.

¹⁰⁹ Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, p. 388.

¹¹⁰ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 412.

les coincidiendo con el tiempo en que éstas se reúnen y terminando cuando cesa el estado antijurídico.¹¹¹

Distinto de la terminación o consumación es el agotamiento que hace referencia a la obtención del objetivo por el cual se delinquirió, y al que no es posible dar ningún efecto sobre la consumación, ya que simplemente se trata de “*el éxito criminal*”.¹¹²

III. LA INCORRECTA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CPH

La incriminación de las distintas formas de tentativa –al margen del resto de los elementos que conceptualmente la conforman–, parte del hecho de que el pensamiento criminal se exterioriza a través de conductas ejecutivas que comportan, esencialmente, un peligro para el bien jurídico que la norma penal tutela.

Así, en tal régimen de incriminación se reconoce uno de los principios básicos del derecho penal cual es el principio del hecho o de objetividad material del delito. Este principio comporta la exigencia de que el delito se traduzca en una actividad externa susceptible de apreciación sensorial y no en una actividad puramente interna ni en una forma de ser del sujeto.¹¹³ En definitiva, el delito sólo lo es cuando comporta la realización de un hecho externo, que es reflejo del plan criminal.

En concreto, este principio prohíbe que sean sancionadas como delitos las conductas humanas que no se exterioricen mediante hechos.¹¹⁴ Como opina Zugaldía, el principio del hecho comporta dos consecuencias: a) que con el pensamiento no se delinque (*cogitationem*

¹¹¹ Del Rosal, J., *Derecho penal español*, p. 113; en el mismo sentido, Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, p. 735; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 799; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 604 y 605.

¹¹² Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 732; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 605 y 606.

¹¹³ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 343, especialmente la nota 2; Díaz Aranda, E., *Derecho penal. Parte general*, 2a. ed., México, 2004, p. 82. En palabras de Farré Trepas, “el objeto de la prohibición no podrá ser una decisión de voluntad contraria a los bienes jurídicamente protegidos, sino una conducta externa, ya que el ámbito que se persigue regular no constituye el fuero interno de los individuos sino los procesos de interacción social”. Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, p. 35.

¹¹⁴ Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, 3a. ed., Valencia, 1993, p. 278; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 40.

paenam nemo patitur); y, b) que la forma de ser del autor no pueda ser considerada como presupuesto del delito o de las circunstancias que puedan comportar una agravación de la pena.¹¹⁵

De esta forma, el principio del hecho es uno de los ejes fundamentales del derecho penal (derecho penal de hecho), que no admite que los presupuestos del delito o de las circunstancias de agravación de éste, tengan como base la forma de ser del sujeto o su peligrosidad (derecho penal de autor). El derecho penal de autor elimina el carácter fáctico del derecho penal y lo convierte en un simple instrumento de intervención estatal en la esfera de libertades de los gobernados.

1. La violación al principio de ofensividad

El principio de ofensividad implica, en términos generales, que sólo pueden ser tenidas como penalmente relevantes aquellas conductas que supongan una lesión a los bienes jurídicos que son indispensables para la vida pacífica de la sociedad.

Así, se habla de la relevancia, en el ámbito del derecho penal y en particular en el ámbito de la selección de las conductas dignas de relevancia jurídico-penal, del principio de ofensividad, lesividad, o exclusiva protección de bienes jurídicos para expresar el dogma “*nullum crimen sine injuria*”. En tal principio se contiene la exigencia de que en todo delito debe existir un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito cuyo sustento no sea precisamente esa ofensa al interés jurídico.¹¹⁶

El delito comprende, pues, la exteriorización y materialidad de un hecho y, al mismo tiempo, que con tal hecho se dañe un bien jurídico protegido¹¹⁷ o, si se quiere, que los comportamientos prohibidos lesionen o pongan en peligro las condiciones de existencia y de desarrollo de la sociedad. Como dice Zugaldía, la lesión o puesta

¹¹⁵ Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, pp. 278 y 279.

¹¹⁶ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, pp. 315 y 316; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, p. 41; Quintero Olivares, G., *Parte general del derecho penal*, pp. 65 y ss.; González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, pp. 7 y 8; Malo Camacho, G., *Derecho penal mexicano*, p. 101.

¹¹⁷ Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 33-35; Díaz Aranda, E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 75 y ss.

en peligro de un bien jurídico, o bien, la realización de determinados hechos socialmente dañosos, es el *contenido esencial* de la infracción al orden jurídico que se conoce como delito.¹¹⁸

En efecto, el contenido sustancial del delito, no es más que la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico,¹¹⁹ debiendo quedar al margen del derecho penal, esto es, no tratado por el sistema de justicia criminal, cualquier otro objeto de contenido moral, ético o religioso.

Ante tales exigencias, el principio de ofensión hace necesaria la diferenciación entre los delitos y las meras actitudes interiores, o de los hechos externos no lesivos de bien jurídico alguno.¹²⁰ Sin embargo, a pesar de ser éste un criterio generalizado, pueden existir violaciones al principio de ofensividad, por ejemplo, en aquellos casos en los que la legislación penal estima dignas de sanción ciertas conductas que, en definitiva, son carentes de lesividad. Es este el caso de los actos preparatorios y de la tentativa inidónea, particularmente en la forma en que se encuentran regulados en el CPH.

En efecto, el CPH establece la incriminación de los actos preparatorios de forma completamente genérica y de ciertas formas de tentativa: la que comporta inidoneidad en los medios empleados y la que se realiza con ausencia de bien jurídico o de objeto material. En ambos casos, no parece adecuada la regulación aludida.

Y no es adecuada en cuanto, conforme a lo que se ha expuesto, en los actos preparatorios se presume que existe un comienzo de la ejecución del delito, perfectamente sancionable ante la veri-

¹¹⁸ Zugaldía Espinar, J. M., *Fundamentos de derecho penal. Parte general*, pp. 233 y 234.

¹¹⁹ Existen, no obstante, opiniones en contra de esta afirmación. Para Rodríguez Devesa, la teoría que parte de que todo delito supone la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico es insostenible desde la perspectiva del derecho positivo, en razón de que existen figuras delictivas en las que no se requiere de la demostración de dicha lesión o puesta en peligro para que la acción se reputa punible, por ejemplo, en los delitos de simple actividad o los puros delitos de omisión. Para este autor, la conducta antijurídica comporta siempre en "la infracción de un deber impuesto por la ley". La razón de la imposición de tal deber, la *ratio legis*, es la protección de aquellos *intereses estatales* llamados (por comodidad, como señala el autor) *bienes jurídicos*, en tanto éstos encuentran por esa vía una protección legal, aun cuando conceptualmente sean el *objeto* del interés. El bien jurídico, posee una especial relevancia como criterio ordenador en la clasificación que de los delitos se hace en la Parte especial. Rodríguez Devesa, J. M., *Derecho penal español*, pp. 408 y 409; Bustos Ramírez, J. J. y Hormazábal Malarée, H., *Lecciones de derecho penal*, pp. 53 y *passim*; Sáinz Cantero, J. A., *Lecciones de derecho penal*, pp. 13-16; Mayer, M. E., *Derecho penal. Parte general*, pp. 26-29.

¹²⁰ Cobo del Rosal, M. y Vives Antón, T. S., *Derecho penal. Parte general*, p. 316.

ficación, en forma *unívoca*, del dolo del agente, lo que ya implica el castigo de las meras intenciones y pasa por encima de cualquier consideración en torno a la puesta en peligro del bien jurídico. Tal previsión trae consigo una franca violación del principio de ofensividad.

Lo mismo sucede en el supuesto de la tentativa inidónea. Cuando ésta es absolutamente inidónea (el CPH hace referencia únicamente a la tentativa inidónea en cuanto a los medios utilizados), no existe ningún tipo de puesta en peligro, ni siquiera abstracta, para el bien jurídico que la norma tutela, por lo que la conclusión debe ser igualmente la de violación al principio de ofensividad.

En cuanto al tratamiento de las diferentes formas de tentativa inidónea (ya que el CPH contempla también como tentativa punible la que se realiza con ausencia de objeto material o del bien jurídico protegido), deben recibir el mismo tratamiento en virtud de que tales supuestos mantienen un común denominador cual es la ausencia de lesividad.¹²¹

Así, no cabe duda que la regulación de la tentativa y de los actos preparatorios en el CPH requiere una reforma urgente que permita unificar el criterio de imputación.

2. Una propuesta de *lege ferenda*

Como ya se dijo, son supuestos de tentativa inidónea la que se desarrolla con medios inadecuados para la obtención del resultado típico, así como aquella que se desenvuelve con ausencia de bien jurídico o de objeto material.¹²²

Ha quedado suficientemente demostrado que cuando la tentativa es absolutamente inidónea, no cabe su incriminación, dado que bajo ninguna circunstancia sería posible la aparición del resultado típico del delito consumado, ni del intentado. En efecto, en tales condiciones tampoco aparece el resultado propio de la tentativa (especialmente en supuestos de tentativa irreal o supersticiosa), esto es, que no se

¹²¹ González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", pp. 23 y 24.

¹²² Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 254-256; Farré Trepas, E., *La tentativa de delito*, pp. 347-349.

realiza la puesta en peligro, cuando menos abstracta, del bien jurídico tutelado.¹²³

Ahora bien, en lo que respecta a los actos preparatorios, definitivamente hace falta su derogación en la parte general del CPH. No es ni mucho menos coherente con las exigencias propias de un Estado social y democrático de derecho, la incriminación de las intenciones. Y es eso precisamente, las intenciones, lo que viene a reprobar el primer párrafo del artículo 14 CPH. La sola verificación en forma *unívoca* del dolo del agente, como condición única para la aplicación de la pena, no hace sino prever el castigo para conductas absolutamente carentes de lesividad; la plena subjetividad del fundamento permitiría, en casos extremos, incriminar bajo tal hipótesis un supuesto de tentativa irreal o supersticiosa. Además, el término *unívocamente*, trae consigo una importante dosis de imprecisión que produce una violación clara al mandato de certeza o principio de taxatividad; no es posible dejar en manos del órgano investigador o del juzgador, la integración del significado o los alcances de dicho vocablo.

Así las cosas, resulta igualmente inaceptable la previsión contenida en el artículo 14 del CPH, en lo que respecta a la incriminación de la tentativa inidónea y de la "tentativa imposible", pues en ambos casos, mención aparte de la tentativa relativamente inidónea, los requerimientos objetivos del tipo no aparecen¹²⁴ (peligro para el bien jurídico). Como decíamos, ¿es legítimo sancionar a una persona por haber intentado privar de la vida a otro a través de las técnicas del vudú? La respuesta tiene que ser negativa porque no existe peligro alguno para el bien jurídicamente protegido, por mucho que la intención de matar sea firme; en este caso los medios son absolutamente inidóneos, lo que debe traer consigo la impunidad del acto. En cambio, si el hecho realizado es relativamente inidóneo, por ejemplo, al suministrar una cantidad insuficiente de veneno, sí existe una situación de peligro sobre el bien jurídico que permite colmar ambos elementos de la tentativa y producir su relevancia penal. Esa relatividad en la inidoneidad de los medios, puede verse también como relatividad en la idoneidad, con lo que la tentativa así realizada debe resultar punible.

¹²³ Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 415 y 421; Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, p. 30.

¹²⁴ En este sentido, González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 9.

Por tanto, el artículo 14 del CPH requiere de una reforma integral (al igual que su régimen de sanción), que pase por eliminar la referencia a la incriminación de la tentativa inidónea, ya que dada la influencia subjetivista señalada, se permitiría el castigo de la absolutamente inidónea o de la irreal o supersticiosa.

Asimismo, hace falta eliminar el señalamiento de punibilidad de la tentativa que se realiza con ausencia de objeto material o de bien jurídico, ya que en estos casos, si la tentativa se desenvuelve con los medios adecuados o relativamente adecuados, y con el elemento subjetivo propio del delito intentado, la ausencia de bien jurídico o de objeto material no elimina la parte objetiva del injusto de la tentativa, pues la evaluación de la situación de peligro abstracto creada *ex ante*, permitiría, aun en tales casos de ausencia de objeto, que se configure la tentativa punible.

En efecto, si la ausencia de bien jurídico o de objeto material es conocida por el autor (caso poco probable en la práctica), ya no cabría hablar de tentativa, pues quedaría afectado el dolo del delito intentado —que abarca también los elementos del tipo consumado—,¹²⁵ por lo que la conducta desenvuelta deberá analizarse desde otra perspectiva a los efectos de su adecuación a tipo.

En realidad habría que considerar la posibilidad de tratar la tentativa de forma unitaria. Esta forma imperfecta de ejecución del delito, tiene lugar, como se ha visto, en aquellos casos en los que el agente desarrolla todos o parte de los actos que forman parte del proceso causal, cuando el resultado no aparece por causas ajenas a su voluntad; así, es necesario que se actualicen los referidos extremos subjetivo y objetivo de la tentativa, pues faltando cualquiera de ellos, falta igualmente la tipicidad de la tentativa. De este modo, en los casos de tentativa inidónea (que abarcaría igualmente los supuestos de ausencia de objeto), cuando no es posible apreciar *ex ante* la puesta en peligro del bien jurídico protegido, simplemente no hay tentativa, aun cuando la resolución delictiva sea firme.¹²⁶ Con ello quiere decirse que si se aprecian *ex ante* la capacidad lesiva de la acción y el dolo

¹²⁵ En este sentido, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, p. 414.

¹²⁶ González Cussac, J. L., "Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal", p. 22; Moreno-Torres Herrera, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, pp. 269 y ss.; Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*,

del actor, la inexistencia del objeto apreciable *ex post* es meramente accidental y constituye una circunstancia ajena a la voluntad del autor de las que, precisamente, impiden la aparición del resultado principal.

Por lo demás, la previsión actual del CPH en lo que respecta a los actos preparatorios y a la tentativa inidónea (dentro de ésta la que se desarrolla con ausencia de bien jurídico o de objeto material) comporta una evidente lesión a lo dispuesto por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo *in fine*. Ello es así, sin duda, en razón de que deviene ilegítimo el castigo en aquellos casos en los que no es posible hablar de la afectación a un bien jurídico, ya sea en forma de lesión o de puesta en peligro, lo que trae necesariamente consigo la afirmación de su desproporción.¹²⁷

Reducir la cuestión –tal como sucede en el referido régimen previsto por el CPH para los actos preparatorios y la tentativa inidónea–, con base en consideraciones completamente subjetivas y desconectadas del principio de ofensividad, que, por lo demás vienen condicionadas, por ejemplo, a la verificación de la intencionalidad del sujeto en términos de *univocidad*, a la intención o plan del autor, tiene necesariamente que acarrear una importante carga de autoritarismo y de inobservancia de un principio fundamental que limita el ejercicio de la facultad sancionadora del Estado a nivel constitucional, cual es el de ofensión.

Allá en donde hay peligrosidad pero no hay puesta en peligro de ningún bien jurídico, falta la parte objetiva del tipo y sencillamente no hay delito. En esos regímenes sancionatorios hay mucho de criminología, hay mucho de autoritarismo, y desde luego, muy poco de derecho penal.

p. 422; Farré Trepal, E., *La tentativa de delito*, p. 36; García García, R., *Tratado sobre la tentativa*, p. 195.

¹²⁷ Véase, en este sentido especialmente, Muñoz Conde, F. y García Arán, M., *Derecho penal. Parte general*, pp. 84 y 85; González Cussac, J. L., “Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal”, p. 23.