



Boletín Mexicano de Derecho Comparado

ISSN: 0041-8633

bmdc@servidor.unam.mx

Universidad Nacional Autónoma de México
México

ISLAS, Olga

Reseña de "El tipo de tentativa. Teoría y práctica" de MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel.
Boletín Mexicano de Derecho Comparado, vol. XLV, núm. 135, septiembre-diciembre, 2012, pp. 1363-1371

Universidad Nacional Autónoma de México
Distrito Federal, México

Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42724584015>

- Cómo citar el artículo
- Número completo
- Más información del artículo
- Página de la revista en redalyc.org

redalyc.org

Sistema de Información Científica

Red de Revistas Científicas de América Latina, el Caribe, España y Portugal

Proyecto académico sin fines de lucro, desarrollado bajo la iniciativa de acceso abierto

MANCERA ESPINOZA, Miguel Ángel, *El tipo de tentativa. Teoría y práctica*, México, Porrúa, 2011, 184 pp.

La presente es una investigación completa que estudia a profundidad los problemas centrales de la tentativa. Consta de un desarrollo lógico en todos sus capítulos y partes que los integran. Su bibliografía es abundante, actualizada y bien seleccionada.

El trabajo se compone de dos partes. En la primera, plantea aspectos generales que son necesarios para entender lo que es la tentativa en el derecho penal. En la segunda, estudia a fondo la naturaleza jurídica de la tentativa y el tratamiento doctrinario y legislativo que se le ha dado a esta institución.

El primer capítulo, en la primera parte, lo denomina “Injusto penal, el desvalor de la acción y el desvalor del resultado”. En él analiza las diversas teorías elaboradas por las diferentes corrientes doctrinarias, ya que, como lo considera el autor, el tema del injusto penal es de mayor relevancia, no sólo para el análisis del tipo de la tentativa, sino para cualquier tema del derecho penal.

Señala que el injusto penal suele concebirse como la conducta, la tipicidad y la antijuridicidad. Para entender estos términos, parte de la llamada escuela clásica, reconoce en el delito únicamente elementos externos y elementos internos, o sea, elementos objetivos (conducta, tipicidad y antijuridicidad) y elementos subjetivos (la culpabilidad).

En el devenir histórico del delito aparecen los “elementos subjetivos del injusto”, reconocidos por Fischer, Hegler, Mayer y Mezger, elementos que se encuentran en el tipo (ánimos, propósitos, finalidades y otros aspectos subjetivos diferentes del dolo). El doctor Mancera los denomina “elementos subjetivos del ilícito”.

Con la aparición de los elementos subjetivos en el tipo, distintos de la culpabilidad, se desfasa lo concebido hasta entonces sobre la estructura del delito. Aparece en ese momento Welzel, creador de la teoría final de la acción, y con ella vuelve a adquirir coherencia la teoría del delito. Esta teoría entiende que la acción no puede ser ciega y meramente causal, donde la culpabilidad es un fenómeno subjetivo acompañante. En esa línea

Boletín Mexicano de Derecho Comparado,
nueva serie, año XLV, núm. 135,
septiembre-diciembre de 2012, pp. 1363-1371.

de ideas se traslada el dolo de la culpabilidad a la acción y al tipo. Con esta nueva concepción del delito se resuelven diversos problemas que las teorías causales no habían podido resolver, entre ellos el de la tentativa.

El doctor Mancera se refiere también a los planteamientos de Roxin, quien alude a un concepto de acción normativo y elabora un sistema penal *teleológico-racional* en el que se relacionan la dogmática jurídico penal con la política criminal, llegando así a la teoría de la *imputación objetiva*.

En páginas siguientes entra de lleno al análisis de las interpretaciones sobre el injusto a partir de la antijuridicidad formal y la antijuridicidad material. La antijuridicidad formal significa la relación de contradicción de un hecho con el derecho, en tanto que la antijuridicidad material se ha entendido como la lesión o puesta en peligro del bien jurídico tutelado. Es a partir de estos dos conceptos —afirma el autor— que se puede entender “*el desvalor de la acción* que implica la contrariedad al derecho, y el *desvalor del resultado* que se adecua a la antijuridicidad material”. Esta cuestión es especialmente importante, porque el principal problema que plantean los autores sobre el injusto penal versa, precisamente, sobre si el injusto penal debe desvalorarse sólo por la infracción de la norma, o bien si su desvaloración alcanza la puesta en peligro o la lesión al bien jurídico tutelado por la norma. En relación con este tema, cita la opinión de diversos iuspenalistas, entre otros Jeschek, Roxin y Mir Puig, y vincula estos criterios con lo dispuesto en el Código Penal Federal y el Código Penal para el Distrito Federal, y concluye que en ellos el injusto es desvalorado tanto por la acción como por el resultado, y ambos aspectos son relevantes para el momento de individualizar la sanción.

El segundo capítulo de esta primera parte la dedica al análisis del *iter criminis* (o formas de aparición del delito), entendido como el camino o la vida del delito. Explica, con mucha claridad, las dos fases que integran el *iter criminis*: la fase interna y la fase externa, denominadas también como fase subjetiva y fase objetiva. La primera abarca diversas etapas progresivas: a) la ideación, momento en que surge el delito en la mente del agente y que no merece sanción porque se reconoce que el pensamiento no delinque; b) la deliberación, etapa en que el sujeto evalúa los pros y los contras que pueden presentarse, y c) la resolución, momento en el que el sujeto resuelve cometer el delito.

La fase externa, indica el doctor Mancera, se compone a su vez de varias etapas: a) La manifestación, etapa en que se exterioriza el pensamien-

to; b) La preparación, etapa en la que el agente lleva a cabo los actos que considera necesarios para, en su momento, realizar el ilícito. Subraya que, en derecho mexicano, la jurisprudencia da cuenta de la impunidad de los actos preparatorios; finalmente c) La ejecución, etapa del *iter criminis* en la que se puede presentar la tentativa, o bien la consumación del delito, porque estos actos son capaces de producir peligro o lesión para el bien jurídico.

El problema central de la tentativa —dice el autor— radica en la necesidad de diferenciar los actos preparatorios de los actos ejecutivos. Pone especial énfasis en este tema por la importancia que tiene en relación con la tentativa. Pero aquí surgen problemas adicionales porque hay actos preparatorios punibles. Son actos preparatorios punibles —dice el autor— los que pueden presentarse en la fase externa del *iter criminis*, y que sirven para la comisión delictiva. Los actos preparatorios, en algunos casos, llegan a ser planteados como delitos autónomos por el peligro que conllevan para el bien jurídico; ejemplo de éstos, en la legislación mexicana, son la conspiración y la provocación a cometer un delito.

Dentro de este mismo tema plantea la “proposición”, entendida como una invitación formal dirigida a otras personas para la comisión del delito. Esta invitación formal, dicen algunos iuspenalistas, conlleva la disposición del autor de llegar a la consumación del delito; otros estiman que realmente se estaría en presencia de una tentativa de inducción, la cual no es punible. El doctor Mancera apunta las diferencias entre “la proposición” y la “inducción”, y presenta ejemplos de delitos que se consuman con la sola invitación, en la legislación mexicana (artículo 123, fracción XI. “Invite a individuos de otro Estado a que hagan armas, contra México...” y Artículo 135, fracción I. “En cualquier forma o por cualquier medio invite a una rebelión”). Estudia, también, la conspiración, la asociación delictuosa, la provocación y la apología del delito, y relaciona todos estos temas con la autoría y la participación. Aporta criterios de los tribunales y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre la conspiración y la asociación delictuosa.

Una vez agotado el tema de los actos preparatorios punibles, entra al estudio de la “ejecución”. En este punto continúa explicando la distinción entre los actos preparatorios y la ejecución, y subraya que se afirma que esta distinción deviene de razones político-criminales.

Dice el autor que “generalmente cuando un sujeto inicia la preparación de un delito es porque lleva la finalidad de ejecutarlo, pero únicamente cuando su actuar alcanza la llamada *fase de ejecución* es que puede decirse, desde el punto de vista jurídico, que se dio inicio al hecho típico”; sin embargo, destaca que la distinción no es fácil y mucho menos existe una resolución doctrinaria unánime. Da cuenta de los principales argumentos doctrinarios que se han emitido sobre el tema. Aporta los criterios adoptados por Carrara, Beling, Cavallo, Manzini, Soler, Mittermaier, Birkmeyer, Von Buri, Frank y Welzel. Después de lo cual concluye que los diversos criterios o teorías pueden aglutinarse en dos grupos: teorías subjetivas y teorías objetivas. Analiza con rigor unas y otras, y plantea, desde el punto de vista doctrinario y del suyo propio, las fallas y los aciertos de cada una.

Señala, como aspecto central de las teorías subjetivas, el plan del autor que da soporte al momento de ejecución, pero el conocimiento de dicho plan sólo sería posible a través de una confesión, lo cual podría ser “demasiado peligroso”.

Carrara y Carmignani afirman que el punto fundamental es la univocidad: los actos están encaminados necesariamente a la comisión del delito.

Las teorías objetivas se subdividen en: objetivo-formal y objetivo-material. En la objetivo-formal el punto fundamental de la distinción de actos preparatorios y ejecutivos radica en el hecho de que se comience a realizar el núcleo del tipo. La objetivo-material estima que “son actos ejecutivos los que se hallan unidos con la acción típica”.

Autores hay que combinan las posturas objetivas con las subjetivas. En esta línea de ideas revisa las posiciones funcionalistas de Roxin y Jakobs. Roxin afirma que “se puede hablar de actos ejecutivos cuando entre el acto y la acción que realiza el verbo típico no existen eslabones intermedios esenciales y además está presente una inmediatez temporal”.

Seguidamente, se complementa el tema con la referencia al principio de ejecución en el sistema penal federal mexicano. Se inicia el análisis con la definición de la tentativa en el Código Penal Federal y se informa sobre los criterios emitidos en resoluciones por el Cuarto Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito y el sostenido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para evidenciar las discrepancias existentes entre uno y otro.

Con todo lo expuesto, queda claro que “no existe una fórmula única que pueda válidamente ser aplicada a todos los casos”. El doctor Mancera se adhiere a la idea consistente en que para la comprobación del principio de ejecución resulta importante la *teoría de los actos intermedios* en conjunción con la *teoría del plan del autor*; sin embargo, aclara que existen algunos casos que requieren de un análisis más detallado.

Para dar mayor claridad al tema, el autor plantea, analiza y da solución a nueve casos muy diversos y complejos tomados de las reflexiones manifestadas por Alcácer Guirao (en España), pero modificados. En ellos no sólo se advierten problemas específicos de la tentativa (acabada e inacabada) con un único autor, sino se adicionan aspectos relacionados con la autoría y la participación de otros sujetos. Ante esta situación, el doctor Mancera se declara partidario de la *teoría del dominio del hecho*.

En la segunda parte, en el capítulo primero se hace un puntual recorrido histórico de la tentativa, desde la Antigüedad hasta nuestros días. Se pone especial énfasis en la legislación española. En apartado diverso se examina la tentativa en la legislación mexicana. Se inicia con el derecho precortesiano, en el cual parece no haberse distinguido la tentativa de la consumación. En la época de la conquista (en la Nueva España), la influencia española fue definitiva, por lo cual, el autor hace algunas referencias a las *Siete Partidas*, a la *Nueva* y a la *Novísima Recopilación*.

Al hablar del México independiente, hace alusión a varios documentos de carácter constitucional, para incursionar, finalmente, en los diversos códigos penales mexicanos:

- a) El primer Código Penal del país, de Veracruz de 1835.
- b) El Código Penal de Martínez de Castro de 1871. Se apunta que este ordenamiento se refirió al delito intentado, al conato, al delito frustrado y al delito consumado, y consideró impunes los actos preparatorios a menos que constituyeran delitos por sí mismos. “Es claro —dice el doctor Mancera— que en este Código se siguen las ideas de influencia subjetivista del injusto”. Se incluyeron supuestos de tentativa inidónea por el objeto y por los medios, es decir, sin que hubiera desvalor del resultado, aun cuando bien podría hablarse de peligrosidad.
- c) El Código Almaraz de 1929 —afirma el autor— se ocupó únicamente del delito consumado y de la tentativa, equiparando ésta con el conato. En diversos artículos trató el tema de la tentativa; reconoció la impunidad para el arrepentimiento y el desistimiento, y reguló el delito

imposible. Considera el autor que este ordenamiento “atiende a una tendencia del positivismo e incluso del neokantismo (causalismo en sus dos vertientes, natural y valorativo), es decir, que se vuelve a una tendencia resultativista”.

d) El Código Penal del 1931 se refirió a la tentativa como “la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente”. Se critica esta definición porque no se refiere al comienzo de ejecución, lo cual genera una ampliación no deseada del injusto hasta alcanzar la preparación de la conducta que se desvalora, lo cual generó múltiples interpretaciones judiciales. El autor da cuenta de algunas. En esta legislación se toma como criterio para establecer el *principio de ejecución* el parámetro cronológico, dado que alude a la inmediatez, y lo complementa con la univocidad. En cuanto a la pena, se toma en cuenta la temibilidad del sujeto y, también, el grado de ejecución, con lo cual queda clara la línea de un derecho penal de autor.

Miguel Ángel Mancera también da cuenta de las reformas que ha sufrido el Código en relación a la tentativa:

a) La reforma de 1984, que fue integral respecto de la tentativa. Entre otros aspectos novedosos, incluyó la tentativa en los delitos de omisión, reguló la tentativa acabada y la inacabada.

b) La reforma de 1993, que fue sin duda trascendente, da una mejor comprensión de la tentativa acabada y de la inacabada, y lo más importante, incluye en el tema de la consecuencia jurídica de la tentativa al principio de culpabilidad; esto es, atiende a un derecho penal de acto.

En páginas siguientes, alude también a los anteproyectos de código penal que fueron elaborados en 1949, 1958 y 1963, aunque no se refirió a los más modernos.

En el capítulo segundo, de la segunda parte, estudia la naturaleza jurídica y las situaciones problemáticas de la tentativa. Respecto de la naturaleza jurídica de la tentativa, anota que existen dos posiciones fundamentales, una que considera a la tentativa como un grado del delito y otra que sostiene la independencia de la tentativa, afirmando que es un delito perfecto.

En relación a la primera postura, cita los criterios de autores españoles como Jiménez de Asúa y Jiménez Huerta. Asimismo, puntualiza los criterios de Mayer, Maurach, Rodríguez Mourullo, Antón Oneca, Quin-

tano Ripollés, quienes consideran a la tentativa como una extensión de la tipicidad.

En la segunda posición, la de considerar a la tentativa como delito perfecto (autónomo), cita las opiniones de Bettiol, Vannini, Antolisei, Ramón Palacios, Pavón Vasconcelos, Malo Camacho y Reyes Echandía.

El doctor Mancera afirma que para resolver la situación habría que reflexionar sobre la integración del injusto, ya que la tentativa presenta su propio injusto, sus propios elementos subjetivos y objetivos, “dando lugar al llamado tipo de tentativa”. Indica que lo anterior no implica que no requiera vincularse con un tipo de la parte especial para alcanzar relevancia. De lo dicho, resulta que la tentativa requiere de la integración del supuesto de hecho contenido en el artículo 12 del Código Penal Federal, además de un tipo de la parte especial, pero no es una extensión del tipo de la parte especial sino un tipo complejo. Por lo que podrá afirmarse que la tentativa no puede ser entendida como un grado en la progresión delictiva, sino como lo que es, una figura típica particular que cuenta con sus propios elementos.

En cuanto al concepto de la tentativa, nos dice que a la tentativa se le ha definido de diversas formas y desde distintos ángulos; esto es así porque, como hemos visto en apartados anteriores, existen múltiples criterios para entender el injusto penal; a ello se suma la dificultad de identificar los actos ejecutivos y diferenciarlos de los preparatorios. Anota y razona los conceptos aportados por la doctrina italiana, española, latinoamericana y alemana, dentro de la cual aporta las opiniones de Welzel, Maurach, Jakobs y Roxin, y aporta su propia postura. Afirma que para la construcción del concepto de tentativa deben tomarse en cuenta los siguientes elementos: a) una exteriorización de voluntad comisiva de un delito; b) que dicha conducta deba actualizar un principio de ejecución a través del cual se realicen todos o parte de los actos necesarios para la consumación, y c) que la consumación no se concrete por causas ajenas a la voluntad del agente.

El doctor Mancera se ocupa de “algunos problemas particulares de la tentativa”; entre ellos, la “integración del tipo de la tentativa”. Manifiesta que se integra, en su parte objetiva, con la ejecución parcial o total de actos dirigidos a la consumación del delito, sin que ésta se actualice por causas ajenas a la voluntad del agente, y, en su parte subjetiva, con una voluntad de consumación, o sea el dolo, y una ausencia de un arrepenti-

miento o un desistimiento. Explica, también, “la distinción de la tentativa acabada de la inacabada”, la cual tiene como punto fundamental el grado de aproximación a la puesta en peligro del bien jurídico de que se trate. Comenta el pensamiento de Carrara, Jiménez de Asúa, Muñoz Conde, Jeschek, Gössel, Schönke, Schröeder, Eser, Bacigalupo, Mir Puig, Sancinetti, Reyes Echandía, Pavón Vasconcelos y Malo Camacho. Algunos de ellos siguen una línea objetiva y otros una línea subjetiva. Mir Puig es partidario de un criterio subjetivo pero objetivizado. El Código Penal Federal admite tanto la tentativa acabada como la inacabada.

En este mismo segundo capítulo, desarrolla el tema del “desistimiento en la tentativa”. Manifiesta que al estudiar el desistimiento es necesario reflexionar sobre los motivos por los cuales el agente decide desistir en su intención de cometer un delito, y sobre la distinción entre el arrepentimiento y el desistimiento. Respecto del motivo del desistimiento, indica que el desistimiento se presenta cuando el agente ha ejecutado actos que tienden a la “verificación de la hipótesis normativa”, pero se presenta un cambio de dirección de la intención del agente. El desistimiento —subraya el autor— no se sanciona. Específicamente, se refieren las teorías psicológicas y las teorías valorativas; partidario de esta teoría es Roxin. Estudia, también, el desistimiento y el arrepentimiento, tanto en la tentativa acabada como en la inacabada, y manifiesta que en México la doctrina mayoritaria considera que el desistimiento se relaciona con la tentativa inacabada, en tanto que el arrepentimiento tiene vinculación con la tentativa acabada.

Para cubrir todo lo concerniente a este tema, sin dejar ningún punto fuera de su agudo análisis, hace referencias puntuales de la “tentativa calificada”, figura que se presenta cuando el agente, en la ejecución del hecho, consuma un delito independiente del que pretendía realizar, caso en el que se sancionará al agente por el delito consumado, independientemente de que desista o se arrepienta. También examina si el desistimiento es una causa de atipicidad o una excusa absolutoria. A este respecto, indica que el desistimiento ha de verse como una atipicidad del tipo concreto.

Por otra parte, reflexiona sobre el dolo en la tentativa, justificando el porqué de la ubicación del tema hasta este momento, a pesar de que los penalistas lo abordan en primer lugar. La razón —dice— es que en esta investigación se parte del análisis “del tipo objetivo de la tentativa”, para después llegar al tipo subjetivo. Plantea el problema de precisar si existe o

no identidad entre el dolo del delito consumado y el de los delitos tentados; señala que la mayoría de las posiciones dogmáticas sostienen que el dolo en la tentativa y en la consumación tiene las mismas características; no obstante, algunos autores advierten distinción con la tentativa inacabada. Analiza, asimismo, esta situación en el supuesto de un dolo eventual.

Finalmente, en esta completa investigación, dedica un capítulo a la “tentativa inidónea”. En dicho capítulo se propone dilucidar los fundamentos de la punición de esta figura, para ello examina las teorías que se fundamentan en criterios subjetivos, las que se basan en razones objetivas que toman en cuenta la distinción entre medio y objeto, y las que aducen razones normativas.

En atención a este tema, el autor considera que la razón de que se sancione la tentativa inidónea “se debe encontrar, tanto en aspectos subjetivos como en objetivos, es decir, no puede encontrarse una postura absolutamente pura”. Por ello, se aplica una sanción cuando la actividad desplegada por el agente haya mostrado tanto su voluntad de contravención normativa, como una peligrosidad, ya al inicio, o bien al concluir la acción.

El trabajo se culmina con el análisis de las formas de inidoneidad en la doctrina: a) inidoneidad en el autor, y b) inidoneidad en los medios y en el objeto. La primera ocurre en los delitos especiales en los que el tipo exige una calidad específica en el autor, y éste supone que se encuentra presente al realizar la conducta. Como solución se presentan dos posturas: una sostiene que se trata de un delito putativo y otra que se presenta una tentativa inidónea. El autor se inclina por el delito putativo. En la tesis de la inidoneidad de los medios y en el objeto se destacan las ideas de Bacigalupo.

En relación con estos temas surgen las figuras del error al revés: error de “tipo al revés” y “error de prohibición al revés”, mismas que explica el autor con toda puntualidad.

No me queda más que recomendar la lectura de este importante trabajo.

Olga ISLAS*

* Investigadora en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.