



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

Ciudad de México a 08 de septiembre de 2020

OFICIO N° CCM/IL/DIP/ERA/003/2020

DocuSigned by:

Presidencia Mesa Directiva, Congreso CDMX - I Legislatura.

5318C6AE94DA4FD...

1

**DIPUTADA MARGARITA SALDAÑA HERNÁNDEZ
PRESIDENTA DE LA MESA DIRECTIVA DEL CONGRESO DE LA
CIUDAD DE MÉXICO, I LEGISLATURA**

P R E S E N T E

El suscrito, Diputado Eleazar Rubio Aldarán, integrante del Grupo Parlamentario Morena, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 122, apartado A, fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 29, y 30 de la Constitución Política de la Ciudad de México; 12 fracción II, 13 y 21 de la Ley Orgánica del Congreso de la Ciudad de México; 1, 2 fracción XXXVIII, 79 fracción IX, 86, 94 fracción IV, 100, 101, 212 fracción VII del Reglamento del Congreso de la Ciudad de México, someto a la consideración del Pleno de este Congreso, la siguiente: **INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO POR EL QUE SE REFORMAN LOS ARTÍCULOS 78 Y 123 Y SE ADICIONAN LOS ARTÍCULOS 21 BIS Y 123 BIS AL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL**, al tenor de la siguiente:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La norma penal, solo puede ser emitida por los legisladores, quienes actúan como los representantes de los ciudadanos, para la creación de leyes o normas en las que se describen conductas que el llevarlas a cabo tendría como consecuencia se acreedor de una pena o medida de seguridad, y su función es que los ciudadanos conozcan de ella, para evitar que se despliegue esa conducta por

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

parte del ciudadano, y de la misma forma sirve para que el estado sepa cuándo debe intervenir.

2

Lo que viene a conformar el principio de legalidad establecido en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 14 y 16, en las que se expresa que solo se puede considerar como delito una conducta, si está prevista y en una ley vigente.

De esto podemos resaltar, la importancia que tiene la dogmática en la interpretación de las normas, las cuales como legisladores de acuerdo a nuestras funciones debemos crear, y definimos a la dogmática como la opinión o proposición doctrinal que hace un jurista o experto en derecho, de las disposiciones legales.

Y es de las opiniones de juristas, estudiosos del derecho, abogados, estudiantes de derecho de donde surge este cuestionamiento que nace desde siglos pasados en el que se afirma, que “El Derecho Penal siempre llega tarde”, la acción penal llega cuando hay una víctima, ente esto, han habido miles de debates en los últimos siglos, por parte de juristas y expertos en derecho penal donde la mayoría está convencidos, que en gobiernos democráticos sus normas no se debe castigar de forma anticipada, esto es que no debe existir una anticipación a la punibilidad, ya que se convierte un riesgo anticipar las barreras de protección, es decir, y por ende, no debe verse el derecho penal de forma prospectiva, lo que conlleva a castigar al activo del delito, por lo que puede hacer. Y pocos son los juristas que nos dicen que es necesaria la existencia de este tipo de normas llamadas también llamadas “Derecho Penal del Enemigo”, para que exista un equilibrio con quienes delinquen y solo así se les pueda combatir.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Ahora bien, para poder llegar a nuestro propósito de esta iniciativa que es la de proponer el derecho penal prospectivo, debo comenzar por conceptualizar lo antes vertido.

3

Desde hace muchos años en nuestro país, se han creado miles de normas de forma emergente, es decir, tipos penales que se consideran importantes para poder resolver problemáticas sociales que aquejan a una ciudad o la nación entera, como ejemplo de esto tenemos la creación de delito de feminicidio, el de violencia digital, y el constante incremento de penas, secuestro, abuso o violencia sexual contra menores, robo a casa habitación, robo a transporte de carga, entre otros.

Ante esto, resulta importante, conocer más acerca del *Derecho Penal de Emergencia* o también denominado *Derecho Penal de Crisis*, por la situación que vivimos en nuestro país, en donde coincidimos con Zaffaroni quien señala que, “las emergencias no son nuevas en los discursos legitimantes del poder punitivo”¹.

Por lo que, debemos empezar por definir qué es la emergencia: La emergencia significa emerger, es decir, salir a la superficie, y éste a su vez sólo puede darse por cuestiones que pongan en peligro la persistencia de un sistema.

En virtud de lo anterior, en la actualidad se ha incorporado el cuerpo social a la emergencia, es decir, se delata un peligro inminente y se sugiere hasta violar la ley para solventar este peligro que se presenta como novedoso, cuando en verdad lo que se pretende es legislar siempre en emergencia.

¹ ZAFFARONI, Eugenio R. “La Creciente Legislación Penal y los Discursos de Emergencia”, teorías actuales en el Derecho Penal, Buenos Aires, 1998, p.618.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Otros autores definen a la emergencia, en la doctrina constitucionalista como “un accidente súbito que sobreviene en la vida de un individuo o de una sociedad, y que en este segundo caso puede llegar a poner en peligro la estabilidad o la vida misma del sistema institucional.

4

La emergencia está emparentada con el estado de necesidad, el caso fortuito y la fuerza mayor.

ZAFFARONI, señala: “que la legislación Penal de emergencia se caracteriza por lo siguiente: a) fundarse en un hecho nuevo o extraordinario; b) la existencia de un reclamo de la opinión pública o su dirigencia para generar la solución al problema causado por ese hecho nuevo; c) la sanción de una legislación Penal con reglas diferentes a las tradicionales del Derecho Penal Liberal “vulnerándose principios de intervención mínima, de legalidad, con la redacción de normas ambiguas o tipos Penales en blanco o de peligro, de culpabilidad, de proporcionalidad de las penas, de resocialización del condenado, etc.”; d) los efectos de esa legislación “para el caso concreto” sancionada en tiempo veloz, que únicamente proporcionan a la sociedad una sensación de solución o reducción del problema, sin erradicarlo o disminuirlo efectivamente dando nacimiento a un Derecho Penal simbólico”².

El llamado Derecho Penal de Emergencia, también se caracteriza por la utilización de una determinada técnica legislativa propia, cuyas características son: a) una tutela Penal que se anticipa a la efectiva acusación de una ofensa o un bien jurídico; b) creación artificiosa de bienes jurídicos; c) utilización de una técnica

² PARMA, Carlos. “Roxin o Jakobs, ¿Quién es el Enemigo en el Derecho Penal?, El Espejo del Derecho Penal, Ediciones Jurídicas Andrés Morales, Colombia, 2009, p. 59.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

*casuística, basada en fórmulas legales elásticas e indeterminadas; d) Penalización en función del autor y no del hecho cometido.*³

5

De todo lo anterior podemos asegurar que el Derecho Penal del Enemigo, es también un Derecho Penal de Emergencia, pues bien es cierto que lo que se busca en ambos es un Derecho que emerja y con la aplicación del mismo se logre primero que nada combatir a la delincuencia de manera inmediata, en este caso en concreto y por otra parte, que sirva como un Derecho disuasivo que actúe en contra de esas personas, que tienen como forma de vida delinquir.

Por ahora resta decir que el Derecho Penal de Emergencia a funcionado en países tanto Europeos como lo es España, Francia, Inglaterra, etc, y en América como Colombia, Estados Unidos de Norte América y México entre muchos otros, pues a pesar que en Europa existen Gobiernos consolidados tanto económicamente como políticamente, y en algún momento existió una crisis por la Seguridad de los ciudadanos, lo que origino que esos Gobiernos a efecto de atacar el problema decidió la creación de normas en las cuales si bien es cierto se les aplica de una forma especial sus garantías individuales, no se les aparta del Derecho y por el contrario se les da la oportunidad de cumplir con su obligación de ciudadano colaborando con las Instituciones.

Por lo que es necesario conocer de igual forma, que es el derecho penal del enemigo que hemos relacionado con ese derecho penal emergente, del cual se ha hecho una cultura al legislar en muchas partes del mundo.

³ Ibid, pp. 60-62.



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN **morena**

El Dr. Miguel Polaino Orts, excelente y brillante profesor de la Universidad de Sevilla nos dice que “Enemigo es quien, incluso manteniendo intactas sus capacidades intelectual y volitiva, y disponiendo de todas las posibilidades de adecuar su comportamiento a la norma, decide mutuo propio autoexcluirse del sistema, rechazando las normas dirigidas a personas razonables y competentes, y despersonalizándose así mismo mediante la manifestación exterior de una amenaza en forma de inseguridad cognitiva, que precisamente por poner en peligro los pilares de la estructura social y el desarrollo integral del resto de ciudadanos (personas de Derecho) ha de ser combatida por el ordenamiento jurídico de forma especialmente drástica, con una reacción asegurativa más eficaz. Esta reacción se circunscribe a garantizar y restablecer el mínimo de respeto para la convivencia social: el comportamiento como persona en Derecho, el resto de las demás personas, en consecuencia, la garantía de la seguridad cognitiva de los ciudadanos en la norma”⁴.

El gran profesor Alemán Dr. Günter Jakobs, nos dice que el enemigo es un delincuente de aquellos que cabe suponer que son permanentemente peligrosos, un inimicus. No es otro, sino que debería comportarse como un igual, y por ello se le atribuye culpabilidad jurídico-penal, la diferencia del hostis de Smith. Si en mis consideraciones me hubiera referido a Carl Schmitt, ello habría constituido una cita radicalmente fallida.

Analizando los anteriores conceptos, **podemos establecer** que el concepto de enemigo desde la antigüedad, ha sido catalogado como alguien de peligro para la sociedad, motivo por el cual, tiene que ser sujeto merecedor de un trato especial.

⁴ POLATNO-ORTS, “Derecho Penal del Enemigo: Desmitificación de un Concepto”, Op. Cit., pp. 101-102.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

El enemigo no se puede definir por sus propias características, sino por sus conductas desplegadas ante la sociedad.

7

En la Teoría del Derecho Penal del Enemigo, la sanción que se le impone al enemigo no es una pena en su sentido material, sino que su esencia es la eliminación de un peligro.

Es por ello que hablamos del Derecho Penal del Enemigo, como el Derecho Penal Especial, aplicado excepcionalmente, a un grupo de sujetos (personas físicas) que se organizan para delinquir de manera permanente y lo hacen como medio de vida, para obtener beneficios económicos predominantemente, por ese hecho reciben la aplicación de una Ley especial legítima (por que contempla un proceso Legislativo), por haberse apartado del orden jurídico y generar inseguridad cognitiva, situación que voluntariamente deciden y por ende pierden su estatus de persona para convertirse en Enemigos (según esta teoría), sin perder en ningún momento sus Derechos humanos y garantías individuales, sino que se les aplica una norma excepcional.

Ya teniendo conceptualizados estos dos temas como el derecho penal del enemigo y el derecho penal emergente, podemos justificar el porque es necesario tener dentro de nuestras normas el llamado derecho penal del enemigo como bien lo señala el Dr. Miguel Polaino Orts, en muchas de sus conferencias, donde su postura es, que la diferencia entre un estado Totalitario y uno democrático radica en sus normas, esto es, que en el totalitario solo hay normas de las llamadas del derecho penal de enemigo y en uno democrático deben existir unas de ellas, para tener un equilibrio que sirva para combatir, reducir y erradicar la delincuencia.



Es por ello que se propone analizar, si en nuestro código penal para esta Ciudad es viable o necesario castigar la tentativa en los delitos de peligro, en un momento anterior al surgimiento del peligro de daño para el bien jurídico, ya que se estaría ampliaría mediante la tentativa de los delitos de peligro el ámbito de punición del Estado.

8

El Dr. Langón, nos dice que los “delitos imperfectamente realizados” expresa que, se dice muchas veces y “...es un apotegma consolidado, que no hay tentativa en los delitos de peligro, porque sería castigar el “peligro de un peligro”, con lo que nos alejaríamos demasiado del resultado lesivo para un bien jurídico concreto, que se busca evitar sancionando la conducta del que lo ponga en riesgo.”⁵

De igual forma, tenemos que existe una tendencia legislativa cada vez mayor hacia la creación de tipos penales, y por si esto fuera poco, en los mismos se tiende a adelantar el castigo a etapas o momentos anteriores a la consumación del delito de daño, con la creación de figuras penales que contienen la punición de la sola puesta en peligro del bien jurídico, mediante la creación de figuras de peligro.

Ante esto podemos afirmar, que el delito es toda acción del hombre que se encuentra prevista por la ley como prohibida o no deseada, a la que se establece una pena, y el delito es definido como toda acción, típica, antijurídica, culpable y punible, y para que exista un delito debemos tener una acción u omisión del hombre que se encuentre descripta por la ley como prohibida o no deseada y que la misma le sea reprochable, por lo que, el delito es un proceso que se compone de distintas etapas, las cuales deben ser recorridas en su totalidad por el agente de la conducta para que se configure el mismo.

⁵ STRUENSEE, Eberhard. “Dolo, tentativa y delito putativo” Editorial Hammurabi S.R.L, Buenos Aires, 1992.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Ahora bien, los delitos se dividen en delitos de daño y de peligro, atendiendo al resultado que tiene la acción del sujeto que comete el delito, a través de la cual se puede ocasionar una alteración o modificación del bien jurídico tutelado por la norma, o en cambio, la posibilidad o probabilidad de la afectación del bien jurídico sin ser necesario en este caso que se produzca el daño.

9

Subdividiendo estos delitos en peligro abstracto, donde solamente debe existir una potencialidad del peligro, y concreto, en donde es necesaria probar la existencia del peligro, ya que estudiosos del derecho afirman que, en esta clase de delitos se castiga el peligro de daño que pueda sufrir el bien jurídico, por eso, algunos autores entienden que el fundamento de la tentativa y de los delitos de peligro es el mismo.

Luego, el delito es un proceso, compuesto por etapas, las cuales reciben el nombre de “iter criminis” (camino al delito), donde básicamente son dos y se encuentran profundamente vinculadas entre sí, ya que son dependientes una de la otra, para que el sujeto cumpla su fin delictivo; estas dos etapas son dos momentos distintos, pero que se encuentran estrechamente vinculados, una interna y otra externa.

La etapa interna, se conforma por un proceso en la psiquis del sujeto que cometerá el delito, que abarca desde que nace en él la idea delictiva, la forma en que lo llevará a cabo, hasta el momento en el que el sujeto toma la resolución de cometerlo.

Esta fase se compone básicamente de la ideación, deliberación y resolución, y la consecuencia práctica de esta etapa es que, en un Estado Democrático y

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Liberal de Derecho no puede ser castigada, según los doctrinarios, ya que refieren estaríamos ante un Estado Autoritario, por lo que todo delito debe entenderse como un proceso que se compone de dos etapas y que la etapa interna en un Estado Democrático no es posible castigarlo y por otra parte se tiene que en la etapa externa es posible castigar el delito.

10

Ante esto, el hecho de determinar en qué momento de esa etapa externa podemos comenzar a castigar el delito, la Doctrina mayoritaria ha sostenido que también es impensado en un Estado Democrático de Derecho castigar los actos preparatorios, ya que los mismos no significan el comienzo de ejecución del delito, sino que recién podrá castigarse al sujeto cuando éste comience a realizar actos que impliquen un comienzo de ejecución del tipo penal, a través de la tentativa.

Ya que en la mayoría de los países democráticos, encontramos en su legislación penal una parte general y una especial y en la parte especial tenemos la descripción de las conductas que el legislador ha entendido que se deben tipificarse como delitos.

En toda legislación penal, además de una parte especial, encontramos una parte general, en la cual se establece una cláusula amplia aplicable a toda la parte especial, en la que se expresa que, además del delito consumado se castigará todo acción que persiga una finalidad delictiva, cuando exista un comienzo de ejecución y que sin embargo el delito no se consume por causas ajenas al dominio del autor y precisamente ahí tenemos visualizado cómo funciona la tentativa, la cual es posible tipificar como consecuencia de ese dispositivo amplificador que existe en la parte general de los códigos penales o legislación penal y que atrapa todas aquellas conductas desplegadas por el sujeto que tienen como objetivo la

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

consumación de un delito pero por causas ajenas a la voluntad del sujeto no logran que el mismo se concrete.

11

Por lo que podemos concluir que, tanto los delitos de daño como de peligro, se consuman cuando tenemos una acción, típica, antijurídica, culpable y punible, en la cual encontramos un disvalor de acción y un disvalor de resultado, por ende tanto ambos son delitos de resultado, teniendo únicamente como diferencia que en los delitos de peligro el momento de la consumación se adelanta con relación a los delitos de daño. Asimismo, podemos afirmar que no existe el delito de tentativa, sino la tentativa de delitos, la cual puede ser tanto de delito de daño o de peligro, porque el dispositivo amplificador se aplica a toda la parte especial de los códigos.

Pues la tentativa determina el momento en el cual el Estado puede empezar a intervenir, excepto en determinados delitos en los cuales se castigan los actos preparatorios por ser de vital importancia para la subsistencia del Estado y por eso, en la tentativa es importante el comienzo de ejecución, que refiere al momento en el cual el sujeto, por actos externos adecuados para la consumación del delito, empieza a manifestar su intención delictiva.

En la tentativa, al igual que en los delitos de daño y de peligro, tendremos una tipicidad objetiva y una subjetiva, pues la tipicidad subjetiva de la tentativa refiere a la intención del agente de la conducta de la realización del delito que se pretendía consumir y no fue consumado, es decir, refiere a la intención del sujeto de cometer el delito, el cual no ha sido posible por causas ajenas a su voluntad.



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN **morena**

De la misma forma, en los delitos de daño y peligro, la Doctrina refiere a que existe un claro desvalor de la acción llevada a cabo por el sujeto y que la misma no se ve alterada por la no realización del resultado, por su parte, la tipicidad objetiva hace referencia a que, en la tentativa, el sujeto debió comenzar con la ejecución del tipo penal con actos adecuados para la consumación del delito, los cuales fueron interrumpidos por una causa externa ajena.

12

En este punto, los autores señalan que, a diferencia de los delitos de daño y peligro, en la tentativa, el tipo objetivo no se completa, ya que no se consigue el resultado y por lo tanto la consumación, sino que se comienza con la realización del tipo objetivo pero el sujeto queda a medio camino. Es importante tener presente que autores tales como Struensee, quien expresan que en la tentativa, por lo tanto en los delitos, el acto de ejecución se corresponde con un “movimiento corporal voluntario” y que el mismo debe ser guiado por la voluntad. Por lo cual antes de la relación interior-exterior subyace otra relación que es interior-interior, en la que podemos distinguir la decisión del acto de voluntad. De esta manera tenemos que el sujeto interiormente cumple un proceso que estará compuesto de distintos momentos en los cuales primero se representa el hecho y luego los actos exteriores que irán completando esa representación. Por eso en la tentativa el tipo objetivo y subjetivo se encuentran desarrollados de manera imperfecta ya que ambos han quedado truncos.

Sin embargo, la Doctrina ha señalado que “en la tentativa, en efecto, el elemento subjetivo o desvalor de acción está completo y terminado, lo que está imperfecto es el desvalor de resultado, que no se cumple en su totalidad (la víctima del ataque homicida o queda ilesa o lesionada pero no muerta, con lo que la intención de matar del agente no se perfecciona en el resultado).”

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Ahora bien, existen varias teorías que intentan determinar ese momento, que serían la discrecional, la teoría objetiva formal y la material, la subjetiva y la teoría del plan individual (objetiva-subjetiva), pues la discrecional, es la que toma en cuenta nuestro codificador, cuando expresa que es el Juez en cada caso el que deberá tomar en cuenta las circunstancias para determinar que se ha comenzado con la ejecución del delito.

13

La teoría de los actos inequívocos, univocidad, que ha sido sostenida por Carmignani, quien ha sido seguido por Carrara, considera que se consuma la tentativa cuando el sujeto realiza actos que inequívocamente o ineludiblemente tienen por finalidad la comisión del delito tentado y como ejemplo tenemos, el amenazar a un sujeto para quitarle los bienes, no logrando la sustracción con apoderamiento por causas externas.

La teoría objetiva formal, dice que hay comienzo de ejecución, cuando el sujeto realiza actos que implican la inserción o penetración en el tipo penal; en esta teoría se entiende que existe tentativa cuando el sujeto empezó a realizar conductas que significan una conjugación del verbo nuclear, como por ejemplo cuando se empieza a sustraer un bien mueble con la intención de apoderamiento, se habrá penetrado en verbo nuclear de robo.

La teoría objetiva material, plantea que el elemento material para saber cuándo estamos en el campo de la tentativa es el peligro corrido por el bien jurídico, en esta teoría encontramos también a Carrara, quien nos habló del periculo corso, ya que consideró que el elemento material para determinar la existencia o no de la



tentativa es el peligro real o concreto y próximo en relación a la producción efectiva del daño.

Por su parte Von Buri, (corriente subjetiva pura) señala que, para distinguir la tentativa de un acto preparatorio hay que tener en cuenta la opinión del sujeto que realiza la conducta, de esta forma se podrá determinar si estamos ante una fase previa o no y por último, tenemos la teoría del plan individual, que constituye una variante de la teoría objetiva formal con un aditamento subjetivo y en ella se establece que se deberá tener presente el plan concreto de autor. Hay que ver el plan que tenía el autor para cometer el delito. Cuando en ese plan concreto la conducta realizada es inmediatamente anterior a la conducta tipificada, habrá tentativa.

Struensee, quien nos habla que el sujeto tiene un plan al hecho o decisión al hecho, que va a manifestarse a través de los actos de ejecución, por lo cual existe una relación interna-externa, y estos actos ejecutivos, a medida que se van desarrollando van a determinar a su vez la realización de la “decisión al hecho” que ha tenido el sujeto en su plan de autor, por lo cual, para saber si estamos ante una tentativa tendremos que conocer ese plan y ver si algunos de los actos que se han realizado implican el comienzo de ejecución del delito de acuerdo a ese plan. Por eso entiende que la diferencia entre el delito de tentativa acabado y el inacabado estará en el elemento subjetivo, que a diferencia de lo que sostienen muchos autores tampoco se encuentra completo al igual que el objetivo.

Las teorías que hemos expuesto han servido de insumo para negar o admitir la tentativa, tal como veremos a continuación.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

Estas teorías objetivas ponen el centro de atención únicamente en la posibilidad de que el bien jurídico protegido por la norma sufra un daño (principio lesividad).

15

En consecuencia, están los que niegan la tentativa en esta clase de delitos, expresando que, para la existencia de la tentativa debe existir un disvalor de resultado de la conducta desplegada por el sujeto al igual que lo que acontece en los delitos de peligro, por lo cual, si el bien jurídico no corre riesgo o el mismo es inexistente a pesar de que exista un disvalor de acción de importancia, aún mayor que el que pueda existir cuando se produce el disvalor de resultado, el delito debe quedar impune.

Esta teoría la podemos situar entre los autores antiguos los cuales han sostenido que la tentativa protege el peligro corrido por el bien jurídico al igual que lo realizan los delitos de peligro y que ambos constituyen un adelantamiento del castigo del peligro que sufre el bien jurídico. En estos autores vemos que el comienzo de ejecución del delito de daño, en el cual se podrá castigar la tentativa, coincidiría con el momento de consumación del delito de peligro. Por eso niegan la tentativa en los delitos de peligro, ya que el resultado no es una lesión sino un peligro, peligro corrido por el bien jurídico, y que por lo tanto no se puede penalizar un peligro de ese peligro, ya que de lo contrario se estaría aumentando la punibilidad.

En este sentido, Orestes Araújo cuando explica en su libro esta postura nos enseñaba que "...si el peligro, como expresara von Liszt, es un resultado que "sólo tiene importancia por su relación con otro estado no sobrevenido, pero conocido y no deseado por nosotros", explica tal negativa pues, siendo el fundamento del

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

castigo de la tentativa, el peligro corrido por el bien penalmente protegido, el conato de un delito de peligro sería en resumidas cuentas la tentativa de una tentativa, o el peligro de un peligro, insuficiente para justificar cualquier sanción...”

16

Es evidente que algunos autores equiparan el delito de peligro concreto consumado a la tentativa de un delito de daño, y Carrara, entendía que las normas protegen exclusivamente bienes jurídicos, por lo cual si no existía una puesta en peligro de un bien jurídico protegido por una norma, no se podía castigar la tentativa. Entendía que el bien jurídico debía ser protegido por una norma que castigara su daño, y que la tentativa, en su caso también los delitos de peligro, lo que castigaban era un estadio anterior a la configuración del daño, es decir la existencia de una posibilidad real de que ese bien jurídico protegido por la norma sufriera una modificación o destrucción.

Por eso, en lo que refiere a la tentativa, tiene como característica la no consumación del delito, por ese motivo, en los delitos que se castiga el daño, el bien jurídico tiene como resultado un daño, mientras que en los delitos tentados ese resultado falta, por lo cual se recurre a denominarlos delitos de peligro, en los cuales el resultado dañoso es sustituido por el resultado peligroso. Lo que ocurre si se admitiera la penalización de la tentativa de ese resultado peligroso, es que se estaría castigando la tentativa de la tentativa. Todo ello trae aparejado, según este autor, que no sea aceptable la prohibición de conductas que van más allá de la tentativa en los delitos de lesión, ya que ella sería la frontera mínima de punibilidad. Vemos acá como este autor entiende que el momento de la consumación del delito de peligro coincide con el momento en el que se comienza la ejecución de un delito de daño, momento a su vez a partir del cual se puede castigar la tentativa.

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

También Arturo Rocco descartaba la tentativa, porque entendía que los delitos de peligro no producen un daño sino un peligro: “Los crímenes de peligro o de amenaza, precisamente porque producen un peligro, y no un daño, no admiten tentativa (crimen imperfecto)...” En este mismo sentido, Jiménez de Asúa señalaba que la tentativa en los delitos de peligro ofrece grandes dificultades para configurarse, ya que, por ejemplo, en los delitos de peligro abstracto no se podría configurar la tentativa porque estos exigen la probabilidad de un riesgo y no es necesario caso a caso su prueba. Por lo cual antes de la probabilidad del riesgo no sería posible hablar de la existencia de un riesgo. En este sentido señala que “desde luego no nos parece posible en los delitos de peligro abstracto, en que el tipo de delito no exige que se demuestre caso a caso el riesgo del bien jurídico (cf. supra. núm. 1082)”.

17

Pero esta posición no es solamente sostenida por autores de la antigüedad, sino que en la actualidad encontramos autores que equiparan la tentativa a los delitos de peligro. En consecuencia, autores de la talla de Zaffaroni, entienden que la tentativa es una de las formas más genérica de adelantamiento de castigo.

En consecuencia sostiene que “Hay tipos (a) que exigen lesiones para los bienes jurídicos (delitos de lesión) y (b) otros que, anticipando la tipicidad a momentos anteriores a la lesión, se conforman con exigir sólo el peligro para el bien jurídico (delitos de peligro). La tentativa es una forma específica de estos últimos: *la tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea, peligro de las conflictividades lesivas en que el resultado se releva en tipo como requerimiento ineludible*. La tentativa, desde la perspectiva del bien jurídico, no se identifica pero tampoco



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN **morena**

difiere mucho de un delito doloso de peligro y, por ende, siempre su contenido injusto es menor que en un delito de lesión. En síntesis, la tentativa de delito es la más general de todas las anticipaciones punitivas, pero como a la vez señala el límite que el poder punitivo no puede exceder, su ámbito prohibido queda circunscripto por aquellas etapas del delito que conllevan el comienzo del peligro de lesión y llegan hasta el momento anterior a la consumación, en que se produce la efectiva lesión.” Sin embargo, este autor admite la tentativa en el caso de los delitos de peligro de omisión propia, ya que entiende que en determinados supuestos la tentativa es idónea, como por ejemplo cuando A se encuentra frente a B y decide no ayudarlo cuando la situación de peligro no aumenta (ej. por encontrarse en un pozo), acá estaremos ante una tentativa inacabada. También entiende que la tentativa es posible en los delitos de omisión impropia, cuando el garante realiza el primer hacer distinto del debido, como por ejemplo el jefe de una torre de control que comienza a tomar para embriagarse. En esta línea, encontramos otro autor contemporáneo, Mir Puig, quien sostiene que las teorías que toman exclusivamente el bien jurídico para fundamentar la tentativa, son las que predominan en el derecho español. Este autor expresa que se inclina por esta perspectiva objetiva, la cual considera necesaria en un Estado democrático en el cual el derecho penal debe cumplir una función preventiva, por eso el “...Derecho debe penar comportamiento que *ex ante*, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos.

La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito. La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por otra parte, la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro concreto* que concurre en la tentativa idónea. Como en todo delito de peligro



abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la “peligrosidad típica” de la conducta...”

En definitiva, los autores expuestos anteriormente no admiten la tentativa de los delitos de peligro porque entienden que la tentativa es asimilable a un delito de peligro, por lo cual toda conducta que se pretenda castigar anterior a la consumación del delito de peligro, no puede ser castigada, en mérito a que el bien jurídico no ha corrido peligro, por lo cual sería actividad preejecutiva.

Sin embargo, dentro de la teoría objetiva, encontramos autores que si bien entienden que el fundamento de la tentativa debe radicar en la protección de bienes jurídicos al igual que los delitos de peligro, estos últimos admiten la tentativa, porque tanto los delitos de daño como de peligro, primero que nada son delitos de resultado, y por lo tanto, es posible que se castigue la tentativa, siempre y cuando la conducta pueda ser fraccionable. Así puede ocurrir que, analizando el plan de autor que tenía el sujeto, la conducta que vaya a desplegar para cometer el delito de peligro sea fraccionable, y por lo tanto, el comienzo de ejecución no coincida con el momento de consumación del delito de peligro. Encontramos que tanto los autores nacionales como extranjero ponen algunos ejemplos de delitos de peligro que admiten tentativa. Los ejemplos que dan los autores de delitos de peligro que admiten tentativa son, los delitos de estafa, disparó con arma de fuego y acometimiento con arma apropiada, entre otros.

En este sentido Irureta Goyena entiende que es admisible la tentativa en los delitos de peligro, y pone como ejemplo la persona que en el momento de tirar contra otro un golpe con un puñal sin la intención de matar o producir una lesión, alguien le detiene el brazo. En igual sentido, Viada y Villaseca, cuando analizan un

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

caso de disparo de arma de fuego frustrado, expresan que el “El Tribunal Supremo ha resuelto la afirmativa “Considerando que habiéndose probado en la causa que el procesado apuntó y disparó directamente con una pistola cargada contra su adversario, sin que afortunadamente saliese el tiro, es evidente que el hecho quedó frustrado por causas independientes de la voluntad del agente, debiendo ser castigado con la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley...”

20

También encontramos autores antiguos de prestigio como Bettioli y Maurach, los cuales sostenían que en esta clase de delitos se admite la tentativa. En el caso de este último, señalaba que no habría inconvenientes en admitir la tentativa de un delito de peligro, ya que los delitos de lesión al igual que los delitos de peligro son delitos de resultado, susceptibles de ser cometidos en grado de tentativa.

En definitiva, los autores que ponen el acento del fundamento de la tentativa en la protección de bienes jurídicos, se encuentran divididos en cuanto a la admisibilidad de la tentativa en los delitos de peligro.

Por otra parte, tenemos autores que entienden que es de principio en la tentativa que la conducta del sujeto sea incapaz de lesionar el bien jurídico, de lo contrario estaríamos hablando de delito consumado. Lo importante en la tentativa es tener presente los elementos subjetivos. En efecto, en la tentativa se debe tener presente el disvalor de la acción del sujeto (elemento subjetivo), ya que el disvalor de resultado puede llegar a ser muy tenue (elemento objetivo), y sin embargo sea necesario castigar la conducta del sujeto por haber existido una intención-decisión de consumación del delito que contenga un disvalor de acción



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

importante, con el cual se haya comenzado la ejecución con actos externos pero sin embargo el resultado sea casi inexistente o muy tenue.

21

En este sentido, encontramos autores antiguos como V. Buri que defienden una posición “subjetiva pura” expresando que “...el concepto de tentativa implica el de idoneidad. Por definición, un delito tentado es incapaz de causar lesión del bien jurídicamente protegido pues, si fuese de otra manera, el hecho punible se habría consumado...”.... “...Para este punto de vista, por lo tanto, el “peligro” es un concepto vacío. Las acciones causan o no un daño al objeto de protección...”. Por lo tanto “...el fundamento de la incriminación de la tentativa no se encuentra en el “peligro” que la conducta hizo correr al bien jurídico. Al amenazarla con una pena, el derecho adopta una decisión más radical. Alejándose completamente del objetivismo, que lo obligaría a sancionar sólo resultados lesivos y prescindir de la intención manifestada, se resuelve a castigar la voluntad rebelde al ordenamiento, cualesquiera sean la forma en que se exterioriza y el resultado alcanzado.” Esta postura ha tenido el apoyo durante años de la jurisprudencia alemana y los clásicos españoles, pero sin embargo la Doctrina alemana la combatió.

A criterio de Cury, esta concepción adolece de un inconveniente desde la causalidad, lo que termina despojando al derecho de toda finalidad práctica transformándolo en una telaraña de prohibiciones. En definitiva, en la civilización actual “...nadie aspira a la tutela de la obediencia por la obediencia, sino a un régimen racional que preserve los valores comunes y fundamentales, contra actos capaces de quebrantar la confianza en su vigencia.”

Una concepción subjetiva también es sostenida por Welzel (teoría del disvalor de acción), que establece como fundamento de la tentativa la voluntad contraria a

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

derecho manifestada, es decir que el sujeto realice la conducta prohibida. Claramente se pone el acento en el disvalor de la acción, sosteniendo que el disvalor de resultado solo tiene una importancia secundaria, en cuanto debe ser la finalidad que persiga la conducta. Estas teorías han tenido una renovación en las últimas décadas del Siglo XX con la subjetivización del injusto y el funcionalismo. Zaffaroni señala que quienes se inclinan por este fundamento tienen como base la punición del ánimo del sujeto y la extensión del ámbito punible.

22

Por otro lado, Litz partidario de una concepción subjetiva, pone el acento en el peligro que debe existir en la tentativa, pero no haciendo depender ese peligro de la capacidad causal real que tienen los actos para lograr el resultado, sino en la representación que razonablemente podía tener el sujeto en el momento de actuar.

Por último, debemos destacar la posición sostenida por Cury, quien tomando como objeto del derecho penal la búsqueda de la convivencia pacífica de los sujetos y basándose para ello en las concepciones subjetivas de Welzel y Litz, propone que debe ser penalizada toda conducta del sujeto que tenga la intención de consumación del delito, cuya ejecución del hecho típico se encuentra incompleta, siempre y cuando la acción incompleta haya sido capaz de crear en el observador razonable la impresión de que se ha afectado con ella o puesto en peligro el sistema de valores fundamentales existente en un Estado Democrático de Derecho. Así expresa este autor, citando a Mezger que “...*debe ser sancionada toda actualización de la voluntad que signifique la iniciación o ejecución parcial de la forma de conducta prohibida por el tipo de injusto si, atendidas las circunstancias cognoscibles para un observador razonable, es capaz de disminuir*

**DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN****morena**

el respeto del grupo social por los valores elementales de acción, o de quebrantar su confianza en el sistema de protección que se les ha otorgado.”

23

Por eso para este autor la conducta desplegada será ilícita si existe un disvalor de acción pero la existencia efectiva de ese disvalor de acción va a estar determinada por la impresión de un observador común de que la misma afecta o pone en peligro el sistema de valores de la sociedad.

En definitiva para este autor, los delitos de peligro, al igual que los delitos de daño, tienen por finalidad primera el acatamiento de las normas, y en segundo lugar, la probabilidad de un riesgo para los bienes jurídicos. En este sentido ha expresado que al “... Igual que el de daño, los delitos de peligro tienen por finalidad primordial asegurar el acatamiento de los súbditos a los valores elementales de acción, y sólo en segundo término impedir la causación de un riesgo para el bien jurídico. Por consiguiente, también en este caso la ejecución incompleta de la conducta típica es portadora de un disvalor de acción inmediato, aunque en el aspecto causal sólo implique la creación de un peligro de peligro para el objeto de protección, de manera que su disvalor de resultado es tenue. Esto último generalmente ya se ha expresado en la selección de la pena amenazada para el delito consumado y puede, además, tomarse en cuenta cuando se determina la que debe aplicarse en el caso concreto; pero de ninguna manera debe invocarse para justificar la impunidad de la tentativa.”

Por lo que en conclusión tenemos que el fundamento de la tentativa en elementos objetivos, como es la protección del peligro que corre el bien jurídico, se muestran divididos sobre la posibilidad de aceptar o negar la tentativa en los delitos de peligro, y por otra parte, los autores que fundamentan la tentativa en



elementos subjetivos u objetivos-subjetivos, como la voluntad del sujeto o lo disvalioso de la conducta del sujeto, no dudan en afirmar que en los delitos de peligro es posible la tentativa, ya que la intención del sujeto es la que se toma en cuenta aunque el resultado resulte tenue.

Es evidente que en la tentativa existe un adelantamiento de la consumación, al igual que lo que ocurre en los delitos de peligro, sin embargo puede ocurrir que la consumación del delito de peligro no coincida con el comienzo de ejecución de la tentativa, lo que ocurrirá siempre y cuando el sujeto haya comenzado con la realización de actos externos y su actuación pueda ser cumplida en forma fraccionada y por ello toda conducta fraccionable prevista en un delito de peligro puede ser castigada a título de tentativa, siempre y cuando, analizado el plan del autor, los actos externos impliquen un comienzo de ejecución.

Por ende, no resultaría válida la afirmaciones de algunos autores, respecto a que los delitos de peligro no admiten tentativa, y por el contrario, los delitos de peligro admiten tentativa, salvo excepciones, las cuales podremos encontrar al analizar cada uno de los tipos penales que consideramos pueden reformarse.

Por lo que se propone para evitar que el Derecho Penal llegue tarde, cuando ya haya una víctima más, reformar diversos tipos penales que de acuerdo su composición lo admita, se castigue de forma anticipada a quien cometerá un delito del cual no se pueda reparar el daño, esto es, anticipando las barreras de protección, atendiendo al derecho penal de forma prospectiva y no retrospectiva, y con ello se protegerán bienes jurídicos tutelados, lo que sería en benéfico de la ciudadanía, de acuerdo al incremento en la criminalidad, y además con esta propuesta se pretende no solo evitar que se llegue a perpetrar el delito, sino que se le atienda al autor del delitos, mediante tratamiento médico especializado a la persona, con lo que se resolvería el problema que tenemos de los



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

sujetos que entran a prisión y salen, vuelven a cometer un delito, pero por lo regular de mayor gravedad.

25

Por lo que se propone reformar el código penal en sus artículos 78 y 123 y se adiciona el artículo 123 Bis al Código Penal para el Distrito Federal, para que queden de la siguiente forma:

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
<p>Artículo 21. (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.</p>	<p>Artículo 21 Bis. Será punible la conducta, sin que se ejecuten en parte o totalmente los actos ejecutivos para producir el resultado de un delito, en el supuesto que el activo, ejerza cualquier tipo de violencia en contra de su víctima y pongan en peligro los bienes jurídicos tutelados más relevantes en el derecho penal, como lo son la vida; la libertad personal; la libertad y seguridad sexual y el normal desarrollo psicosexual.</p> <p>Los delitos que podrán sancionarse únicamente son: Homicidio, Femicidio, Violación, Secuestro, Extorsión, Abusos sexual, Acoso sexual, establecidos en este código.</p>
TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.	CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.
<p>Artículo 78. (Punibilidad de la tentativa). La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso</p>	<p>Artículo 78. (Punibilidad de la tentativa). La punibilidad aplicable a la tentativa, será de entre una tercera parte de la mínima y dos terceras partes de la máxima, previstas para el correspondiente delito doloso</p>



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN **morena**

TEXTO VIGENTE	TEXTO PROPUESTA DE REFORMA
consumado que el agente quiso realizar.	consumado que el agente quiso realizar. <u>Se exceptúa la punibilidad de la tentativa establecida en este artículo, en los delitos de feminicidio, secuestro, extorsión y violación, Aboso sexual y Acoso Sexual en los cuales la sanción se establecerá en su hipótesis.</u>
Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.	Artículo 123. Al que prive de la vida a otro, se le impondrá de ocho a veinte años de prisión. <u>Además, el Juez decretará como parte de la condena el tratamiento al que se someterá el imputado y el número de terapias que deberá recibir como parte de la condena.</u>
	Artículo 123 Bis. <u>Se equipará al delito de homicidio, la conducta consistente en realizar todos los actos tendientes a perpetrar este delito, y por causas ajenas a la voluntad del activo no logre su fin. La pena aplicable será de cuatro a diez años de prisión. Además que el Juez decretará como parte de la condena el tratamiento al que se someterá el imputado y el número de terapias que deberá recibir como parte de la condena.</u>



DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN

morena

TRANSITORIOS

27

PRIMERO: Publíquese en la Gaceta Oficial de la Ciudad de México.

SEGUNDO: El presente decreto entrará en vigor al día siguiente de su publicación.

Dado en la Ciudad de México el 8 de septiembre de 2020.

ATENTAMENTE

DocuSigned by:

Eleazar Rubio Aldarán

954CE5AD86AB405...

DIP. ELEAZAR RUBIO ALDARÁN