

467
21



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

“PUNIBILIDAD DEL DELITO
IMPOSIBLE”

T E S I S
Que para obtener el Título de
LICENCIADO EN DERECHO
p r e s e n t a

MA. DEL ROCIO DE LOS A. LOPEZ GONZALEZ

México, D. F.

1991

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

El uso de imágenes, fragmentos de videos, y demás material que sea objeto de protección de los derechos de autor, será exclusivamente para fines educativos e informativos y deberá citar la fuente donde la obtuvo mencionando el autor o autores. Cualquier uso distinto como el lucro, reproducción, edición o modificación, será perseguido y sancionado por el respectivo titular de los Derechos de Autor.

INDICE GENERAL

	Pág.
PROLOGO. -----	8

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES

I.- Venganza Privada. -----	11
II.- Venganza Divina o Período Teocrático. -----	11
III.- Venganza Pública. -----	12
IV.- Período Humanitario. -----	13
V.- Período Científico. -----	13
A) Escuela Clásica. -----	14
B) Escuela Positivista. -----	15
C) Terza Scuola o Escuela del Positivismo Crítico. -----	15
D) Escuela Sociológica. -----	16
E) Dirección Técnico - jurídica. -----	17

HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO

VI.- El Derecho Precortesiano. -----	17
VII.- Epoca Colonial. -----	19
VIII.- México Independiente. -----	20
IX.- Legislación penal mexicana. -----	20

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO Y TEORIA DEL DELITO

I.-	Definición etimológica del delito. -----	24
II.-	Definiciones jurídico - formales. -----	24
III.-	Definición de la legislación mexicana. -----	26
IV.-	Clasificación. -----	27
V.-	Diferencia entre delito, crimen y falta administrativa. ---	29
VI.-	Teoría del delito. Elementos positivos y negativos. -----	29
1.-	Conducta o Hecho. -----	32
	Ausencia de Conducta.-----	36
2.-	Tipicidad.- -----	38
	Atipicidad. -----	44
3.-	Antijuridicidad. -----	45
	Causas de justificación. -----	45
4.-	Imputabilidad. -----	48
	Inimputabilidad. -----	49
5.-	Culpabilidad. -----	51
	Inculpabilidad. -----	55
6.-	Condiciones objetivas de punibilidad. -----	57
	Ausencia. -----	57
7.-	Punibilidad. -----	58
	Excusas absolutorias. -----	59

C A P I T U L O T E R C E R O

FORMAS DE MANIFESTACION DEL DELITO

Introducción. -----	62
---------------------	----

TENTATIVA.

I.-	Definición y clasificación. -----	64
II.-	Elementos. -----	66

III.- Punibilidad. -----	66
IV.- Delitos objeto de tentativa. -----	68

DELITO PUTATIVO.

Generalidades. -----	68
----------------------	----

DELITO IMPOSIBLE.

I.- Naturaleza jurídica. -----	70
II.- Definición. -----	72
III.- Antecedentes. -----	72
IV.- Diferencia con la tentativa y el delito putativo. -----	78
V.- Imposibilidad en el delito. -----	83
1.- Inidoneidad de la acción. -----	84
2.- Inidoneidad del medio. -----	84
3.- Inexistencia del objeto material y del bien jurídico. --	89
VI.- Los actos preparatorios y el comienzo de ejecución en el de sarrollo del delito. -----	93
1.- Los actos preparatorios. -----	93
2.- El comienzo de ejecución. -----	95
VII.- Elementos que intervienen en el desarrollo del delito. ----	96
1.- Conducta. -----	97
2.- Atipicidad. -----	102
a) Ausencia del bien jurídico. -----	104
b) El principio " nullum crimen sine typo " y la crea- ción de un tipo penal. -----	106
3.- Antijuridicidad. -----	108

4.- Imputabilidad. -----	112
5.- Dolo (Forma de culpabilidad) -----	113
- El error como no excluyente de responsabilidad penal. -----	115

C A P I T U L O C U A R T O

PROBLEMATICA SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE.

I.- Diferencia entre punibilidad y pena. -----	120
II.- Doctrinas que estudian su punibilidad.	
A) Positivista. -----	123
B) Subjetiva. -----	123
C) Objetiva. -----	124
III.- Legislaciones mexicanas que lo han regulado. -----	125
IV.- Bases para considerar su punibilidad. -----	127
V.- Fundamentos para determinar su sanción. -----	131
VI.- Agravantes y atenuantes para la sanción.-----	133
VII.- Su punibilidad en el Derecho comparado. -----	135
CONCLUSIONES. -----	142
BIBLIOGRAFIA. -----	146

P R O L O G O

Al término de mis estudios de la licenciatura en Derecho, me ví ante la necesidad de ubicar un tema que me sirviera para elaborar la réplica escrita conforme a la cual presentaría el examen profesional que acreditará mi formación profesional como Lic. en Derecho. Por ello es que después de reflexionar sobre ciertos comportamientos, entre los que se encuentran : " El tratar de privar de la vida a quien minutos antes fué víctima de un paro cardíaco; el pretender robar una casa que al introducir se encuentra vacía; suministrar un tóxico con poco poder fatal con ánimo de envenenamiento; pretender hacer abortar a una mujer que no se encuentra en cinta; y la acción del carterista habitual que al introducir la mano en el bolsillo ajeno no encuentra la cartera "; considere que es necesario reiterar y justificar por una vez más, a través de un estudio arduo y profundo, que este tipo de comportamientos denominados " delitos imposibles " no pueden seguir siendo objeto de impunidad (ya que el legislador nuestro aún considera como justificante para no sancionarlos, la ausencia del bien jurídico que habría de ser dañado, lesionado, afectado o destruido) y sí de punibilidad y pena.

Ante está circunstancia que considero errónea, es que decidí desarrollar como tema de tesis " La punibilidad del delito imposible "; ya que creo que es importante que el legislador reconsidere que la naturaleza misma de este tipo de comportamientos, nos demuestran por sí mismos -- que quién los realiza o intenta, es un agente que en cierta forma nos manifiesta a través de la materialización de la serie de actos lesivos y peligrosos su propósito preordenado para destruir, dañar o lesionar el bien o derecho de un tercero, y de esta manera lograr así la configuración de un delito que se encuentra tipificado por la ley (robar, matar, lesionar, etc.) y que es por él conocido.

Para poder lograr el propósito de la presente tesis y para poder exponer un criterio más amplio y personal que logré como resultado de mis investigaciones al respecto, el cual he procurado concretar en las conclusiones (mismas que espero puedan tener algun valor), fue necesario integrar la presente con el estudio de cuatro capítulos : los dos primeros titulados, el primero " Evolución de las ideas penales " y el segundo --- " Estudio dogmático de la teoría del delito ", fueron necesarios para poder entender y comprender a su vez al delito en general y así estar en aptitud de integrar al delito imposible; el tercer capítulo, denominado --- " Formas de manifestación del delito " de necesidad imperiosa porque del mismo se desprende la diferenciación entre la tentativa, el delito putativo y el delito imposible, y una vez hecha la misma, se desarrollo el estudio general del delito imposible; y finalmente el cuarto capítulo denominado " Problemática sobre la punibilidad del delito imposible " contiene previo estudio, los fundamentos y bases para que este tipo de comportamientos permitidos y justificados hoy día, puedan ser objeto de punibilidad y pena.

Finalmente espero que los resultados obtenidos del presente estudio puedan tener algún valor, lo cual desde luego queda a consideración de -- de los honorables profesores designados como sinodales en mi examen profesional, quienes conforme a su buen criterio de estudio y reflexión habrán de considerar o no, la problemática que encierra la impunidad del delito-imposible en nuestro diario vivir; y a quienes a través de este espacio - agradezco su valiosa colaboración, en especial al Lic. Carlos Barragan -- Salvatierra por haberme brindado parte de su tiempo y dedicación orientadora, para que fuese posible el desarrollo de la presente tesis. A él mi admiración y respeto.

CAPITULO PRIMERO

EVOLUCION DE LAS IDEAS PENALES

I.- Venganza Privada.

La primer forma de represión penal fue la defensa a través de la -- venganza. En las primeras sociedades cada particular, cada familia, cada grupo se hace justicia por sí mismo. El hombre por su condición imperante actuaba de manera libre y espontánea, y por ello, tras la carencia de un régimen jurídico que normara sus conductas, al ataque injusto respondía - de la misma manera, es decir, al ataque del hombre contra el hombre, co-- rrespondía similar agresión, la que en ocasiones era demasiado excesiva.-

A esta forma de represión caracterizada por su excesiva brutalidad se le denomino " venganza de la sangre ". De aquí el origen de los deli-- tos de sangre, como son : el homicidio y las lesiones.

Como limitaciones a esa forma de venganza surgieron la ley del Ta-- lión y la figura de la Composición. En la Ley del Talión, cuya fórmula -- fuera " ojo por ojo y diente por diente ", se determino que el mal infri-- gido por el autor sería reprimido de la misma manera; en la figura de la Composición quedo determinado el derecho de compra por el daño causado, - es decir, el ofensor o sus familiares compensaban el daño por medio de -- pagos que hacían a las víctimas o familiares del indefenso. (1)

II.- Venganza Divina o Período Teocrático.

Al revestir los pueblos las características de una Organización ---

(1) Castellanos Tena, Fernando. " Lineamientos elementales de Derecho - Penal ", 27ª ed., Ed. Porrúa, México, 1989, pág. 32.

teocrática todos los problemas se proyectan a la divinidad. Se estima como delito todo atentado contra lo divino, siendo por tanto una causa de descontento entre los dioses, por lo que la represión de esa conducta es llevada a cabo por la clase sacerdotal, quienes harán justicia en nombre de la deidad ofendida y por considerar que son ellos quienes tienen la facultad de imponer la sanción, ya que son considerados representantes de los dioses. La represión penal tiene como fin aplacar al Dios irritado y sólo con la aplicación del castigo se restablecerá la tranquilidad social.

(2)

III.- Venganza Pública.

Al crearse la organización estatal se hace la distinción entre delitos públicos y privados, según sea que se lesione el orden público o los intereses de los particulares. Al adquirir el Estado personalidad jurídico-política se comprende que todo delito es un ataque a la paz y orden social, cuyo mantenimiento le ésta encomendado, por ello se da a la represión el carácter de Vindicta pública.

La justicia penal se pone en manos de jueces y tribunales quienes juzgarán en nombre de la colectividad, para salvaguardar el orden común y la convivencia pacífica. El Estado constituyó el exclusivo organismo impositor y ejecutor de las penas; pero sin embargo, la situación política y social prevaleciente (Despotismo Ilustrado) caracterizada sobre el dominio ejercido sobre la masa del pueblo, por un grupo de políticos y privilegiados se manifestó en la administración de la justicia, por lo que la represión fue inhumana y desigual. El poder público protector de la Aristocracia impuso inhumanos sistemas de ejecución con el fin de intimidar a las clases bajas y mantener así el indeseable gobierno. Los nobles fueron favorecidos con sanciones leves y con la impunidad; los pobres, fueron víctimas de innumerables crueldades. Sistema que facultó a jueces y tribu

(2) Ibidem, pág. 33.

nales para imponer penas no previstas en la ley, pudiendo incriminar hechos no previstos en la misma.

Para luchar contra la criminalidad existente se implantaron entre otras penas, las de : muerte, corporales consistentes en la mutilación; - infamantes, y la confiscación de los bienes del penado, haciendo trascender la privación de esos derechos a sus hijos y familiares. (3)

IV.- Período Humanitario,

El primer paso que se da en contra de la excesiva represión ejercida hasta entonces es el promulgado por la Iglesia, quien se promulgo por un sistema más humanitario. Tendencia humanitaria que tomo auge hasta la segunda mitad del siglo XVIII con la obra del Márquez de Beccaria, Cesar-Bonnesana. Obra en la que se establecieron los siguientes principios :

- Combatir las penas crueles e infamantes; reprobación de la aplicación de suplicios y tormentos; proscripción de la pena de muerte, de la confiscación y del procedimiento inquisitivo; atenuación de la pena y determinación de que los delitos debían de estar claramente establecidos por las leyes y sólo los jueces podían declarar su violación; determinación de -- que las penas debían ser públicas, prontas, necesarias y proporcionales - al delito cometido, más nunca atroces. (4)

Con el surgimiento de la Revolución Francesa cobraron auge varios - de los principios señalados, formandose la estructura jurídica denominada " la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano."

V.- Período Científico.

La cristalización de los sentimientos de humanización dió paso al -

(3) Cuello Calon, Eugenio. " Tratado de Derecho Penal " T-I, Vol. I., 16ª ed., Madrid 1971, pág. 59.

(4) Ibidem. pág. 60.

período científico, en el que se encuentran inmersas las diversas escuelas penales, y de las cuales solamente haré referencia a sus principios.

A) Escuela Clásica.

Mira preferentemente a la acción criminosa, al delito mismo con independencia del delincuente. Sustenta los siguientes principios tomados de la obra de Castellanos Tena, Fernando. (5)

Aa') La ley penal tiene por fin tutelar los fundamentales derechos indispensables para la manutención del orden social.

Ab') Si el hombre ha nacido libre e igual en derechos, en todos ellos existe el bien y el mal, por ello tienen capacidad para elegir entre ambos caminos, y si realiza el mal es porque quiso, y no porque las circunstancias le hayan empujado a su práctica.

Ac') En consecuencia, si el hombre estando facultado para discernir del bien y del mal, ejecuta el último, entonces debe responder de su conducta, habida cuenta de su naturaleza moral. Imputabilidad moral basada en el libre albedrío. El hombre es responsable penalmente de lo que es moralmente culpable. Al respecto de esto, Francesco Carrara menciona : " La ley dirige al hombre en tanto es un ser moralmente libre y por ello no se le puede pedir cuenta de un resultado del cual sea causa puramente física, sin haber sido causa moral; y agrega, para que el delito exista precisa la existencia de un sujeto moralmente imputable, que el acto tenga un valor moral, que derive de él un daño social y que se halle prohibido por una ley positiva. "

Ad') La pena en consecuencia será el mal impuesto al delincuente en retribución del delito cometido, misma que será proporcio-

nal al daño causado.

Ae') Finalmente establece dicha escuela; que los derechos del hombre deben quedar protegidos mediante el reconocimiento de garantías procesales, es decir, se reafirma la protección y garantía del hombre contra posibles abusos y arbitrariedades en el principio " nullum crimen nulla poena sine lege."

B) Escuela Positivista.

Se presenta como la negación radical de la clásica ya que cambia el criterio represivo de la acción criminal dando preponderante estimación a la personalidad del delincuente. Sustenta los siguientes principios :

- (6)
- Ba') El punto de mira de la justicia penal es el delincuente. El delito no es más que un estado revelador de su estado peligroso.
- Bb') La sanción penal para que derive del principio de la defensa social, debe ser proporcional y ajustada al estado peligroso del sujeto, y no a la gravedad objetiva de la infracción.
- Bc') Todo infractor de la ley penal, responsable moralmente o no, tiene responsabilidad legal.
- Bd') La pena debe estar dirigida más a la prevención que a la represión de los delitos, y por lo tanto, las medidas de seguridad importan más que las penas mismas. La pena como medida de defensa tiene por objeto la reforma de los infractores readaptables a la vida social y la segregación de los incorregibles.

C) Terza Scuola o Escuela del Positivismo Critico.

Constituye una postura ecléctica entre el positivismo y la escuela clásica.

(6) Tomados de la obra de Villalobos, Ignacio. " Derecho Penal Mexicano" 4ª ed., Ed. Porrúa, México 1989, pág. 42.

Admite del positivismo la negación del libre albedrío, concibiendo al delito como fenómeno individual y social. Se inclina por el estudio -- del delincuente. Rechaza la naturaleza morbosa del delito y el criterio de la responsabilidad legal. Acepta de la escuela clásica, el principio de responsabilidad moral, distingue entre delincuentes imputables e inimputables aún cuando niega al delito el carácter de ser un acto ejecutado por un ser dotado de libertad. Estableció los siguientes principios :

(7)

- Ca') Imputabilidad basada en la dirigibilidad de los actos del hombre.
- Cb') Que la naturaleza de la pena radica en la coacción psicológica y tiene como fin la defensa social.
- Cc') Concibe al delito como fenómeno individual y social.

D) Escuela Sociológica.

Franz Von Liszt creador de la escuela, sostiene los siguientes principios : (8)

- Da') El delito no es hijo del libre albedrío, sino que se origina por el influjo de causas de diversa índole; unas de carácter individual y otras de carácter externo ya sean físicas, sociales y especialmente económicas.
- Db') La pena se justifica por ser necesaria para el mantenimiento del orden jurídico y como consecuencia de ello, para la seguridad social. Puede la pena cuando obra sobre el delincuente aspirar a convertirle en un miembro útil para la sociedad, ya sea por medio de la intimidación o por medio de la corrección.
- Dc') La lucha contra la delincuencia será mediante la investigación científica de sus causas.

(7) Tomados de la obra de Castellanos Tena, Fernando. pág. 69.

(8) Tomados de la obra de Cuello Calón, Eugenio. pág. 55.

E) Dirección Técnico - jurídica.

Doctrina que determina que la ciencia penal no aspira a la indagación filosófica de un derecho penal natural, ni a la formación del derecho penal del porvenir; su objeto se limita al derecho positivo vigente, y en base a ello establece los siguientes principios : (9)

- Ea') El delito es una relación jurídica que prescinde de aspectos personales y sociales.
- Eb') Abstracción del libre albedrío como base de la imputabilidad, pero mantiene la distinción entre imputables e inimputables.-
- Ec') La pena es una reacción jurídica contra el delito reservada para los imputables; los inimputables quedan sometidos a medidas de seguridad de carácter administrativo y desprovistas de sentido penal. La pena es un instrumento que sirve no solamente para la prevención general o especial, sino también para la readaptación del delincuente.
- Ed') El delito se acepta como relación jurídica, no como hecho natural. Los determinantes psíquicos, biológicos y sociales quedan descartados.

HISTORIA DEL DERECHO PENAL MEXICANO

VI.- El Derecho Precortesiano.

" Orden jurídico que rigió hasta antes de la conquista en el pueblo mexicano. "

Dentro de los distintos reinos o señoríos más importantes y que nos señala Castellanos, encontramos a la cultura Maya, Tarasca y Azteca. Culturas caracterizadas por una represión penal cruel y excesiva. (10)

(9) Ibidem, pág. 56.

(10) Op. Cit., pág. 40.

A) Cultura Maya.

La represión penal se encontraba en manos de los caciques o batabs, quienes tenían a su cargo la función de juzgar aplicando como penas principales, la muerte y la esclavitud. La primera se reservaba para los adúlteros, homicidas, incendiarios, raptos y corruptores de doncellas; la segunda, a los ladrones.

El pueblo maya no uso como pena ni la prisión, ni los azotes; pero a los condenados a muerte y a los esclavos fugitivos se les encerraba en jaulas de madera que servían de cárceles.

Las sentencias penales eran inapelables. Hicieron la distinción entre delitos dolosos y culposos.

B) Cultura Tarasca.

Caracterizados por una represión penal excesiva. De lo que se sabe es que se estableció la muerte para el adúltero siendo sus bienes confiscados; al violador se le rompía la boca hasta las orejas, empalándolo después hasta que muriera; el hechicero era arrastrado vivo o se le lapidaba.

Para los delitos graves se dió el destierro y la confiscación.

C) Cultura Azteca.

Pueblo de mayor relieve a la hora de la conquista. Su legislación penal no era menos sangrienta que la anterior. El derecho penal azteca -- revelo excesiva severidad, principalmente en relación a los delitos que hacían peligrar la estabilidad del gobierno o de la persona del soberano.

Clasificaron a los delitos por su afectación, en delitos contra :

- La seguridad del imperio.
- La moral pública y orden familiar.
- Contra la libertad y seguridad de las personas.
- Contra la vida y la integridad corporal.
- Contra el patrimonio y la sexualidad.

Como pena para quien los cometiera establecieron : el destierro, -- las penas infamantes, la pérdida de la nobleza, la destitución y separación del empleo, la esclavitud, el arresto y la prisión; represiones corporales de muerte y pecuniarias. No aplicaban la figura de la tortura. Es tablecieron el derecho a un defensor. El derecho procesal fué bi-instancial. Hicieron la distinción entre delitos dolosos y culposos.

VII.- Epoca Colonial.

Consolidada la conquista y al contacto del pueblo español con el -- grupo de razas aborígenes, surge la implantación de legislaciones españolas en el territorio mexiquense, por lo que la regulación jurídica existente deja de tener aplicación a pesar de las disposiciones establecidas por las Leyes de Indias, dictadas por Carlos V, en las que se determinaba el respeto a las leyes de los indios, a menos que estas se opusieran a la fe y a la moral.

El propósito de la legislación de las leyes de Indias era que los -- españoles se rigieran por sus propias leyes y los indios por disposiciones proteccionistas. Legislación en la que se eximia a los indios de las penas de azotes, corporales y pecuniarias, aplicandoles la prestación de servicios personales en conventos o monasterios. Además de las leyes de -- Indias se aplico supletoriamente el Fuero Real, las Siete partidas y el -- Ordenamiento de Alcalá.

El derecho penal se encontró incorporado en la Séptima Partida, código en el cual se define al delito; se señalan casos de exención, atenuación y agravación de la pena; se desarrolla la figura de la tentativa y de la complicidad, así como de la prescripción.

En la represión del delito se inclufan gravísimas penas, las que iban desde la multa y reparación del daño hasta la muerte. Otras penas fueron la mutilación y la deportación.

Como ley para los Españoles y supletoriamente para la población indígena, regían las leyes del Toro. (11)

VIII.- México Independiente. (1821- 1876)

A la consumación de la independencia, por los estragos causados así como por las exigencias sociales y políticas del nuevo gobierno, se motivó por el pronunciamiento de leyes especiales tendientes a remediar la difícil situación imperante. Se legislo sobre organización de policía, portación de armas, sobre el consumo de bebidas alcohólicas, sobre vagancia y mendicidad; así como por el robo y el asalto. Se dictaron leyes sobre la organización de los juzgados penales y ejecución de sentencias.

Pero sin embargo al no poderse realizar una verdadera legislación jurídica- penal por la situación que imperaba, se determinó que se siguiera aplicando las leyes existentes, con el carácter de supletoriedad. (12)

IX.- Legislación Penal Mexicana.

La Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1824 de tipo federal, decretada el 4 de Octubre del mismo año, adoptó en sus artículos -

(11) Ibidem, pág. 44.

(12) Ibidem, pág. 45.

4º y 5º el sistema federal, dividiendo el territorio en Estados libres y Soberanos, concediéndoles a su vez, facultad para legislar en materia o - jurisdicción local, y ello para que se resolvieran los problemas de tipo penal existentes.

Así ante tal concesión, el Estado de Veracruz promulgo en 1835 el - primer código penal, basándose en el Español de 1822.

Para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la - República en materia de fuero federal, se han elaborado desde entonces y - hasta la fecha tres códigos : (13)

1.- Código Penal de 1871.

Conocido también como el Código de Martínez de Castro. Admitió fun- - damentalmente los principios de la escuela clásica, estableciendo en la - responsabilidad moral, la base de la responsabilidad penal. Entro en vi- - gor el 1º de Abril de 1872.

2.- Código Penal de 1929.

Conocido también como el Código de Almaraz. Siguió en parte las o-- - rientaciones del positivismo, pero siguió la sistemática de la escuela -- - clásica. Expedido el 15 de Diciembre de 1929 bajo la Presidencia de Emilio - Portes Gil.

3.- Código Penal de 1931.

En la exposición de motivos para la elaboración de este código, el - Lic. Alfonso Teja Zabre (representante del tribunal de Justicia del Dis- -

(13) Porte Petit, Celestino. " Apuntamientos a la Parte General del De - recho Penal ", 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985, págs. 50 a 56.

trito) menciona que : " para la construcción de un código penal, sólo es posible seguir una tendencia ecléctica y pragmática, o sea, práctica y -- realizable; por lo que ninguna escuela ni doctrina, ni sistema penal alguno, puede servir para fundar un código. " De esto se desprende que el -- código actual siguiera una postura ecléctica con relación a las escuelas penales. Código que entro en vigor el 17 de Septiembre de 1931, promulgado por el C. Pres. Pascual Ortis Rubio, y que fue publicado en el diario-oficial del 14 de Agosto del mismo año.

CAPITULO SEGUNDO

ESTUDIO DOGMATICO Y TEORIA DEL DELITO

I.- Definición etimológica.

La palabra delito deriva del verbo latino " delinquere, a su vez -- compuesto de linquere, dejar, y del prefijo de, en la connotación peyorativa, se toma como liquere viam o rectam viam, que significa abandonar, a partarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley. "

(14)

II.- Definiciones jurídico- formales.

Tratar de dar una definición propia que reúna las características -- jurídico formales, y que sea válida para todos los tiempos y lugares, ha sido hasta hoy un grave problema ya que las circunstancias imperantes de -- cada época han hecho que mientras para una sociedad el delito sea una de-- terminada conducta, para otras no lo sea (lo que sucede con el delito --- imposible), razón por la que los estudiosos del derecho penal se han es-- forzado por dar una definición de carácter universal. Cave advertir que -- la mayoría de ellos en sus intentos por lograr una definición que sea vá-- lida para todos los tiempos y lugares, han hecho mención a los elementos - que deben de integrarlo, pero sin llegar a un criterio uniforme sobre --- cuantos y cuales son los elementos que deben de integrarlo.

Así tenemos por ejemplo las siguientes definiciones tomadas de la -- obra del jus- penalista, Fernando Castellanos.(15)

(14) Villalobos, Ignacio. Op. Cit., pág. 202.

(15) Op. Cit., págs. 125 a 131.

" Es la infracción a la ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso. "

(Francesco Carrara)

" Es la acción humana antijurídica, típica, culpable y punible. "

(Eugenio Cuello C.)

" Es el acto típicamente antijurídico y culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal. "

(Jiménez de Asúa)

" Es la violación de los sentimientos de piedad, y de probidad - poseídos por una población en la medida mínima que es indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad. "

(Rafael Garófalo)

" Es un acto antisocial que define y sanciona el Código Penal y que al ejecutarse por un individuo pone de manifiesto su peligrosidad, obligando al Estado a que tome en su contra medidas de defensa social. "

(Franco Sodi)

" Es una conducta típica, imputable, antijurídica y culpable, - que requiere a veces de alguna condición objetiva de punibilidad y que es punible. "

(Celestino Porte Petit.)

Actualmente el mismo Porte Petit menciona que la punibilidad no es un elemento del delito, sino una consecuencia del mismo.

De las anteriores definiciones considero que contiene el elemento - jurídico - formal la que menciona Francesco Carrara, ya que en la misma - hace alusión de que el delito es el resultado de una conducta negativa -- del hombre que infringe la ley penal, porque realiza un comportamiento es tipulado como perjudicial para la sociedad, lo que trae como consecuencia que afecte las buenas relaciones de los individuos.

III.- Definición de la legislación mexicana.

Hasta la fecha nuestra normatividad penal ha contemplado tres definiciones del delito; las dos primeras son mencionadas por el Lic. Porte - en su tratado de Apuntamientos. (16)

- El Código Penal de 1871, en su artículo 4º definió al delito :
 " Como la infracción voluntaria de la ley penal, haciendo lo que ella --- prohíbe o dejando de hacer lo que manda. "

Definición que siguió la tendencia de la escuela clásica por no referirse propiamente a la sanción, sino al mandato o prohibición contenida en la ley quebrantada.

- El Código de 1929, en su artículo 11º definió al delito como :
 " La lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal "

Legislación basada en las orientaciones del positivismo. Definición incompleta que no circunscribe al delito dentro de las acciones humanas- ya que sólo se refirió al efecto causado.

- El Código de 1931 y que actualmente nos rige, en su artículo 7º -- nos señala que por delito debe de entenderse :

" El acto u omisión que sancionan las leyes penales. "

Sobre esta definición del delito considero de utilidad el comentario que sobre la misma hace el Lic. Castellanos, al mencionar lo siguiente :

" Estar sancionado un acto con una pena no conviene a todo lo definido; hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello pierden su carácter delictuoso. No conviene sólo a lo definido ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, las cuales se hayan sancionadas por una ley con una pena, sin ser delitos. Y no señala elementos de lo definido, ya que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestros tiempos para la represión y por el cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni, por tanto, útil para definirlo." (17)

Atendiendo sólo al significado gramatical de la definición, se trata de una conducta que es punible.

IV.- Clasificación.

Por considerar de utilidad la clasificación del delito en el desarrollo de la presente tesis, haré mención a los conceptos más generales de la misma, para de esa manera poder determinar el delito de estudio por sus características. (18)

(17) Op. Cit., pág. 133.

(18) Clasificación tomada de la obra de Castellanos. págs. 135 a 144.

D
O
G
M
A
T
I
C
A

CONDUCTA

- Acción.- Comportamiento positivo que viola una ley prohibitiva.
(hacer)

- Omisión.

- Simple omisión.- No realizar lo ordenado por la ley, con independencia del resultado material que se produzca. Violación jurídica y resultado formal.

- Comisión por omisión.- El agente decide no actuar y por esa inactividad se produce un resultado material.

RESULTADO

- Formales.- Aquellos en los que se agota el tipo penal con el movimiento corporal o en la omisión del agente; no siendo necesario para su integración que se produzca un resultado material.

- Materiales.- Se requiere la producción de una mutación jurídica en el mundo exterior.

ESTRUCTURA

- Simples.- Cuando la lesión jurídica es única.

- Complejos.- La figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya función da nacimiento a una nueva, que es superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente.

L
E
G
A
L

DURACION
Art. 7º.

- Instantaneos.
- Permanentes o continuos.
- Continuado.

CULPABILIDAD
Art. 8 y 9º.

- Intencionales.
- Imprudenciales.
- Preterintencionales.

(Código Penal Vigente)

V.- Diferencia entre delito, crimen y falta administrativa.

Es importante hacer la diferenciación entre estas tres figuras, ya que comunmente se les confunde y en ocasiones son tomadas como si fueran sinónimos.

Del estudio de las definiciones anteriores acerca del delito se estará en presencia de ese cuando se ha realizado un comportamiento que se encuentra prohibido por la ley y que se haya previsto por la misma, con independencia que se de o no la producción de un resultado material. Por lo que debiera de entenderse por crimen y falta administrativa, el Lic. -- Castellanos nos dice lo siguiente :

Crimen, es todo atentado contra la vida y los derechos naturales -- del hombre; y son faltas administrativas, las infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. (19)

TEORIA DEL DELITO ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

VI.- Estudio de los elementos.

Ya que sobre el estudio y análisis de la teoría del delito, habré de referirme por desprenderse de la misma, al estudio del delito imposible, considero de importancia hacer referencia de manera general a la misma.

Se llama teoría del delito : a la parte de la ciencia del derecho penal que se ocupa de explicar que es el delito en general; es decir, la que habrá de indicarnos cuales son las características que debe de reunir

(19) Op. Cit., pág. 147.

una determinada conducta para que sea considerada delito.

Tratando de darnos una conceptualización más propia, el tratadista Raúl Zaffaroni, nos dice que :

" Es una construcción dogmática que nos proporciona el camino lógico para averiguar si hay delito en cada caso concreto. " (20)

Siguiendo la corriente analítica, misma que menciona, que para hacer el estudio del delito es necesario que se desintegre por el estudio de todos y cada uno de los elementos que lo componen (sobre los cuales hasta el momento no hay un criterio uniforme, ya que mientras para algunos penalistas el delito se compone de dos, tres, cuatro o cinco elementos para la teoría clásica son seis) tanto en su aspecto positivo como negativo; para poder determinar la existencia e inexistencia del delito a continuación haré referencia a los mismos.

El siguiente cuadro sinóptico elaborado por el Profesor Porte Petit, nos enmarca a los elementos positivos y negativos del delito.
(21)

(20) Zaffaroni, Raúl." Manual de Derecho Penal." Ed. Porrúa, México, 1988 pág. 334.

(21) Op. Cit., pág. 240.

TEORIA
DEL
DELITO

1ª Esfera.

A) Existencia del delito.

- 1.- Conducta o Hecho.
- 2.- Tipicidad.
- 3.- Antijuridicidad.
- 4.- Imputabilidad.
- 5.- Culpabilidad.
- 6.- Condiciones objetivas de punibilidad.
- 7.- Punibilidad.

B) Inexistencia.

- 1.- Ausencia de Conducta o Hecho.
- 2.- Atipicidad.
- 3.- Causas de justificación.
- 4.- Inimputabilidad.
- 5.- Inculpabilidad.
- 6.- Falta de condiciones objetivas de punibilidad.
- 7.- Excusas absolutorias.

2ª Esfera.

Formas de manifestación
del delito.

- Tentativa.
 - Acabada
 - Inacabada.
- Delito Putativo.
- Delito Imposible.
- Consumación.

Frente al estudio de cada uno de los elementos positivos haré referencia a su aspecto negativo.

1.- CONDUCTA O HECHO.

El profesor Porte Petit, hace la diferenciación entre Conducta y Hecho, y nos menciona lo siguiente :

El término conducta es adecuado para abarcar a la acción y a la omisión, pero nada más; dentro de la conducta no puede quedar incluido el hecho. La sola conducta agota el elemento objetivo del delito, cuando por sí misma llena el tipo, como sucede en los delitos de mera actividad o en los de simple omisión, carentes de un resultado material. La conducta es un elemento del hecho, cuando según la descripción del tipo, precisa una mutación en el mundo exterior, es decir, un resultado material.

Un sujeto puede realizar una conducta (acción u omisión) o un hecho (conducta más el resultado material). En consecuencia si el elemento objetivo del delito, esta constituido por una conducta (si el tipo penal describe una acción o una omisión) carente de un resultado material se estará frente de un delito de mera conducta; y si por el contrario, la ley requiere además de la acción y de la omisión, la producción de un resultado material, unido por un nexo causal, deberá entonces de hablarse de un delito de hecho o de resultado material. Los términos adecuados serán entonces conducta o hecho, según la hipótesis que se presente. (22)

Por tanto y de acuerdo a lo anterior la conducta queda definida :

" Como el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, --

encaminado a un propósito. " (23)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, considera que por ----
Conducta debe de entenderse :

" El movimiento corporal voluntario. "
(24)

Dentro de la conducta queda comprendida tanto la acción como la omi-
sión, este último en cualquiera de sus formas. La acción consiste en un -
movimiento corporal voluntario (un hacer); y la omisión, en una absten--
ción del sujeto para no hacer lo que le ordena la ley. Respecto de la ac--
ción el tratadista Cuello Calón, E, nos dice : " la acción consiste en un -
movimiento corporal voluntario o en una serie de movimientos corporales --
dirigidos a la obtención de un fin determinado, como violación a una nor--
ma prohibitiva penal. " (25)

Los elementos de la acción, son los siguientes :

- La manifestación de la voluntad. Querer la acción.
- La actividad corporal. Querer y ejecutar el acto.
- Una relación de causalidad entre el querer y la ejecución del ac--
to, misma que tiene como consecuencia la existencia de un resulta-
do jurídico (violación a la norma) y no material.

Tenemos como ejemplos de delitos de conducta mediante la acción, ---
entre otros : la portación de arma prohibida. Art. 160, y las amenazas ---
art. 282., ambos del código penal v.

Respecto de la omisión, se presentan dos clases : la omisión simple-
o impropia y la comisión por omisión; la primera se presenta por una abs--

(23) Definición que da el tratadista Castellanos Tena, Fernando. Op. -
Cit., pág. 149.

(24) Semanario Judicial de la Federación. CXII, p.1850. Citada en la obra
de Porte Petit, C. pág. 300.

tención voluntaria, en un no hacer aquello que se debe ejecutar; y la segunda, en una doble violación de deberes, se obrar y de abstenerse.

Existe un delito de comisión por omisión, cuando se produce un resultado típico y material, por un no hacer voluntario o culposo, violando una norma preceptiva (penal o de otra rama del derecho) y una norma prohibitiva. (26)

En este tipo de delitos es necesario que se presente un resultado de carácter material, es decir, una mutación en el mundo exterior, por no hacer o llevar a cabo lo que el derecho ordena. Se infringen dos normas : la dispositiva (que impone en deber de obrar), y la prohibitiva (que sanciona la causación del resultado material penalmente tipificado por la ley). Como ejemplo de este tipo de delitos tenemos : a la madre quién teniendo la obligación de amamantar a su hijo no lo hace, y por eso el menor muere. art. 325 del código p.v.

Por lo que respecta al Hecho, ya se dijo con anterioridad que estaremos en presencia del mismo, cuando la ley en su descripción enuncie la producción de un resultado material, además de la violación de la norma.

El siguiente cuadro sinóptico presenta de manera general y resume da las figuras de la conducta y del hecho.

(25) Citado en la obra de Porte Petit, C. pág. 302.

(26) Ibidem., pág. 312.

C
O
N
D
U
C
T
A

Comportamiento
humano
voluntario.

+ Acción.
(hacer)

- Voluntad. (querer la acción.)
- Actividad corporal. (ejecución)
- Relación causal entre la voluntad y la actividad. (causa - efecto.)
- Resultado jurídico y no material.

- Omisión
(no hacer)

Simple.

- Voluntad o no voluntad.
(culpa)
- Inactividad.
- Deber jurídico de obrar.
- Resultado jurídico y no material.

Comisión por omisión.

- Voluntad o no vol.
(culpa)
- Inactividad.
- Resultado jurídico y material.

H
E
C
H
O

Conducta + Resultado

- Conducta
 - Acción.
 - Omisión.

- Resultado material. (mutación jurídica.)
- Nexo causal entre la conducta y el resultado.

AUSENCIA DE CONDUCTA O HECHO.

Sí la conducta comprende tanto a la acción como a la omisión, mis-mos que tienen íntima relación o conexión con un factor de carácter psí-quico, lo que se identifica con la voluntad para la realización del illici-to; a falta de la voluntad misma, entonces no habrá conducta.

De ello que queden fuera de la acción penal por la ausencia de vo-luntad :

1.- Los movimientos realizados por una fuerza física irresistible - o vis absoluta.

Por fuerza física exterior irresistible debe de entenderse cierta - violencia hecha al cuerpo del agente, lo que da por resultado que ejecute irremediamente lo que no a querido ejecutar. En la vis absoluta, el -- agente actúa involuntariamente, impulsado por una fuerza exterior de ca-rácter físico, dimanante de otro, cuya superioridad manifiesta le impide-resistiría.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, menciona lo siguiente:

Debe de entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza ff-sica exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una -- fuerza superior a las propias, a la cual se ve sometido, por cuya circun-tancia su acto es involuntario. Lo que quiere decir, que la integración -de esta figura requiere que la fuerza sea materialmente física, producida por hechos externos, y que quien la sufre no pueda resistirla, viendose - obligado a ceder ante ella. (27)

(27) Semanario Judicial de la Federación, 84 p. 175. Citado en la obra de Porte Petit, C. pág. 405.

2.- Movimientos realizados por una fuerza mayor o vis maior.

A diferencia de la vis absoluta, la vis maior deriva de la naturaleza o de los seres irracionales. Hay fuerza física proveniente de la naturaleza, cuando un sujeto es arrastrado por el viento, por una corriente de agua, empujado por un animal, etc.

3.- Las causas supralegales.

Son aquellas causas que por estar ausentes en la ley, se desprenden de la misma y constituyen ausencias de conducta, sin que sea necesario para ello que la ley las prevea. Ejemplos de estas son : las lesiones y el homicidio en los deportes.

4.- Los movimientos reflejo, el sonambulismo y la hipnosis.

5.- El Código penal vigente para el Distrito y Territorio Federal, menciona en su artículo 15, fracción I, que constituye ausencia de conducta o que es circunstancia excluyente de responsabilidad penal :

" Incurrir el agente en actividad o inactividad involuntaria. "

2.- TIPICIDAD.

" Es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley, la coincidencia del comportamiento con lo descrito por el legislador. " (28)

Al referirse a lo descrito por el legislador se hace referencia a la norma, es decir, a las características que contiene la misma. A este conjunto de características contenidas en la norma, así como a la misma, se le denomina Tipo penal, mismo sobre el cual habrá de recaer la conducta para que este tenga vida y se esté frente a una conducta típica.

Para la adecuación de la conducta al tipo es necesario que se llenen los requisitos establecidos en la norma, para que de esta manera la conducta quede perfectamente encuadrada por el tipo. A esa serie de requisitos se les denomina : elementos objetivos o descriptivos, y son aquellos que hacen la descripción de la conducta a través de procesos, referencias y medios. Al respecto el tratadista Pavon Vasconcelos, F. en su obra nos menciona que son los siguientes : (29)

1.- Calidad referida al sujeto activo.

Elemento que excluye la posibilidad en la ejecución del ilícito por cualquier sujeto, es decir, se establece un sujeto determinado para la comisión del delito.

2.- Calidad referida al sujeto pasivo.

Establece que el sujeto sobre el cual debe de recaer la conducta reúna las características determinadas en la ley, mismas que se refieren a la edad, sexo, parentesco, etc.

(28) Definición hecha por Castellanos Tena, F. Op. Cit., pág. 168.

(29) Pavon Vasconcelos, Francisco "Manual de Derecho Penal." Ed. Porrúa, México 1974. pág. 248.

3.- Referencias temporales y espaciales.

Establecen el tiempo y lugar en que habrá de cometerse el delito.

4.- Referencias a los medios comisivos.

Aún cuando por lo general, el medio comisivo resulta indiferente -- en ciertos casos la exigencia de la ley, al empleo de determinado medio -- lo hace esencial para integrar la conducta, o para hacer referencia a la agravación o atenuación de la pena.

5.- Referencia al objeto material y al bien jurídico protegido.

El objeto material se refiere a la persona o cosa mueble, sobre los cuales la acción típica se realiza. El bien jurídico, es el elemento básico de la estructura del tipo legal y precisamente el que justifica la existencia de la norma jurídico penal. A partir del bien jurídico se derivan las conductas idóneas para producir su lesión, así mismo del cual depende la cantidad y clase de elementos que han de incluirse en el tipo legal. (30)

El bien jurídico suele decirse que es la vida, la libertad, el honor, etc; es decir, el derecho de disponibilidad sobre el mismo. El ente que el orden jurídico tutela contra ciertas conductas, no es la cosa en sí misma, sino la relación de disponibilidad del titular de la cosa, por lo que el bien jurídico viene a ser entonces: "el derecho de disponibilidad del titular de la cosa, de ciertos bienes o derechos naturales", y por consiguiente cuando una conducta nos impide o trata de perturbar esa relación de disponibilidad, afecta el bien tutelado. Razón por la que el derecho penal, sanciona a quien realiza o intenta tal perturbación. (31)

(30) Islas de González Mariscal, Olga. "Análisis lógico de los delitos -- contra la vida" 2ª Ed. Trillas, México, 1985. pág. 29.

(31) Zaffaroni, Raul. Op. Cit., pág. 403.

Ahora bien, para la calificación de la tipicidad es cierto que se requiere la presencia de estos elementos de carácter descriptivo, pero -- el legislador a la hora de realizar la misma calificación de la tipicidad, habrá de tomar en cuenta otra serie de elementos de índole normativo y -- subjetivo.

1.- Elementos valorativos o normativos.

Son aquellos que forman parte de la descripción contenida en el tipo penal y que se refieren a la valoración legal del objeto descrito. Valoración que se lleva a cabo a través del deber jurídico penal y su violación. El deber jurídico penal es la prohibición o el mandato contenido en el tipo; como prohibición es un deber jurídico de abstenerse, y como -- mandato, el deber jurídico de actuar.

Si no está expresamente regulado el deber, en alguna de las dos -- formas anotadas, la aplicación extensiva de los deberes constituye una -- violación del principio " nullum crimen, nulla poena sine lege," consagrada en los artículos 14 Constitucional y 7º del Código penal. (32)

2.- Elementos subjetivos.

Se trata de sucesos psíquicos que se realizan en el alma del autor y que están referidos al motivo y fin de la conducta descrita. Elementos que en el decir, del jus- penalista Luis Jiménez de Asúa, exceden el ---- marco de referencias típicas, pues su existencia es indudable, estén o no incluidos en la definición del tipo, cuando este los requiere. (33)

Con lo anterior queda claro entonces que una conducta cualquiera, -- para que sea considerada típica, deberá de encuadrar en un tipo respecti-

(32) Islas, Olga. Op. Cit., pág. 28.

(33) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pág. 251.

vo, y ello de acuerdo a las características o elementos que se establecen por el mismo tipo señalado, para que así haya una perfecta adecuación y - la conducta así realizada sea típica. Existen diversos tipos, sobre los - cuales puede adecuarse una conducta cualquiera, pero que la misma habrá - de recaer en cualesquiera de los tipos que a continuación se señalarán -- en el cuadro sinóptico respectivo.

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación respecto a la clasificación de los delitos en orden al tipo, ha dicho :

Desde un punto de vista doctrinario en relación con la autonomía de los tipos, éstos se han clasificado en : básicos, especiales y complementarios. Los básicos se estiman tales en razón "de su índole fundamental" y por tener plena independencia; los especiales, "suponen el mantenimiento - de los caracteres de tipo básico, pero añadiéndole alguna otra peculiaridad, cuya nueva existencia excluye la aplicación del tipo básico y obliga a subsumir los hechos bajo el tipo especial" y de tal manera que éste elimina al básico; por último los tipos complementarios, "presuponen la aplicación del tipo básico al que se incorporan" Y como ejemplos señala : al homicidio como un tipo básico; el homicidio calificado como tipo complementario y el infanticidio como tipo especial. (34)

(34) Semanario Judicial de la Federación, T.XV, p.68. Sexta Epoca. Segunda Parte. Citado por Porte Petit, Celestino. Op. Cit., pág. 447.

C
L
A
S
I
F
I
C
A
C
I
O
N

D
E
L

T
I
P
O

- Ordenación metodológica.

- Fundamentales o básicos.

Es aquel en que cualquier lesión del bien jurídico, basta por si sola para integrar un delito; siendo por consecuencia el tipo único e independiente.

- Especiales.

(Se forma con elementos del tipo básico y se independiza.)

- Privilegiados.

Se agrega al tipo básico un requisito que implique atenuación a la pena.

- Cualificado.

Se agrega requisito que implique agravación.

- Complementario.

Necesita para su existencia del tipo fundamental o básico, añadiéndole una circunstancia agravante o atenuante, pero sin que se origine un delito autónomo.

- Afectación del bien jurídico.

- Peligro. - Se protege el bien contra la posibilidad de ser dañado.

- Daño. - Tutela del bien contra la destrucción o disminución.

C
L
A
S
I
F
I
C
A
C
I
O
N

D
E
L

T
I
P
O

Por la norma general.

- Abiertos.- No individualización total de una conducta prohibida. No detalla el significado, sino que el juez lo hará atendiendo a reglas o pautas generales que se encuentran fuera del tipo penal.
- Cerrados.- Individualización total de la conducta, sin salirse de los elementos señalados en la ley.

Por el acto realizado.

- Formulación libre.- No señala en forma casuística la actividad productora del resultado típico, pudiéndose con cualquier medio idóneo producir el resultado.
- Form. casuística.-
(no describe una modalidad única, sino varias formas de ejecutar el -- ilícito.
- Alternativamente formados.- Se -- preveen dos o más hipótesis conjuntas y el tipo se colma con -- cualquiera.
- Acum. formados.- Requieren la -- pluralidad de -- actos delictivos entre sí.

AUSENCIA DE TIPO Y ATIPICIDAD.

La ausencia de tipo constituye el elemento negativo del mismo, y -- hay ausencia de éste, cuando una conducta o hecho no se encuentra descrito en la ley en una norma penal, porque el legislador deliberadamente o - inadvertidamente no describió una conducta que debería de estar contenida en el catálogo de los delitos (lo que sucede con el delito imposible).

El dogma " nullum crimen sine tipo ", constituye una garantía penal, al no poderse sancionar una conducta o hecho que no este descrita en la - ley.

Por lo que respecta a la atipicidad como forma negativa de la tipi- cidad, está se presentará cuando la conducta no encuadre dentro del tipo penal correspondiente; es decir, cuando no se integre el elemento o la se-- rie de elementos descritos por el legislador en la norma, pudiéndose dar- el caso de que cuando el tipo exija más de un elemento, puede haber ade-- cuación a uno o más, pero no a todos los que señala la ley, lo que trae - como consecuencia la atipicidad de la conducta; ya que la conducta debe - de recaer en todos y cada uno de los elementos que señala la norma penal- respectiva. La atipicidad tendrá entonces como consecuencia :

- La no integración del tipo por faltar algún elemento del mismo. -
- Traslación de un tipo a otro. (variación del tipo)
- La existencia de un delito imposible por la ausencia del bien ju- rídico o del objeto material que habría de ser dañado, afectado, - lesionado o destruido.

3.- ANTIJURIDICIDAD.

Sobre la antijuridicidad hasta el momento no hay un criterio uniforme por considerarla como elemento del delito. Pero sin embargo, lo cierto es que la antijuridicidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

La mayoría de los tratadistas consideran como antijurídico lo que es contrario a derecho, mencionando que una conducta para que sea antijurídica o para que reúna esa característica es necesario que sea contraria a lo establecido por la ley.

Siguiendo el criterio de que la antijuridicidad es lo contrario a derecho, el tratadista Fernando Castellanos, nos expresa que : " la antijuridicidad es puramente objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. " Para llegar a la afirmación de que una conducta es antijurídica se requiere necesariamente una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Así concluye diciéndonos que :

" Una conducta es antijurídica, cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación. "

(35)

LAS CAUSAS DE JUSTIFICACION.

Siendo la antijuridicidad lo contrario a la ley, puede ser que una conducta siendo típica, no sea antijurídica, por estar permitida en la propia ley. De aquí que nos encontremos frente a las causas de justificación y que son definidas por el propio Castellanos como :

(35) Op. Cit., pág. 178.

" Aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de una conducta típica. " (36)

Nuestro Código penal las denomina " excluyentes de responsabilidad penal ", y las señala en el artículo 15 diciéndonos que son :

1.- La legítima defensa. (fracción III)

Tiene como fin salvaguardar bienes jurídicos propios o ajenos ante la agresión de un tercero, mediante un ataque injusto y sin derecho.

El fundamento de la legítima defensa señala Jiménez de Asúa, es la preponderancia de intereses, ya que debe de considerarse de mayor importancia el interés agredido que el del injusto agresor.(37)

Se niega en consecuencia la legítima defensa cuando existe provocación suficiente e inmediata por parte del agredido.

2.- El estado de necesidad. (frac. IV)

Es el peligro actual o inmediato para los bienes jurídicos protegidos y que sólo puede evitarse mediante la lesión de bienes también jurídicamente protegidos y pertenecientes a otra persona. Nada más cuando el bien salvado supera al sacrificado se integra la justificante, porque sólo entonces el atacante obra con derecho, jurídicamente.(38)

Para la ley no se integra la excluyente, si el agente intencionalmente o por grave imprudencia ocasiona la situación de peligro.

(36) Ibidem, pág. 178.

(37) Citado en la obra de Castellanos Tena, Fernando. pág. 192.

(38) Ibidem, pág. 204.

3.- El cumplimiento de un deber o el ejercicio de un derecho.
(frac. V)

Es el que se refiere a que el comportamiento del agente sea lícito- al determinarse que se obra en forma legítima cuando se cumple un deber - jurídico.

Dentro de la hipótesis (derecho y deber) pueden comprenderse como formas específicas; las lesiones y el homicidio que se cometen en los de- portes o como consecuencia de tratamientos médico- quirúrgicos.

4.- El impedimento legítimo y la obediencia jerárquica. (frac. VII y VIII)

En el impedimento legítimo impide la actuación una norma de carác- ter superior, comparada con la que establece el deber de realizar la ac- ción.

En la obediencia jerárquica el inferior está legalmente obligado a obedecer aún cuando se trate de un delito.

4.- IMPUTABILIDAD.

Para que a una determinada persona le pueda ser reprochada una conducta es necesario que la misma haya tenido en el momento de la realización del ilícito un cierto grado de capacidad psíquica que le haya permitido comprender el carácter ilícito de su comportamiento.

La imputabilidad se refiere a caracteres de tipo psicológico, que concurren en el sujeto en el momento en que comete la infracción o el delito, lo que hace que sea considerado como un sujeto capaz de responder ante el Estado por su comportamiento. Así como en el Derecho Civil, un sujeto debe de tener capacidad para celebrar actos jurídicos, así en el Derecho Penal, el sujeto debe poseer esas cualidades de aptitud psíquica exigidas por la ley para responder de su conducta delictuosa.

Por imputabilidad, en términos generales nos menciona el tratadista Castellanos Tena, Fernando que deberá de entenderse :

" La capacidad de querer y entender en el campo del derecho penal." (39)

Son imputables aquellos sujetos que por reunir las condiciones psíquicas de madurez y salud mental que la ley reclama, se encuentran capacitados para entender, querer y responder ante el Estado y la sociedad -- de sus acciones.

La imputabilidad debe de existir en el momento de ejecutar el acto; pero en ocasiones el sujeto antes de actuar voluntaria o culposamente, se coloca en situación inimputable y en esas condiciones produce el delito. -- A estas acciones se les llama " liberae in causa " (libres en su causa -- pero determinadas por su efecto.) (40)

(39) Op. Cit., pág. 218.

(40) Ibidem. pág. 221.

Si se acepta que el actuar del sujeto carecía de la capacidad necesaria para entender y querer el resultado, pero tal situación se procuró dolosa o culposamente se encuentra el fundamento de la imputabilidad en -- la acción o acto precedente, o sea, aquel en el cual el individuo, sin -- carecer de tal capacidad movió su voluntad o actuó culposamente para colocarse en aquella situación de inimputabilidad, por lo que el resultado le será imputable, dando base a declararlo culpable y por consiguiente responsable, por lo que será acreedor a una pena.

Quien tiene muy limitada o anulada la posibilidad de comprender la ilicitud de su comportamiento, no puede ser objeto de reproche.

CAUSAS DE INIMPUTABILIDAD.

" Son todas aquellas capaces de anular o neutralizar el desarrollo o salud mental, en cuya caso el sujeto carece de aptitud psicológica para -- la delictuosidad. "

Nuestro Código penal las enuncia en el artículo 15, y nos menciona que estas son :

- 1.- El trastorno mental o desarrollo intelectual retardado.
(frac. II)
- 2.- Obrar en virtud del miedo grave o del temor fundado. (frac. VI)

En función del miedo grave el sujeto queda momentáneamente perturbado de sus facultades mentales de juicio y decisión, razón por la cual no podrá optar por otro medio practicable menos perjudicial. El miedo grave constituye así una causa de inimputabilidad ya que obedece a procesos causales psicológicos.

Por su parte, el temor fundado puede originar inculpabilidad, ya que encuentra su origen en procesos materiales.

En nuestro sistema o medio social, la imputabilidad está relacionada con la edad y salud mental del sujeto, por lo que la responsabilidad penal se deduce no solamente por el resultado objetivo, sino también por la causalidad psíquica del infractor. Así la ley del Consejo Tutelar para menores, considera que la persona de 16 años es inimputable, por carecer de facultad de juicio sobre la decisión y entendimiento, razón por lo que establece en su disposición normativa la excluyente de responsabilidad penal de éstos cuando realizan un acto delictivo, pero menciona la necesidad de una readaptación.

Es absurdo seguir pensando que la persona que es menor de 18 años - sea inimputable (hago referencia a las personas que tienen entre los 16- y 18 años de edad) ya que sí la ley misma nos menciona en el Derecho Civil que el menor de 16 años puede contraer matrimonio y para ello le otorga facultad, haciéndolo sujeto de derechos y obligaciones, entonces por ese sólo hecho considero, que dicho sujeto a esa edad sí infringe la ley penal entonces dada su capacidad de entendimiento debe de ser responsable de la ilicitud de su comportamiento.

5.- CULPABILIDAD.

Siguiendo la teoría clásica del delito, el comportamiento realizado hasta entonces además de ser típico, antijurídico e imputable, debe de -- ser característico de culpa, es decir, que este haya sido realizado con - intención, imprudencia o culpa.

La culpabilidad reviste un juicio de valoración psicológico que liga al sujeto con el resultado de su acto. Se define como :

" El nexu intelectual y emocional que liga al sujeto con el -- resultado de su acto. " (41)

La decisión acerca de las circunstancias bajo las cuales se puede - actuar culpablemente en el sentido del derecho penal es mediante el dolo- y la culpa, pero nuestra legislación penal en su artículo 8º, alude a una tercera forma, que es la preterintencionalidad.

1.- El Dolo.

El tratadista Castellanos, Fernando, lo define diciendo que es :

" Es el actuar, consciente y voluntario, dirigido a la producción - de un resultado típico y antijurídico. " (42)

El dolo presupone que el autor haya previsto el curso causal y la - producción del resultado típico. Sin esta previsión no puede hablarse de dolo.

El dolo del agente puede encontrarse en alguna de las formas deter-

(41) Definición hecha por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 234.

(42) Ibidem. Op. Cit., pág. 239.

minadas por la doctrina y que son :

- a) Dolo directo.- Que es aquel en que el sujeto se representa - el resultado penalmente tipificado y lo quiere. El resultado coincide con el propósito -- del agente. (Decide privar de la vida a otro y lo mata.)
- b) Dolo indirecto.- Se presenta cuando el agente actúa ante la -- certeza de que causará otro resultado penal-- mente tipificado que no persigue directamente, pero aun previendo su acontecimiento ejecuta el hecho. (Al decidir privar de la vida a o-- tro coloca una bomba en el edificio en que a-- qué trabaja, pero sabiendo que en el hecho - otros perderán la vida.)
- c) Dolo eventual.- Se desea un resultado delictivo, previéndose la posibilidad de que surjan otros no queri-- dos directamente. (al colocar la bomba en el edificio el sujeto sabe que probablemente el mismo quedará destruido o dañado)
- d) Dolo indetermina-- do.- Se presenta por la intención genérica de de-- linquir, sin proponerse un resultado delicti-- vo en especial. (el anarquista que lanza -- bombas)

En nuestro medio social el dolo se encuentra reglamentado en el ar-- tículo 9º del Código Penal v; mismo que a la letra dice :

" Obra intencionalmente el que, conociendo las circunstancias del - hecho típico, quiera o acepte el resultado prohibido por la ley."

2.- La Culpa.

La vida diaria nos demuestra como en ocasiones la conducta humana - no proyectada directamente a la producción de un resultado delictivo lo - ocasiona causalmente por contravenir a los deberes impuestos por la ley.

El penalista Cuello Calón, Eugenio, atendiendo a esos factores nos menciona la siguiente definición :

" Existe culpa cuando se obra sin intención y sin la diligencia de- bida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la -- ley. " (43)

Existirá la culpa entonces, cuando se produce el resultado típico -- que no se quiere, pero que surge por no ponerse en juego, por negligencia o imprudencia, las cautelas o precauciones legalmente exigidas por la ley.

Dos son las especies principales de la culpa: consciente con previ- sión o con representación e inconsciente sin previsión o sin representa- ción.

a) Con previsión o con representación.

Existe cuando el sujeto ha previsto el resultado típico como posi- ble, pero no solamente no lo quiere, sino que abriga la esperanza de que no será producido.

b) Inconsciente, sin previsión o sin representación.

Se presenta cuando el sujeto no previó el resultado por falta de --

(43) Citado por Castellanos. Op. Cit., pág. 245.

cuidado teniendo obligación de preveerlo, por ser de naturaleza evitable, por lo que se produce una consecuencia penalmente típificada.

En nuestro medio la culpa se clasifica según su gravedad en : lata, cuando el resultado hubiera podido ser previsible por cualquier persona ; leve, si tan sólo por alguien cuidadoso, y levisima, únicamente por los muy diligentes.

Atendiendo a está clasificación la penalidad será mayor o menor. -- Nuestra legislación penal en su artículo 60, nos enuncia que la calificación de la imprudencia quedará al arbitrio del juez.

Por su parte el artículo 9º, párrafo II, determina que :

" Obra imprudencialmente el que realiza el hecho típico incumpliendo un deber de cuidado, que las circunstancias y condiciones personales le imponen. "

3.- La Preterintencionalidad.

En la preterintención el resultado típico sobrepasa a la intención del sujeto.

Sobre esta figura no existe todavía un criterio uniforme por considerarla como parte de la culpabilidad, no obstante la ley mexicana en el mismo artículo 9º, párrafo III, nos menciona :

" Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico -- mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia."

Se reconoce así que la preterintención no es sólo dolo, ni unicamen

te culpa, sino más bien la suma de ambas, ya que se inicia el ilícito en forma dolosa y termina culposamente.

AUSENCIA DE CULPABILIDAD.

Existe inculpabilidad cuando en la realización de la conducta típica y antijurídica se encuentra ausente el dolo y la culpa, por lo que el agente no es objeto de represión.

Dos son las causas genericas de exclusión de la culpabilidad : el error esencial del hecho y la no exigibilidad de otra conducta.

El error queda clasificado a su vez en :
(44)

1.- Error de derecho.

No produce efectos de eximente, porque el equivocado concepto sobre la significación de la ley, no justifica ni autoriza su violación.

Nuestra legislación en su artículo 59, nos dice : " que cuando el hecho se realice por error o ignorancia invencible sobre la existencia de la ley penal o del alcance de ésta, en virtud del extremo atraso cultural y el aislamiento social del sujeto, se le podrá imponer hasta la cuarta parte del delito de que se trate o tratamiento en libertad, según la naturaleza del caso. "

Por lo mismo se atribuye que el error de derecho no es excluyente de responsabilidad penal y si una modificativa atenuante de la pena.

(44) Clasificación tomada de la obra de Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 259.

2.- Error de hecho.

El error esencial del hecho recae sobre los elementos constitutivos del tipo penal. En el error esencial, el sujeto actúa antijurídicamente - creyendo actuar jurídicamente, por lo que hay desconocimiento de la antijuridicidad de la conducta.

3.- Error inesencial o accidental.

Recae sobre circunstancias accidentales o secundarias del hecho. Se manifiesta en el error en el golpe (aberratio ictus) cuando el sujeto - no acierta en el objeto al cual se dirige su acción; error en la persona, (aberratio personae), y en el error en el delito (aberratio delicti) cuando es ocasionado un suceso diferente del deseado.

Este tipo de error no exime la responsabilidad del sujeto infractor ya que su comisión da lugar a un cambio en la figura delictiva.

Por lo que se refiere a la no exigibilidad de otra conducta, como - causa de inculpabilidad, hasta el momento no hay un criterio uniforme para que sea considerada como tal.

De las anteriores formas de inculpabilidad, nuestra ley penal solamente atiende al error de hecho y lo reglamenta como excluyente de responsabilidad en el artículo 15, fracción XI, misma que a la letra dice :

" Realizar la acción y omisión bajo un error invencible respecto - de alguno de los elementos esenciales que integran la descripción legal, o que por el mismo error estime el sujeto activo que es ilícita su conducta. "

6.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD.

No son elementos esenciales del delito sino ciertos requisitos que son necesarios para que la pena pueda tener aplicación. Y son definidas igualmente por el tratadista Castellanos :

" Como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación. " (45)

El tratadista Ignacio Villalobos, las clasifica en dos grupos : (46)

- 1.- Condiciones para hacer efectiva la punibilidad ya existente -- (querella), y
- 2.- Aquellas que se encuentran formando parte de la descripción objetiva del delito.

No existe delimitada claridad sobre las mismas ya que se les confunde de constantemente con requisitos de procedibilidad. No se encuentran en forma constante, sino ocasionalmente. Son exigencias que nos señala la ley para que se pueda dar lugar a la aplicación de la pena.

Su ausencia se presenta cuando la ley no las requiere.

(45) Op. Cit., pág. 278.

(46) Citado en la obra de Cortes Ibarra, M.A., Derecho Penal. México 1987, pág. 390.

7.- PUNIBILIDAD.

No es elemento del delito. Una conducta es punible cuando por su -- naturaleza amerita ser penada. Principio del cual se desprenden dos aspectos diferentes : punibilidad y pena. Debe de entenderse que la punibilidad no es la aplicación efectiva de la sanción al delincuente, sino la -- amenaza que el Estado hace de aplicar una pena; la pena, viene a ser en consecuencia el castigo que se impone al infractor de la norma. (47)

La punibilidad es definida por el tratadista Vasconcelos como :

" La amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los de-beres consignados en las normas jurídicas, dictadas para garanti-zar la permanencia del orden social. " (48)

Siguiendo el pensamiento de quienes consideran que es una consecuen-cia encontramos entre los penalistas mexicanos a Fernando Castellanos y - a Ignacio Villalobos, quienes al respecto nos expresan lo siguiente :

Expresa el primero, que la punibilidad no forma parte del delito, - bien se estime como merecimiento, como sanción de las normas penales y -- como aplicación concreta y específica de una pena, pues ésta se merece en virtud de la naturaleza del comportamiento; en cuanto al segundo, nos --- menciona, que el concepto del delito no se identifica con el de la norma jurídica, por más que pueda admitirse que este no se integra sin la sanción; y por último menos puede ser considerada la punibilidad como elemen-to integral, ya que la imposición concreta de una pena no es sino la reac-ción estatal respecto del ejecutor del ilícito, siendo por tanto algo --- externo al mismo.

(47) Villalobos, Ignacio. Op. Cit., pág. 522.

(48) Op. Cit., pág. 453.

El mismo Vasconcelos, nos menciona por su parte : " que una acción o abstención humana son penas cuando se les califica de delictuosas, -- pero no adquieren este carácter porque se les sancione penalmente." Las conductas se revisten de delictuosidad por su pugna con aquellas exigencias establecidas por el Estado para la creación y conservación del orden en la vida gregaria y por ejecutarse dolosa y culposamente. (49)

Hasta aqui se tiene que el delito por el hecho de ser una conducta típica imputable, antijurídica y culpable debe de tener como consecuencia la aplicación de una sanción establecida por el Estado. Sin embargo en -- ocasiones la pena no se aplica, por lo que se deja subsistente el carácter de delictuosidad. Las causas por las cuales la pena no llega a aplicarse se conocen como : Excusas Absolutorias. Y son definidas como :

" Aquellas causas que dejando subsistente el carácter delictivo -- de la conducta, impiden la aplicación de la pena. " (50)

El Estado no sanciona determinadas conductas por razones de equidad o de justicia y ello de acuerdo con una prudente política criminal. En -- presencia de una excusa absolutoria, los elementos esenciales del delito permanecen inalterables y por tanto sólo se excluye la posibilidad de --- la punición.

Dentro de las excusas absolutorias que encontramos reguladas por -- nuestro Código Penal, se encuentran :

- a) Excusa en razón de la mínima temibilidad del agente en el robo. Art. 375.
- b) En razón de la maternidad consciente. En el aborto causado por por imprudencia de la mujer o cuando el embarazo sea resultado

(49) Ibidem, pág. 455.

(50) Definición tomada de la obra de Castellanos Tena, Fernando. pág. 278.

de una violación. Art. 333.

- c) Por graves consecuencias sufridas en el agente activo del delito. Art. 55.
- d) A los parientes de un homicida si ocultan, destruyen o sin la debida diligencia sepultan el cadáver del occiso. Art. 280, -frac. II.
- e) A los familiares de un detenido cuando éstos favorezcan su --- evasión, excepto si proporcionan la fuga mediante la violencia. Art. 151.

CAPITULO TERCERO

FORMAS DE MANIFESTACION DEL DELITO.

Una vez integrados los elementos del delito : " Conducta, tipicidad, antijuridicidad, imputabilidad, culpabilidad y las condiciones objetivas de punibilidad ", según la teoría clásica del delito, podrá estarse en -- presencia de un comportamiento delictivo. Sin embargo, es importante deter minar que no necesariamente se requiere la totalidad de los mismos para - que pueda configurarse un delito cualquiera (lo que sucede con el delito imposible); porque si bien recordamos, hay doctrinas que establecen ---- que un comportamiento para que sea considerado " delito ", no necesaria-- mente debe de integrarse por la totalidad de los elementos ya señalados, - pudiéndose integrar con uno, dos, tres, cuatro o cinco elementos (ejemplo de ello lo representa la doctrina Alemana la que señala como único ele- mento a la conducta.) y que son característicos por manifestar la delic- tuosidad del acto y del sujeto.

No obstante ello, nuestra legislación penal (apegada a la teoría - clásica del delito) establece que por la falta de uno de ellos, princi- palmente la tipicidad y la antijuridicidad, no podrá hablarse de delito y por lo tanto el comportamiento realizado se reputa inexistente, aunque el mismo haya sido realizado con un cierto grado de delictuosidad y perver- sidad demostrada por el sujeto. (lo que sucede con el delito imposible)

Una vez desarrollado el comportamiento delictivo, con independencia de los elementos que presente, puede ser que este logre o no el propósito querido, es decir, que se produzca la consumación del delito o el que el comportamiento se quede como un simple atentado.

La consumación en el delito se presenta con la destrucción, afectación, daño o lesión directa sobre el bien jurídico protegido; en tanto -- que -- el atentado o tentativa, se manifiesta por el alcance del comportamiento, pero que el mismo no llega a afectarlo de forma alguna.

Nuestra legislación penal por un lado sanciona a los delitos que -- son característicos de un resultado material, y no así a aquéllos que no logran la realización propuesta por el agente, es decir, a aquéllos que -- solamente alcanzan a integrar la violación jurídica formal de la norma. -- De esta manera nos proporciona en el catálogo de los delitos (código -- penal) una serie de comportamientos consistentes en la producción de un resultado material " hechos" (homicidio, violación, robo, fraude, aborto, lesiones, etc.) y a los cuales les aparea una sanción como consecuencia para quien los realice y que por supuesto logre la consumación de éstos. -- Es decir, nos reitera en el mismo precepto normativo, que es necesario -- que el comportamiento delictivo, no se haya quedado en un grado inmediato anterior a la consumación, o bien que recayendo el comportamiento sobre -- el objeto material o sobre el agente pasivo que habría de ser la víctima, -- los mismos carecerán de aquella calidad jurídica (vida, libertad, salud, propiedad, etc) requerida por la ley para que se lograra consumir el delito.

Con lo anterior, considero prudente mencionar, que no quize decir que solamente se ocupe de la sanción penal de esos comportamientos, sino que -- es a los que les toma mayor importancia por la mutación jurídica y material que éstos presentan.

Por otro lado también menciona a aquéllos comportamientos que no -- producen un resultado material, pero que son característicos por la realización del comportamiento prohibido y con el cual logran la mutación jurf

dica de la norma y no así la producción del resultado material. Así entre este tipode comportamientos nos señala : la portación de arma prohibida, las injurias, las amenazas, el allanamiento de morada, etc. Delitos conocidos como de simple conducta.

De está manera y de acuerdo a lo ya señalado, según sea el comportamiento que el agente desarrolle, la consumación en el delito habrá de presentarse en un delito de hecho o de conducta.

Por lo que respecta a aquella serie de comportamientos que no alcanzan la producción del resultado querido (consumación), porque este no haya sido posible o porque la conducta haya sido frustrada, y que son característicos porque nos manifiestan la intención de cometer un delito, éstos se clasifican por la doctrina en tres figuras delictivas y que son : " la tentativa, el delito putativo y el delito imposible. "

TENTATIVA

1.- Definición y clasificación.

En nuestro Código penal v. se sanciona la figura de la tentativa, - ya sea acabada o inacabada. Por eso y por considerarlo de importancia para el desarrollo del tema de estudio, considero conveniente hacer de manera general un breve estudio de ella, para que posteriormente pueda diferenciarse del delito imposible; ya que si bien es cierto en ambas figuras el resultado no se logra, también lo es que son figuras diferentes.

Como mencione anteriormente, puede ser que el delito no llegue a configurarse y ello por mediar una causa que impida su consumación. De aquí que nos encontremos ante la figura de la tentativa como primer fase

incompleta del delito.

Como estudioso del Derecho Penal, Castellanos Tena, Fernando nos da una definición propia de la tentativa, diciéndonos que es :

" Son los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. " (51)

La tentativa difiere de los actos preparatorios ya que en éstos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito. En la tentativa, hay un principio de ejecución y por tanto la penetración en el tipo.

La doctrina suele clasificarla en : tentativa acabada o delito frustrado y en tentativa inacabada o delito intentado. (52)

- Tentativa acabada o delito frustrado.

Se presenta cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito, ejecutando todos los actos encaminados directamente a ese fin, pero el resultado no es producido por causas ajenas a la voluntad de éste. Es decir, por la intervención de terceros ajenos al ilícito, cuya función deviene en la perturbación del acto delictivo.

- Tentativa inacabada o delito intentado.

Se presenta cuando se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero que por causas ajenas o extrañas, el sujeto omite alguno o varios de los actos, y por consecuencia el evento no surge, es lo que se dice, hay incompleta ejecución; y por otro lado, cuando el suje

(51) Op. Cit., pág. 287.

(52) Clasificación tomada de la obra de Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pág. 471.

to desiste espontáneamente de su ejecución. (arrepentimiento)

Edmundo Mezger al referirse a la distinción entre tentativa acabada e inacabada aclara que la misma no se refiere al resultado del acto, sino más bien al campo de la actividad desplegada.

II.- Elementos.

Ya sea que se trate de una u otra forma de tentativa, los elementos que la integran son :

- 1.- Un elemento moral o subjetivo, consistente en la intención dirigida a cometer un delito.
- 2.- Un elemento material u objetivo que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva.
- 3.- Un elemento no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto o bien por el propio arrepentimiento.

III.- Punibilidad.

Integrada la figura de la tentativa, los fundamentos que se siguen para sancionarla dentro de la legislación mexicana, son entre otros :

a) Por razón del peligro corrido.

Partiendo de la consideración de que aún cuando la tentativa no produce un daño real por no haberse consumado el delito, el evento pone en peligro la seguridad del bien.

b) Por la intención manifiesta, reveladora de una consecuencia ma-

lévola atentadora al derecho.

Encuentra su fundamento en la voluntad criminal exteriorizada, atendiendo preferentemente no al hecho mismo, sino a la intención traducida - al exterior por actos peligrosos.

c) Por la violación al mandato contenido en la norma principal.

La ley sanciona la tentativa teniendo como fundamento principal el principio de la efectiva violación de la norma penal, al ponerse en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar a la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. (53)

El artículo 12 del Código Penal vigente establece :

" Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. "

De lo anterior se desprende que sólo es punible la tentativa acabada ya que en relación a la inacabada, en dicho precepto se menciona :

" Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad. "

IV.- Delitos que pueden ser objeto de tentativa.

(53) Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 288.

- 1.- Delitos dolosos, materiales, complejos y de comisión por omisión.
- 2.- No puede presentarse en los delitos preterintencionales debido a que en éstos el dolo está ausente respecto del resultado; en los delitos de ejecución simple, pues la exteriorización de la idea consume al delito; en los delitos culposos, debido a que en la tentativa se requiere la representación de la conducta o el hecho y la voluntad en la ejecución de los actos; y finalmente, en los delitos de omisión simple, por surgir éstos en el momento en que se omite la conducta esperada, al darse la condición exigida en la ley para actuar, por tanto no hay un antes en que pueda empezarse a omitir la acción esperada. (54)

EL DELITO PUTATIVO

Sobre esta figura como forma de manifestación del delito no hay mucho que decir al respecto, ya que por opiniones generalizadas de los tratadistas éste es considerado como un delito imaginario, es decir, que solamente existe en la mente de quien lo realiza. Se presenta cuando un sujeto o agente realiza un determinado comportamiento que por él es considerado como delictivo, ya que por ignorancia o error, desconoce que el mismo comportamiento no es delito. Cuando el agente realiza el comportamiento considerado por el delictuoso, no se ha percatado de que esa conducta es legalmente permitida y que por lo tanto no suele ser antijurídica, ya que la legislación del país en donde la realiza, no lo prohíbe y si lo permite.

Sobre este tipo de comportamientos, que no están regulados jurídicamente en nuestro país, el tratadista Ignacio Villalobos, menciona :

(54) Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pág. 485.

" Sólo es delito putativo aquella conducta que el autor ejecuta -- creyendola delictuosa pero que no lo es por la falta absoluta a un tipo a que pudiera corresponder. " (55)

Como ejemplo de este tipo de delitos, tenemos entre otros : a quien creyendo defraudar al fisco pasa la frontera de un país, llevando mercancías que supone gravadas, pero que por su desconocimiento sobre la ley de ese país, las mismas son libres de gravamen, por lo que la importación es libre y permitida, con lo que no hay delito con el obrar de su conducta.--

EL DELITO IMPOSIBLE

Hecho el estudio general sobre la teoría del delito y sobre la tentativa y el delito putativo, como formas de manifestación del mismo, a -- continuación y en base a ellos, toca hacer referencia al delito imposible.

La conjunción delito imposible supone a primera vista la presencia - de un antagonismo, ya que comunmente al hablarse de un delito se hace referencia a su consumación (al resultado como consecuencia), y por ello si se le agrega el vocablo "imposible" se niega por tanto la existencia -- del delito. Sin embargo, el delito resulta imposible no porque no exista sino más bien, porque este fue imposible que se consumara. Por ello que - la imposibilidad en el delito sea caracterizada por la frustración del -- resultado querido, y no por la inexistencia del delito.

Al tratar de determinar la naturaleza de está figura delictiva, surgen la confusión en torno a su conceptualización ya que los estudiosos del derecho penal consideran en su mayoría, unos, que se trata de una tentati

va inidónea o tentativa de delito intentado, mientras que otros, siquien-
do la corriente analítica del delito le niegan tal carácter (por que hay
la ausencia de la tipicidad de la conducta). Situación última que revis-
te la problemática de su impunidad.

¿ Que representa en realidad aquél comportamiento que una vez pro-
yectado a la destrucción, lesión o daño de un tercero en su persona o en-
su patrimonio, no logra el resultado querido (consumación del delito),-
porque no existe en el sujeto pasivo del atentado cierta calidad jurídica
(vida, libertad, propiedad, salud, etc.) requerida por el delito que se
intento. ?

Antes de determinar la naturaleza de este tipo de comportamientos -
considero oportuno hacer mención a algunos ejemplos que por sí mismos nos
demuestran la imposibilidad de consumir el delito. Así tenemos,entre ----
otros :

Aplicar un abortivo a una mujer que no se encuentra en cinta, con -
la finalidad de hacerle perder el producto de la preñez; pretender robar
la cosa, que sin saberlo o que por equivocación resulto ser propia; sumi-
nistrar n tóxico sin poder fatal; pretender matar a quien minutos antes -
fue víctima de un paro cardiaco, etc.

Formas de conducta o comportamientos que al llegar hasta el último
grado del delito, no logran el resultado querido, por la ausencia de la -
calidad jurídica requerida en la ley, para que el delito se hubiera consu-
mado.

I.- Naturaleza jurídica.

El comportamiento o conducta llevado hasta entonces en esta serie de

ejemplos, ya sea uno u otro, demuestran la idoneidad de la misma para --- consumar el delito, ya que nos demuestran una delictuosidad real y perfecta que en otras circunstancias o condiciones hubieran logrado el propósito del autor. De esta manera, que revista el carácter de un delito en función de lo siguiente :

Desde un punto de vista objetivo, cualquiera de estas formas de comportamientos nos revelan una voluntad delictiva, proyectada a la producción de un resultado típico (se demuestra una relación entre la intención y la conducta) que hace que la materialización de esos actos llevados hasta entonces (por la proximidad e inmediatez sobre el sujeto pasivo del atentado) nos indiquen la producción de un delito real y perfecto por la naturaleza de los actos comisivos.

En función a ésto y en un segundo aspecto, porque para que una conducta sea considerada delictiva o delito, no es necesario que de la misma, se produzca un resultado material, sino que basta que esa conducta (haciendo caso omisivo al deber jurídico de abstenerse) se intente, instigue o ejecute, sin importar el resultado material; lo que contraría la -- normatividad del Estado creada para salvaguardar los derechos de los individuos. Y además por que si se toma en cuenta, la teoría del delito, formulada por Francesco Carrara, quien menciona " que el delito no es un hecho, sino un ente jurídico ", por la violación de la norma jurídica (la que prohíbe o manda hacer); se tendrá que el agente al contrariar la disposición normativa, conforma el delito. Y porque así mismo nos menciona, " que la noción jurídica de delito no es la ofensa al individuo, sino la ofensa a la ley. "

(56)

II.- Definición.

Hay delito imposible, cuando existe imposibilidad de lograr el fin criminal perseguido, por razón de las circunstancias del hecho, de los medios empleados o por faltar uno de los elementos del delito (la tipicidad) que impide que se lesionen o ponga en peligro el bien jurídicamente tutelado.

Una definición propia y que es más cercana a lo que debe de entenderse por tal, es la que nos dice que:

" Es aquella conducta que no realizara nunca el resultado típico en virtud de la inidoneidad de los medios empleados por el agente o por faltar el objeto contra el cual va dirigida. " (57)

III.- Antecedentes.

En los orígenes más remotos del derecho punitivo, en sus etapas de pena privada y pena pública, se observa el castigo con relación al resultado material ocasionado. Concepto que en el transcurso del tiempo se va modificando para ir adquiriendo mayor importancia al lado subjetivo del delito.

En la edad media Alemana no había un concepto de tentativa de delito pese a que en ocasiones eran castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal, aun sin haberse causado el resultado del delito querido. Son los Romanos quienes más tarde logran conformar la idea de la tentativa, reconociendo en ella la relación de lo intentado con el resultado no producido. (58)

(57) Definición hecha por Pavon Vasconcelos, Francisco. Op. Cit., pág. 483.

(58) Jiménez Huerta, Mariano." Derecho Penal Mexicano," T -I., México 1980 pág. 365.

En el derecho penal privado siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente el delito consumado; en tanto que en el derecho público, no se exigió siempre un resultado caracterizado por un daño. En los delitos de laesa majestatis, por ejemplo, era punible como delito consumado cualquier acto exteriorizador de la voluntad delictuosa, aún cuando se tratara de actos puramente ejecutivos.

Dentro de las primeras legislaciones que regulan y sancionan a la tentativa tenemos así :

Al Derecho Italiano de la Edad Media, en el que se establece por vez primera el concepto del connato (tentativa). El Derecho Logombardeo, que regula a la tentativa inidonea y al desistimiento espontáneo. El Código llamado de la Carolina (Constitutionis criminalis) dictado por Carlos V, al definir a la tentativa establece su esencia propia. La ley del 22 de Prarial, año IV, establecida en el Código Josefino de 1787, exige por vez primera sanción a la tentativa. (59)

Creada la figura de la tentativa, se presenta el problema de aquellos actos que no alcanzan a consumar al delito, y del cual o de los cuales hasta el momento no hay un criterio uniforme para determinar o no sanción. De los antecedentes más remotos que se tienen en relación a este tipo de comportamientos, son :

En Roma Neratio, Pomponio y Ulpiano sancionaron algunos actos discutiblemente delictivos y ello por haberse realizado con medios inidoneos. Un tribunal superior de Sajonia en 1851 condeno como responsable de tentativa de aborto, a una mujer que había tomado un abortivo, creyendo estar grávida, cuando en realidad no lo estaba. (60)

(59) Pavon Vasconcelos, Francisco. "La Tentativa." México, 1982. pág. 27.

(60) Diaz Romero, Juan. "Revista de Derecho Penal Contemporaneo." México, 1955. pág. 73.

En nuestra normatividad penal, la figura de la tentativa como del delito imposible han sufrido diversas variaciones, sin tener con respecto a este último, un carácter uniforme para determinar o no su punición. Así la legislación de 1871 lo regula por vez primera.

Legislación penal de 1871 o Código de Martínez de Castro.

Legislación de espíritu subjetivista que se caracterizo por sancionar actos que pudieran llamarse preparatorios, como por incluir lo punible en actos irrealizables, atendiendo a la peligrosidad del sujeto. En su exposición de motivos menciono que : " cuando se intentaba un delito - cuya comisión de resultado fuera imposible (absoluta o relativamente) - revelaba el reo una perversidad que causaba alarma y que no debía quedar sin castigo. "

Por delito intentado entendía a aquél que llegando hasta el último acto para consumar el delito, este no se realiza o verifica por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean.(En el castigo de estas tentativas de delitos imposibles se adelantaba a los Códigos de Italia, Suiza, Argentina, Perú y a la reforma o adición hecha al Español en 1944.). Separo como delito frustrado a aquél en que se llega hasta el último acto en que debía producirse el resultado o consumación, si esta no se verifica por causas ajenas o extrañas a la voluntad del agente.(61)

Así el Código de Martínez de Castro, distinguió cuatro grados de -- delito intencional :

- 1.- El conato.
- 2.- El delito intentado.

(61) Villalobos. Ignacio. Op. Cit., pág. 462.

3.- El delito frustrado.

4.- El delito consumado.

En su artículo 25 se refirió al delito imposible, al que denominó - delito intentado, manifestando que este se presenta cuando la consumación no se verifica por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son inadecuados los medios que se emplean.

En el capítulo III del título V relativo a la aplicación de las penas, sustitución, reducción y conmutación de ellas, así como a la ejecución de las sentencias, se refirió a la penalidad del delito intentado -- conforme a las siguientes reglas : Art. 23. (62)

- I.- Cuando intentándose contra personas o bienes determinados, se produzca en personas o bienes diversos, (figura que suponía la existencia del delito) en presencia del error, se impondrá la pena que corresponde al delito consumado;
- II.- Cuando la consumación se presenta como imposible sólo de presente, pero no en circunstancias o medios diversos, el agente será acreedor de un tercio a dos quintos de la pena del delito consumado;
- III.- En presencia de imposibilidad absoluta, la pena será de diez a mil pesos.

Legislación que no definió al delito imposible, pero que consagró - su punición, teniendo como razón para su castigo la perversidad revelada en el sujeto a través de los actos realizados y de la alarma social producida por éstos. En la fórmula establecida sobre el delito imposible quedó comprendida la hipótesis de idoneidad absoluta y relativa, referida a los medios empleados, así como al objeto.

(62) Malo Camacho, Gustavo. "Tentativa del delito" Porrúa, México, 1971, pág. 50.

Los Códigos penales de 1929 y 1931 tratan el problema de la tentativa, pero eluden la problemática que encierra la imposibilidad en el delito, es decir, la imposibilidad del objeto para la producción del resultado.

Dos anteproyectos de Código posteriores a la vigencia del actual, enfrentan la imposibilidad en el delito y lo regulan mencionando :

Anteproyecto de Código Penal de 1958 para el Distrito y Territorio Federal. Art. 13.

Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente. La tentativa será punible, cuando la resolución de cometer un delito se exteriorize por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debiera producir el resultado, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente.

Cuando por falta de idoneidad de los medios o por inexistencia del objeto jurídico o material, el delito es imposible será sancionado.

El artículo como está redactado no resulto favorecido como producto de la adopción de dos tendencias diversas en una misma disposición; y como consecuencia inmediata, elimino la utilidad que podría prestar el objetivo principal que previó a la tentativa del delito en el segundo párrafo transcrito, para supeditarlo ya no al doble criterio de tiempo y dirección tan fuertemente discutido y criticado por la doctrina.

Anteproyecto de Código Penal Tipo para los Estados Unidos Mexicanos de 1963. Art. 15.

La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorize por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

El artículo 16 del anteproyecto se refiere a los casos de desistimiento y arrepentimiento e informa en el dispositivo 17 su postura en torno al problema del delito imposible, en los siguientes términos : el delito es imposible por inidoneidad de los medios empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

La comisión que elaboró el proyecto, adopto el principio del inicio de ejecución fundado en el criterio de la bipartición clásica de los actos, como vía para delimitar al delito tentado; no obstante en el texto se agrego " o por todos los actos que debieran producir el resultado. "

Fórmula que se estima confusa, ya que en lugar de aclarar el difícil problema, le impone este complemento que a su vez origina necesidad de una nueva interpretación.

La comisión según se observa, adopto respecto de la configuración del delito imposible un texto similar al incluido en el segundo párrafo del artículo 49 del Código Penal Italiano de 1930 : "la punibilidad queda igualmente excluida cuando por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto, se hace imposible el resultado dañoso o peligroso."

En la elaboración de un Anteproyecto de Código Penal tipo para Latinoamérica en 1965, se menciona al respecto :

No es aplicable pena alguna cuando por ineficacia absoluta del medio empleado, o por absoluta impropiedad del objeto, era imposible que se consumara el delito (en la disposición que mejor corresponda conminará la ley la medida de seguridad al autor de la tentativa imposible que represente peligrosidad.)

Como se ve la figura del delito imposible muy poco a sido tomada en cuenta, por lo eso hasta el momento no hay un criterio uniforme para que sea objeto de represión. Puede notarse que en diversas legislaciones, sobre todo mexicanas, se ha intentado regularlo, pero ello sin éxito alguno debido a la aplicación de las corrientes que han seguido.

IV.- Diferencia con la tentativa y el delito putativo.

Suele confundirse al delito imposible con las figuras de la tentativa y del delito putativo, sin embargo, son figuras diferentes y que tienen características propias.

Primeramente no puede confundirse la tentativa con el delito imposible, ya que siendo las dos formas de manifestación de todo delito, difieren entre sí. Por cuanto se habla de tentativa acabada e inacabada, cuando en la primera el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito ejecutando todos los actos que debían producir el resultado, pero que el delito no será consumado por causas ajenas a la voluntad del agente o porque su conducta haya sido interrumpida por la intervención de un tercero; y en cuanto a la segunda, porque el sujeto no realizó todos los actos que por su parte se requieren para que el delito sea producido, o bien porque se desistió de su comportamiento. Características éstas, que si bien es cierto impiden la consumación del delito, difieren de la con-

sumación del delito imposible, por que en este, el delito no se consuma - porque intervenga un tercero que impida el propósito o porque el sujeto - no haya realizado todos los actos requeridos para lograr el fin perseguido o porque no haya querido la acción, sino más bien, porque los actos -- que lograrían tal propósito, una vez que han recaído en la esfera jurídica del sujeto que habría de ser la víctima, esté en ese momento ya no gozaba de aquella calidad jurídica indispensable requerida en la ley (vida, libertad, salud, propiedad, etc.) para que su derecho fuese afectado; o bien porque el objeto material que habitualmente se encontraba en ese lugar dejó de estar ahí.

Con lo anterior puede decirse que la diferencia fundamental entre - la tentativa y el delito imposible radique sobre la existencia e inexistencia del bien jurídico u objeto material sobre el cual recaería la conducta delictiva intentada por el agente, y así como también, por el peligro de afectación sobre dicho bien jurídico que se da en la tentativa, pero que no en el delito imposible porque en este segundo, ya no hay bien - jurídico que proteger.

Por lo que respecta a la diferenciación con respecto al delito putativo esta es necesaria, porque se piensa que quién realiza un delito imposible lleva a cabo un delito imaginario.

Quando se realiza un delito imposible no se trata de un delito putativo, ya que en el delito putativo el agente o autor realiza una conducta que en realidad no es delito en el país en que la lleva a cabo, ya que la misma no es señalada por la ley como tal, lo que trae consigo la falta de un tipo penal que la enmarque como delictiva; motivo por el cual ese -- comportamiento resulta ser lícito o penalmente indiferente. Como ejemplo podemos citar el delito de aborto que en nuestro país es sancionado; mientras que en Inglaterra o Estados Unidos, ese comportamiento no es delito.

Seguendo el ejemplo, digamos que una persona lo realiza en aquellos países ante la certeza de que es delito, pero sin tener en cuenta -- que en los mismos esa conducta es penalmente indiferente, motivo por lo -- que al realizarlo, lleva a cabo un delito imaginario, ya que solamente el cree que es delito, pero que no hay un tipo penal que lo sancione. Siguiendo el mismo ejemplo, quien realiza un delito imposible frente al aborto, -- en nuestro país (en el cual sí se encuentra penalmente tipificado y sancionado) al intentarlo o pretender realizarlo, tenemos que el agente sí intenta un delito regulado por el catálogo de los delitos; pero lo que ha ce no sea logrado es la falta o ausencia de la calidad jurídica requerida en la ley (embarazo). Por tal razón que el agente al intentarlo, aunque no logre realizarlo, realiza un comportamiento prescrito por la ley -- como delito, lo que nos da como consecuencia que difiera del delito putativo.

En el delito imposible sí hay una norma que prohíbe la realización -- de determinado comportamiento por ser lesivo y perjudicial a la sociedad, pero esa conducta por encontrarse frente a la ausencia de uno de los elementos (tipicidad), no lograra consumir el resultado querido, y por tanto el delito.

De lo anterior se desprenden las siguientes semejanzas y diferencias -- entre las figuras ya enunciadas.

- Con la Tentativa acabada e inacabada.

En ambas figuras existe la intención de cometer un delito y en ambas el resultado no se logra; pero mientras en la tentativa el resultado no se obtiene por la intervención de terceros, del sujeto pasivo o por el arrepentimiento; en el delito imposible, no se obtiene por defecto mismo

de la acción delictiva, de la inidóneidad o por la falta del objeto material y del bien jurídico.

La tentativa se presenta en los delitos dolosos o intencionales, - por existir la idea criminal, lo mismo que sucede en el delito imposible. La primera es característica porque hay la existencia de una conducta delictuosa que pone en peligro el bien jurídico; en cambio en el segundo, - lo que hay es una peligrosidad demostrada por el sujeto, que no pone en - peligro ningún bien.

- Con el Delito putativo.

Se le confunde con el delito imposible pero son figuras diferentes, porque la meta de quien realiza o ejecuta un delito imposible es un delito, y como tal tipificado en la ley; mientras que en delito putativo, el tipo no existe, sino sólo en la mente del autor. El autor del delito putativo alcanza efectivamente el resultado por el estimado como delictuoso (cuando en realidad es penalmente lícito o indiferente), en cambio el autor del delito imposible, no logra su propósito ya que si lo lograra -- consumaría el delito que intento. El delito putativo es un error de derecho, el imposible, es un error sobre las circunstancias del hecho.

El siguiente cuadro sinóptico generaliza las diferencias fundamentales entre las figuras ya enunciadas.

FORMAS DE
MANIFESTACION
DEL
DELITO.

A) Tentativa.

- Acabada.- Actividad completa. Interrupción en la proyección de la conducta por un tercero. Peligro de afectación en el bien jurídico.
- Inacabada.- Actividad incompleta por la falta de uno de los actos indispensables para lograr el resultado. Arrepentimiento. Puesta en peligro del bien jurídico.

B) Delito Putativo.

El comportamiento que se realiza no es delito, por faltar el tipo que lo prescriba. La conducta que se realiza o intenta es penalmente indiferente.
Consumación del delito.

C) Delito Imposible.

- El comportamiento que se intenta se haya prescrito por la ley como delito.
- Inexistencia del objeto material o ausencia del bien jurídico protegido.
- No consumación del delito.
- Inexistencia de peligro.

V.- Imposibilidad en el delito.

A primera vista se diría que por el significado de los vocablos : - " imposibilidad " y " delito ", el segundo determinado por su consumación, se negaría la existencia del delito; pero resulta que al hacerse alusión al delito imposible o a lo imposible en el delito, no se hace referencia a su inexistencia, sino más bien, a la imposibilidad de consumir cualquier conducta reputada como delito en el Código penal, lo que hace que este jurídicamente exista, aunque de hecho no se haya logrado consumir.

Ante esta situación la imposibilidad en el delito viene a darse : - por una deficiencia intrínseca de la acción físicamente considerada y que puede residir tanto en la actuación voluntaria como en el resultado material propuesto (inidoneidad de la acción); por la inidoneidad de los medios empleados y por la ausencia de la calidad jurídica requerida en el objeto material o el bien jurídico tutelado, lo que da lugar a la falta de adecuación sobre la figura legal establecida por la ley. (63)

Es decir, porque a pesar de haberse recorrido totalmente el inter - crimínis (camino del delito) no se produjo el resultado criminoso buscado, por la inidoneidad de los medios o porque el objeto no existe de mane real (inexistencia física) o de un modo jurídico (inexistencia jurídica).

La idoneidad o inidoneidad, se representa en el acto o medio que, según la experiencia puede ser considerado como adecuado o inadecuado para la producción del resultado. (64)

(63) Soler, Sebastian."Derecho Penal Argentino," T- II. Buenos Aires, - 1973. pág. 219.

(64) Raneiri, Silvio."Derecho Penal," T- II. Bogota 1975, pág. 53.

1.- Inidoneidad de la acción.

Es claro que en el desarrollo del delito imposible la acción debe ser idónea, en tal forma que de no ser por la inidoneidad de los medios - empleados, o por la inexistencia absoluta del objeto material, se hubiera producido un delito perfecto. La idoneidad de la acción en el delito imposible se pone de manifiesto en la dirección de la conducta y en la ejecución de todos los actos necesarios, desde un plano teórico, para la obtención del resultado. (65)

De esta manera la acción al no ser idónea, da por resultado la imposibilidad en el delito, presentándose la inidoneidad cuando el sujeto quiere algo, pero al pretender obtenerlo, realiza una acción distinta de la necesaria para lograr el propósito; existiendo por tanto una discrepancia entre la acción intentada y la intención, ya que la acción la manifiesta en actos que no corresponden al resultado.

Una conducta inidónea en determinado caso (por ejemplo, una dosis de azúcar), puede ser idónea en otro (capaz de poner en peligro la vida de un diabético); y un acto generalmente inidóneo o idóneo puede llegar a ser idóneo o inidóneo por el concurso de otros factores. Esto hace indispensable que el juicio acerca de la idoneidad se efectúe en cada caso y teniendo en cuenta no sólo la conducta realizada y el medio empleado, -- sino también el objeto contra el cual está dirigido y las circunstancias en que se manifiesta la conducta. (66)

2.- Inidoneidad de los medios.

Manzini, considera inidóneo un medio cuando estando univocamente --

(65) Romero Soto, Enrique. "Derecho Penal," Vol. II. Bogota, 1969. pág. 320.

(66) Raineri, Silvio. Op. Cit., pág. 54.

dirigido a un fin determinado, resulta que no sólo es imposible con él la obtención de la finalidad delictuosa, sino que el propio medio constituye un obstáculo natural a la actuación eficaz de la voluntad del autor, " de bido a la aberrante actividad del agente. " (67)

Ejemplo; pretender disparar un arma inservible o descargada.

Cuando lo inidóneo son los medios, el delito aparece como imposible, pero jurídicamente el delito existe, aunque resulte imposible de cometer en el caso concreto. (68)

El penalista Palacios Vargas, Ramon, en su obra de la tentativa, -- sobre la idoneidad de los medios, nos menciona : " es impropio hablar - de medio idóneo o idoneo, pues entendiéndose por tal lo utilizado por - el sujeto para alcanzar el propósito, la idoneidad de la acción aparecería relegada a la estimativa de tal instrumento, cuando ciertamente lo impor- tante es la acción que se sirve del mismo. El medio carece de substantivi dad, de valor, de eficiencia causal. Adquiere un signo jurídico por la in tención del sujeto y la acción que le sigue, en la que se emplea, incluso, la fuerza propia del hombre mismo." (69)

Sin embargo, ya sea que se trate de idoneidad como inidoneidad de - los medios, estos pueden dar lugar a la ausencia del tipo, cuando la figu ra selecciona un medio. (ejemplo, la ausencia de fuerza en la violación)

Independientemente de que se trate de la inidoneidad de la acción o de los medios, la misma se clasifica en :

a) Inidoneidad absoluta o general y relativa o parcial.

(67) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco, en su tratado de la Tenta tiva. pág. 130.

(68) Fontan Balestra, C." Tratado de Derecho Penal," T-II, Buenos Aires, 1955. pág. 404.

(69) Palacios Vargas, Ramon."La Tentativa". México, 1979, pág. 133.

Existe inidoneidad absoluta, cuando en ningún caso puede conducir - el acto al fin deseado; ejemplo, cuando se quiere cometer aborto con sustancia inocua, o el querer matar a una persona suministrándole azúcar.

Existe inidoneidad relativa, cuando el medio escogido es en general apropiado, pero en el caso específico se presenta como inadecuado a causa de circunstancias especiales; ejemplo dispararle a un hombre que se encuentra en un coche blindado.

Cuando la inidoneidad tiene la virtud de paralizar o hacer nula la eficacia de la acción, habra delito imposible y no tentativa, pero siempre y cuando no exista comienzo de ejecución o inidoneidad inicial; ejemplo, cuando los ladrones no pueden entrar a la casa porque el sirviente no dejo abierto como infielmente habfa prometido.

b) Inidoneidad subjetiva y objetiva.

Se toma subjetivamente cuando se aprecia conforme al pensamiento -- del autor en el momento del hecho; cuando según el agente con arreglo a - su opinión subjetiva, la acción es apropiada para realizar efectivamente la resolución criminal; ejemplo, creer que la azúcar es un medio eficaz - para causar la muerte.

Por el contrario, si el juicio de idoneidad se situa desde un plano objetivo, entonces la acción debe de apreciarse externamente, de acuerdo con la experiencia, determinando en concreto si es apropiada para realizar efectivamente el designio criminoso; siguiendo el ejemplo anterior, - habrá delito imposible por inidoneidad de la acción, sin importar la subjetiva creencia del autor.

c) Inidoneidad intrínseca y extrínseca.

Inidoneidad intrínseca, es la existencia en la acción misma, la inherente a ella. Inidoneidad extrínseca, es la derivada de causas preexistentes y extrañas a la acción. Ejemplo de la primera, quien trata de matar disparando una pistola defectuosa y sin balas; ejemplo de la segunda, --- quien trata de matar con arma de fuego en buen estado y cargada, a una -- persona que se encuentra fuera de distancia.

Manzini, Carvallo y Soler, mencionan que solamente la inidoneidad intrínseca produce el delito imposible. Y según la Corte, sólo la inidoneidad inherente al acto del culpable, hace imposible el hecho, no así la determina por causa ajena.

d) inidoneidad inicial y sucesiva.

La inidoneidad inicial o primordial, existe cuando impide el inicio de ejecución; por ejemplo, cuando se da sustancia inocua confundiendola con el veneno ya preparado.

Existe inidoneidad sucesiva, cuando hay actos idóneos iniciadores de la ejecución, pero posteriormente se convierten en inidóneos, impidiendo la consumación; por ejemplo, cuando un individuo prepara el veneno, se aproxima a la casa, penetra en ella y en el momento oportuno lo vacía en el guiso que se prepara en la cocina, pero la sustancia pierde su efecto-tóxico al mezclarse con la comida, de manera que la víctima no muere.

La inidoneidad inicial origina el delito imposible; en cambio la -- sucesiva, produce la tentativa punible. Son de este criterio, entre otros, Francesco Carrara, Palacios y Vannini.

Carrara dice, que sí los actos hubieran recaído desde un principio

en una sustancia inocente, el peligro nunca hubiera podido presentarse y habría de rechazarse la idea de tentativa punible, pero en el caso de inidoneidad sucesiva, es necesario distinguir dos series de actos : la primera es idónea, la segunda no; en la primera existió el peligro, no así en la segunda que anula al delito frustrado más no hace desaparecer la tentativa, la cual ya existía por los actos de la primera serie. La inidoneidad antecedente concluye, informa a todos los actos sucesivos, pero la inidoneidad subsiguiente no modifica los actos anteriores. (70)

Hasta aquí la referencia a la clasificación de la inidoneidad, tanto en la acción como en los medios.

Actualmente en el decir del penalista, Cortes Ibarra, M., el propósito del autor y la forma como se emplea el medio son indispensables para determinar la inidoneidad. La noción de inidoneidad es pues relativa, variable, adquiere consistencia y relieve de acuerdo con el propósito del autor, las circunstancias de hecho y las formas en que se emplea el medio. (71)

La adecuación de la idoneidad proviene de las circunstancias del ambiente y personales de la víctima o del objeto.

Para que exista delito imposible por causa de inidoneidad, esta debe de reaar en el hecho y no sólo en el medio; debe de juzgarse el hecho en concreto, habida cuenta de las circunstancias, y no juzgarse el medio en abstracto; debe juzgarse en forma objetiva y no subjetiva, y debe de ser inicial de tal manera que no presente ningún peligro, en ningún momento. (72)

(70) Díaz Romero, Juan. "Revista de Derecho Penal Contemporáneo" U.N.A.M. México, 1965. págs. 79 a 86.

(71) Op. Cit., pág. 416.

(72) Díaz Romero, Juan. Op. Cit., pág. 86.

3.- Inexistencia del objeto material y del bien jurídico.

Anteriormente se señaló que el objeto material es " el elemento constitutivo del delito que representa la entidad física principal, cosa, persona o condición de hecho, respecto de la cual se desarrolla la actividad criminosa del agente. "

Hay imposibilidad en el objeto, cuando este no existe o cuando existiendo está privado de una calidad esencial respecto a la realización del delito. (73)

Es ejemplo de delito imposible por falta de objeto material : meter la mano en el bolsillo ajeno, vacío, con ánimo de robo; apuñalar la cama ajena creyéndola ocupada por el enemigo, etc.

Por su parte la figura del bien jurídico resguarda al ente valorado (vida, libertad, propiedad, etc.) y cuando este no existe, será un delito imposible, por la inexistencia del bien jurídico.

Es ejemplo de inexistencia del bien jurídico: tratar de privar de la vida a un hombre cuando en realidad ya no la tiene.

Carrara haciendo mención a la inexistencia del sujeto pasivo, expreso : el delito, " es un ente jurídico ", y en esas condiciones los actos - externos realizados deben contemplarse igualmente en sus relaciones jurídicas. De este modo, la inidoneidad puede encontrar su origen en las relaciones entre el acto y el sujeto pasivo, de tal manera que dichas relaciones establezcan " un obstáculo legal " haciendo imposible, desde su inicio, la creación del delito. La inexistencia del sujeto pasivo contra el cual se dirige la acción, equivale a la inidoneidad. (74)

(73) Romero Soto, Enrique. Op. Cit., pág. 318.

(74) Citado en la obra de la Tentativa de Pavon Vasconcelos, Francisco pág. 128.

La falta del objeto puede presentarse :

a) Anterior o sucesivamente.

Para la existencia del delito imposible es necesario que la falta del objeto sea anterior al inicio de la acción, pues si esta sobreviene estando presente el objeto, será punible por tentativa, aún cuando luego falte el objeto.

b) Absoluta o relativa.

Es absoluta por la imposibilidad que el agente tenía de conseguir el propio fin delictuoso en cualquier hipótesis relativa al contexto de la acción por él determinada. Es relativa, por la imposibilidad que el agente tenía de alcanzar la propia finalidad delictuosa, en el momento en que suspendió por ciertos efectos o circunstancias independientes de su voluntad, la acción idóneamente emprendida, mientras que era posible que si no hubiera desistido, aquel objeto hubiera llegado a encontrarse bajo su acción; ejemplo de la primera, cuando se pretende robar un objeto que está ausente en la casa; ejemplo de la segunda, cuando se dispara contra una cama vacía, pretendiendo matar a quien en esos momentos se encontraba en el teatro.

Sólo la inexistencia absoluta, se dice, puede producir el delito im posible; la inexistencia relativa, produce la tentativa.

Vannini, nos menciona al respecto : " si el objeto no estaba desde antes del inicio de la acción, el delito será imposible, sin importar la cercanía o lejanía del objeto. "

Ya sea que el resultado deseado en el delito se vea frustrado, tanto por la inidoneidad de la acción, de los medios, así como por la inexistencia absoluta o relativa del bien jurídico o del objeto material sobre el cual recaiga la conducta, la actividad manifiesta tendrá como consecuencia, la inadecuación de la conducta al tipo (descripción de la conducta hecha por el legislador), produciéndose la atipicidad de la conducta.

La inidoneidad de la acción y de los medios, debe de encuadrarse para su estudio en un sólo momento, porque el sujeto al realizar la conducta elige los medios con los cuales habrá de llevar a cabo su cometido. De aquí que la inidoneidad de los medios tenga como consecuencia la inidoneidad de la acción. Puede suceder que los medios sean idóneos para la conducta que se quiere realizar, pero la conducta no sea la adecuada para la consecución del fin propuesto.

Por otra parte, que la inidoneidad de la acción o de los medios sea absoluta, relativa, sucesiva o como se le quiera clasificar, no implica que el dolo genérico del infractor sea delimitado por ello, es decir, que en base a ello se determine la no punición a lo realizado. No niego que se trata de un problema de atipicidad, por la ausencia del objeto material o del bien jurídico, sobre el cual debe de recaer la conducta; sin embargo la conducta fué realizada sobre la ignorancia de la ausencia de esa calidad requerida en el sujeto pasivo, y por ello, el sujeto deberá de responder de su comportamiento doloso y ser acreedor a una sanción.

En el siguiente cuadro sinóptico queda explicada de manera general las causas que imposibilitan la consumación en el delito.

- Inidoneidad

- Absoluta. - En ningún caso el acto conduce al fin deseado. Ej. Querer matar con azúcar.
- Relativa. - El medio es adecuado, pero la acción es diferente. Ej. Disparar con una pistola en buen estado a quien se encuentra en un coche blindado.
- Subjetiva. - El sujeto actúa ante la certeza de que su conducta es apropiada para lograr el resultado. Ej. Piensa que el azúcar es un medio eficaz para causar la muerte.
- Intrínseca. - La conducta y el medio son inadecuados por sí mismos para lograr el resultado. Ej. Usar una pistola defectuosa o que está sin cargar.
- Extrínseca. - Conducta y medios adecuados que no logran el resultado, por causas extrañas o preexistentes. Ej. Disparar a quien en ese momento se cambia de lugar.
- Inicial. - No hay inicio de ejecución con el comportamiento. Ej. Suministrar azúcar en vez de veneno.
- Sucesiva. - Inicio de ejecución, pero posteriormente el comportamiento pierde efectividad. Ej. Preparar el veneno, pero al mezclarlo pierde su efecto tóxico.

- Ausencia de la calidad jurídica (vida, libertad, propiedad, salud, etc.) requerida por la ley. Bien jurídico tutelado.
- Inexistencia del objeto material (cosa o persona) en el lugar en que se decide actuar.

- Acción.

Comportamiento no ideal para lograr el resultado.

- Medios.

Comportamiento adecuado pero que el instrumento que se utiliza, no es ideal para lograr el resultado.

Que la ausencia o falta sea anterior a la ejecución.

VI.- Los actos preparatorios y el comienzo de ejecución en el desarrollo del delito imposible.

Como se ha venido diciendo puede ser que la consumación en el delito se vea frustrada por la inidoneidad de la acción o de los medios, o bien por la ausencia del bien jurídico u objeto material sobre el cual habrá de recaer la conducta. Por ello, considero de importancia determinar en que grado se encuentra el delito; si la conducta realizada se queda en el grado de los actos preparatorios o bien forma parte del comienzo de ejecución.

Se sabe que en el desarrollo del delito " inter criminis ", se presentan dos momentos : la fase interna o subjetiva, misma que abarca tres periodos, la idea criminosa, la deliberación y la resolución de delinquir; y una segunda fase externa u objetiva que comprende, desde el instante en que el delito se hace manifiesto hasta la consumación (resultado material).

Entonces y de acuerdo a lo anterior, que quien realiza una conducta dolosa , cuyo resultado es frustrado (por lo ya expuesto), sobrepasa -- con su comportamiento a la fase interna o subjetiva del delito, para quedar en la fase externa del inter criminis.

- Los actos preparatorios.

Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Se caracterizan por ser de naturaleza inocentes en sí mismos, realizándose con fines lícitos o ilícitos. A los ojos de los demás no revelan el propósito de delinquir.

Palacios Vargas, nos da una definición propia de los mismos y nos dice :

" Los actos preparatorios son aquellos que caen solamente sobre el sujeto activo (primario o secundario) del delito que se prepara." (75)

Entiendase por sujeto activo a la persona que quiere el delito, --- mismo que manifiesta su deseo al querer o pretender violar la norma, pero que no realiza los actos encaminados al fin deseado, sino que solamente prepara los medios.

Por su parte Cuello Calón y Mezger, respectivamente nos mencionan : el primero. " en estos actos, no hay un principio de violación de la norma penal "; y agrega el segundo, " al no haber principio de violación en dichos actos, en consecuencia no hay ataque alguno al bien jurídico protegido, lo que deja consecuentemente inalterado el estado de paz del bien sobre el cual habrá de recaer la acción o comportamiento doloso. " (76)

De lo anterior, puede deducirse, entonces que los actos preparatorios como su nombre lo dice; son aquellos a través de los cuales, el sujeto -- una vez que ha ideado y resuelto delinquir, manifiesta su actividad a través de la búsqueda de los medios adecuados, elementos o circunstancias -- necesarias, para la ejecución del acto que habrá de consumir (delito) -- pero que él mismo, no se adentra aún en la esfera jurídica del sujeto al que habrá de lesionar en su derecho. Por lo que sólo recaen en la esfera jurídica del sujeto activo, ya que la realización o ejecución de los actos que lograrían afectar el derecho ajeno, aún no se realizan, por lo -- que no hay penetración en el tipo y mucho menos violación de la norma penal.

(75) Op. Cit., pág. 75.

(76) Citados por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 286 y por Jimenez Huerta, Mariano. Op. Cit., pág. 375.

Con los actos preparatorios se planea el delito tipificado en la -- ley como tal, pero aún no se penetra en el mismo, con lo que resulta que éstos sean de naturaleza impune, ya que quedan fuera del límite mínimo de la tentativa; la cual como se ha dicho, constituye el principio de ejecución de la conducta que integra la base típica de cada delito.

(77)

- Los actos ejecutivos.

En términos generales puede pensarse que la ejecución es la manifestación expresa de hecho de los actos tendientes a la producción del resultado (consumación) querido.

Von Liszt, menciona que acto de ejecución " viene a ser aquella manifestación de voluntad que en cada caso particular constituye la actividad que la ley declara punible, y que se expresa por los términos empleados para definir cada uno de los delitos. "

Por su parte Jiménez de Asúa, tratando de precisar más sobre ellos, nos menciona : " para que haya acto de ejecución, precisase que se realice el núcleo del tipo, o mejor dicho, se necesita que el agente desarrolle su conducta en la actividad expresada por el verbo principal de la definición. " Y como ejemplo nos señala ; se habla de robo cuando el sujeto está robando, es decir, cuando tiene en su poder la cosa ajena mueble.

(78)

Partiendo entonces de las definiciones dadas, los actos ejecutivos vienen a ser aquellos que recaen en la esfera jurídica del sujeto pasivo del delito, a quien habría de lesionarse. Y se caracterizan por la ejecución de los actos idóneos, encaminados a la producción del resultado (a la consumación del delito).

(77) Jiménez Huerta, Mariano. Op. Cit., pág. 366.

(78) Citado por Jiménez Huerta. Op. Cit., pág. 369.

Por consiguiente y de acuerdo a lo anterior, si los actos preparatorios son los que se determinan en la esfera jurídica del sujeto activo y que consisten en preparar, comprar los medios o determinar el tiempo y lugar en que habrá de realizarse el delito, pero que no realizan la conducta descrita por el legislador y ni siquiera la inician; y los actos ejecutivos, aquellos que se adentran en la esfera jurídica del sujeto pasivo, y que son característicos por la realización de los actos que habrán de lograr el propósito delictivo; entonces la conducta o comportamiento que ha sido llevado a cabo por el agente de un delito imposible (cuyo resultado no es posible) es de naturaleza ejecutiva, porque sus actos ya no se quedan en la esfera preparatoria, porque con los medios adecuados llevo hasta un momento antes (grado anterior a la consumación) en que habría de lesionar, dañar o destruir el derecho de un tercero. Es decir, -- porque con la serie de actos realizados hasta entonces, se adentro en el comportamiento que se tipifica como delito (aunque no logró consumarlo), razón por la que se encuentra en la segunda etapa del inter criminis.

No obstante lo anterior, la mayoría de los tratadistas piensan que el comportamiento de dicho delito es característico de actos preparatorios y no así de actos ejecutivos. Este es un criterio que considero erróneo, porque al hacerse tal afirmación se confunde la consumación del delito, con la penetración de los actos en el tipo.

Así al negarsele el carácter de ejecutivos a este tipo de comportamientos se les niega toda posibilidad de sanción. Por eso creo que el legislador del momento, debe de tomar en cuenta la idoneidad de los actos y el desarrollo de la actividad desplegada, ya que hasta antes de la consumación, hay una serie de actos malvadamente dirigidos a un fin nefasto, y por ello y en base a ello, comprender que dicha actividad sobrepasa la -- preparación del delito, para convertirse así en actos dirigidos de manera real y directa a la afectación del derecho de un tercero.

VII.- Elementos que intervienen en el delito imposible.

En atención y con referencia al estudio hecho con anterioridad, sobre los elementos, que conforme a la teoría clásica del delito son necesarios para la integración de un delito cualquiera (cap. II), es importante en base a ellos saber cuantos y cuales son los que se presentan en un delito cuya consumación resulta ser imposible.

Considero prudente antes de hacer referencia a ellos, dar dos ejemplos de delito imposible (por no señalar más) en donde encontramos presentes algunos de esos elementos, y conforme a los cuales este tipo de comportamientos podría ser objeto de deconsideración por parte del legislador para imponerles una sanción. He aquí los ejemplos más comunes :

- Pretender quitarle la vida a quien minutos antes de la acción que sobre él recayera, muere de un paro cardíaco.
- Suministrar una serie de abortivos a una mujer que se cree que se encuentra en estado de gravidez.

CONDUCTA.

En realidad en cualquiera de éstas formas de comportamiento, hay una conducta y no así un hecho, en función y en base de lo siguiente : -

En cualesquiera de éstos ejemplos, tenemos la presencia de una serie de actos dirigidos malévolamente a la producción de un fin predeterminado por el agente, mismos que son realizados consciente y voluntariamente, ya que el agente delictivo, pretende con ellos lesionar, dañar o destruir un bien o derecho tutelado por la ley penal.

Ahora bien, está acción o comportamiento, dadas las circunstancias, queda comprendida en la definición de la conducta (ya señalada en el capítulo respectivo) que nos da el legislador, quien nos menciona que se estará en presencia de una conducta " cuando hay un comportamiento voluntario, positivo o negativo (acción u omisión), encaminado a un propósito. "

De lo anterior puede desprenderse entonces, que el comportamiento de un delito imposible encuadre en una acción (consistente en iniciar la conducta prohibida), misma que por su materialización, nos demuestra la voluntad delictiva del agente encaminada a la consumación del delito querido. Por eso que en cualesquiera de los ejemplos (ya señalados), encontremos dos características importantes de la conducta, y que son, por un lado; el elemento interno o psíquico de la conducta (representado por la voluntad), " ya que el que actúa, siempre conscientemente impulsa su actuar o acción hacia el logro de algo "; y por otro lado, el elemento externo o material de la conducta, representado por la manifestación de la voluntad, a través de los movimientos corporales, caracterizados éstos, en la acción que se dirige a la destrucción o daño del bien tutelado, el cual es valorado por el agente como existente (ya que no conoce la realidad del mismo). Así entonces en el caso de los ejemplos, ya señalados, tenemos la presencia de ambas características que se representan, por un lado, en el deseo o propósito de matar o hacer abortar (ya que se demuestra la intención), y por el otro, en la manifestación de la voluntad caracterizada por la serie de movimientos corporales (lo que nos demuestra la resolución de lograr el fin perseguido, aunque de hecho no se logre el resultado) caracterizados éstos, por la ejecución de la acción que se dirige a la destrucción del bien tutelado, el cual es valorado como existente por el agente (ya que no conoce la realidad del mismo).

Esta situación que nos demuestra la resolución del agente para lograr el fin perseguido (consumación del delito), nos lleva a tomar en cuenta la teoría de la acción finalista de la conducta, en la que se establece que lo importante es la finalidad perseguida por el autor, y no así el resultado logrado.

Con éstas características queda integrada la conducta de un delito imposible, además de lo establecido por los jurispenalistas, quienes mencionan que esta se integra por :

- La manifestación de la voluntad y la actividad corporal.

Sin embargo, para que de la perfecta integración de éstos elementos es necesaria la presencia de otro y que es caracterizado por el nexo causal que habrá de unir la manifestación de la idea con el resultado producido.

El nexo causal debe darse entre la manifestación de la voluntad, y la actividad corporal para lograr el resultado. Es decir, la relación o inter-relación que se deriva de la violación de la norma prohibida (por iniciarse la conducta o acción) y el resultado producido.

Siguiendo el estudio de los ejemplos señalados, considero que sí hay un nexo causal en los mismos, pero que sin embargo no se alcanza la producción del resultado material lo que vendría a dejar en consideración la producción del resultado jurídico formal.

En la conducta como en el hecho, se ha establecido que el nexo causal se presente en relación con el resultado producido; sin embargo, la conducta se caracteriza por el resultado jurídico formal y no material, en tanto que el hecho es característico por la producción del resultado

material y jurídico.

Atendiendo entonces a esta situación se crea la incógnita sobre determinar ¿ si el comportamiento hasta entonces llevado por el agente de un delito imposible produce un resultado jurídico y material ?

En realidad el problema surge porque ese comportamiento no se encuentra determinado por la ley, y además, porque aunque de hecho la acción se ha ya topado con el sujeto pasivo del atentado, éste ya no tenía aquella calidad requerida y existencial, para que se hubiese de alguna manera puesto en peligro.

Sin embargo y con independencia de lo anterior considero que por el simple hecho de haberse iniciado el comportamiento y haberse adentrado en el tipo penal, ya por ese simple obrar, se produjo un resultado jurídico, y ello por no haberse hecho caso al precepto normativo (que prohíbe o ordena) el cual es ese caso determina abstenerse de realizar ese comportamiento. Por tanto considero que el comportamiento así manifestado será reputado como conducta, debido a que, para que esta sea configurada se requiere de un comportamiento positivo (acción) encaminado a un fin determinado, lo que determina que por haberse iniciado esa acción, se demuestra la mutación jurídica de la norma.

(Más adelante se hablara de la antijuridicidad de esos comportamientos.)

Por lo que respecta a la omisión, así como a la comisión por omisión, como elementos negativos de la conducta (no hacer), los delitos imposibles o cualquier forma de ellos que se presente, no pueden ser característicos de éstas formas de comportamiento por su naturaleza misma, dado que esas formas de obrar, se caracterizan por el propósito deliberado de destruir o dañar el bien tutelado, por su inactividad, lo que produce en el caso de la omisión simple la manifestación de una abstención que produ-

ce un resultado material, lo mismo que sucede con la comisión por omisión. Con ello que en los delitos imposibles o cualquier forma que de éstos se presente, no puedan ser característicos de una abstención (no hacer), ya que estas formas de comportamiento por su naturaleza misma, nos demuestran un propósito deliberado para destruir, dañar o lesionar un bien jurídico tutelado (aunque en la realidad y por desconocimiento del agente, ese bien jurídico no exista) lo que se traduce en un hacer. Y por lo que se refiere a la comisión por omisión, si su característica primordial consiste en un no hacer y que por dicha inactividad se produce un resultado material; entonces en el delito imposible no cabe tal actuación, ya que para que este se configure, se requiere simplemente la manifestación de la conducta (acción), y por ello que hablar de una conducta que no ha sido manifestada de manera real, sería imposible deducir que el sujeto deseo el resultado.

Finalmente y en consecuencia, la única forma de comprobar la conducta en el desarrollo del delito imposible es por la materialización de los actos ejecutados, mismos que revelan idoneidad en los medios para consumar el delito, y que manifiestan la voluntad e intención del sujeto.

De esta manera que quien realice un delito imposible, como en el caso de los ejemplos anteriores, encuadrará su comportamiento en la Conducta como primer elemento del delito y no así en el Hecho; ya que del mismo comportamiento se desprende la violación jurídica de la norma (por contrariar el precepto dispositivo), con independencia de que no se haya agotado la consumación en el delito, por lo que habrá un resultado de carácter jurídico- formal, y no material, como sucede respecto del hecho.

LA AUSENCIA DE CONDUCTA.

Por lo que se refiere a la ausencia de conducta como elemento negativo, al manifestarse la voluntad a través de la materialización de los actos, se hace manifiesta la intención de delinquir. Por lo tanto, si hay ausencia de voluntad en la realización del delito, la conducta no podrá ser reprimida.

Los casos de ausencia de conducta ya quedaron señalados en el capítulo correspondiente, mismos que podrán ser demostrados en cada caso respectivo y atendiendo a las circunstancias del acto.

TIPICIDAD.

Siguiendo el estudio de los ejemplos anteriores, ya sabemos que en los mismos hay una conducta, pero esa conducta resulta ser atípica por -- las razones siguientes.

La tipicidad se dijo anteriormente consiste en la adecuación de la conducta al tipo. El tipo, se dijo es la descripción que hace el legislador en la ley, de una determinada conducta. Descripción que contiene elementos objetivos o descriptivos, y que son aquellos que hacen referencia al comportamiento del agente a través de procesos, referencias y medios.

(79)

En atención a esto una conducta será típica, cuando queda perfectamente adecuada a la serie de esos elementos señalados en la ley, por el legislador en cualquier tipo penal; quedando de esta manera configurado el delito que se intento, es decir, que el delito intentado se haya consumado.

(79) Ya explicados en el capítulo II, págs. 38 a 40.

De aquí y dado los ejemplos (señalados en la conducta) que se encuentre que esos comportamientos no sean típicos, y ello, porque a la acción le falta la perfecta adecuación sobre el bien jurídico que se protege (vida, libertad, salud, etc.).

Así tenemos por ejemplo que : para configurar el delito de parricidio, es necesario que exista una relación de parentesco (ascendiente --- descendiente) entre quien realiza el delito y quien es la víctima; para configurar el delito de homicidio, se requiere no la relación de parentesco, pero si que el pasivo se encuentre con vida en el momento en que la conducta habrá de recaerle, o bien, que la muerte se produzca después de los 60 días de que se haya producido la lesión.

Sabiendo el legislador que hay conductas que no se adecuarán a determinados tipos en su totalidad o a cualquiera de ellos, por no haberse realizado totalmente el comportamiento, regula y sanciona a la figura de la tentativa (ya estudiada) en la que no hay una adecuación al tipo intentado; pero en la cual hay una intención volutiva del agente para la configuración del delito (mismo que no será logrado porque en la materialización y ejecución de los actos intervino un tercero que impidió el resultado, o porque, el sujeto se arrepintió de su comportamiento.). Pero se olvida por descuido o inobservancia, o porque no le dió la importancia debida, que hay también otras formas de comportamiento, que proyectan por la materialización de los actos, una intención preordenada del agente para consumir un delito (el cual desea), pero que por las circunstancias (ausencia del bien jurídico y falta de objeto material), no obstante el comportamiento doloso, el resultado no es logrado. Ante esto se olvida de regular y sancionar la figura del delito imposible, en la cual al igual que la tentativa existe una intención volutiva y dolosa para realizar un delito.

Así tenemos, como casos de carencia de adecuación que integran un --delito imposible y que no son regulados y sancionados, entre otros comportamientos además de los anteriores : el apoderamiento de una cosa que al creerse ajena, resulta ser propia; la acción del carterista habitual que al introducir la mano en el bolsillo ajeno, no encuentra la cartera; y la acción del ladrón que al pretender robar la casa, la encuentra vacía.

Como se ve, la atipicidad de esta serie de comportamientos se presenta sobre el elemento principal del tipo respectivo, lo que nos señala --constituye ausencia de peligro, en el momento en que la conducta perversa recayo en el sujeto pasivo del atentado.

a) ausencia del bien jurídico en el delito imposible.

Se ha mencionado y se sabe que la mayoría de los tipos penales protegen un bien jurídico (vida, libertad, propiedad, salud, etc.) el cual ya ha sido valorado por el Estado. De aquí que cuando alguien lo destruya, dañe, afecte o lesione, sea sancionado penalmente.

El bien jurídico u objeto material, viene a ser el elemento fundam--ental o valorativo que en cierta medida le da vida a un tipo penal res--pectivo, pero que , en el desarrollo de un delito imposible, éste no --puede ser valorado , porque no existe. Sin embargo, lo que debe de contar en éstas formas de comportamiento, es la peligrosidad que el sujeto demostro en el desarrollo de la conducta (es lo que le da vida al delito) o materialización de los actos lesivos, para lograr la destrucción del bien jurídicamente protegido.

De aquí que la ausencia o inexistencia del bien jurídico, sea el --problema fundamental en torno al cual gira el desarrollo del delito impo--

sible; porque cuando la conducta dolosa es proyectada (mediante una serie de actos materiales) a la consumación de un determinado delito que se encuentra tipificado, el agente pasivo del delito, ya no goza de aquella cierta calidad (vida, libertad, propiedad, etc.) para que el agente activo lograse efectivamente la consumación de su propósito.

Es por eso que ante esta circunstancia el legislador y el jurista penalista, niegan sanción a esos comportamientos. ¿ Pero puede ser posible que esa ausencia o inexistencia sea valorada, cuando el agente demuestra con su comportamiento un espíritu delictivo; y en base a ello no sea tomada tal actitud peligrosa, dejándolo sin sanción al agente, quien mediante la inobservancia de la ley quiso destruir aquel bien jurídico protegido.?

Tradicionalmente nuestros penalistas y nuestra legislación penal -- niegan totalmente sanción a este tipo de comportamientos en base a dos factores :

Primeramente, porque mencionan que se trata de una conducta atípica (ya que deja afuera a uno de los siete elementos del delito, la tipicidad) lo que le niega el carácter de delito a ese comportamiento (olvidándose que hay otras teorías que nos señalan que no es necesario que se de la integración de esos elementos en su totalidad, ya que basta la existencia de uno, dos, tres, cuatro o cinco elementos, para que se de un delito). Y en un segundo aspecto, porque hacen mención al principio universal " nullum crimen, sine typo ", (principio rector del derecho penal), mismo que señala que una conducta no es delito, sino está expresamente regulada por un tipo penal respectivo. (sobre el particular me referiré -- más adelante.)

Sin embargo y no obstante la presencia de éstos factores, considero

que esa conducta dolosa, independientemente de su atipicidad, basta por sí sola para que sea objeto de punibilidad, ya que la materialización de esos actos destructivos y perversos nos demuestran la capacidad y entendimiento del sujeto para infringir la ley, y desde luego para lograr la destrucción del ente propuesto, aunque de hecho ese bien no haya existido en el momento en que aquella conducta recayo en el sujeto pasivo del atentado.

b) El principio " nullum crimen, sine typo ", y la creación de un tipo penal de delito imposible.

Ya he mencionado que los estudiosos del derecho penal alegan, entre otras causas, el principio "nullum crimen, sine typo ", frente a un delito imposible, queriendo con ello desvirtuar la acción delictiva del agente, y no adentrarse un poco más en su estudio.

Es cierto que el ese principio fué creado, como una garantía de los individuos, para que no fuesen juzgados por un crimen o delito que no se encuentra señalado por la ley penal; pero sin embargo, creo que la intención del legislador, fué para protegerlos de las conductas que revistieran el grado de delitos putativos. Es por esto que considero, que aunque el principio enmarca la protección del agente, el mismo debe de ser tomado en cuenta en los delitos putativos y partir del mismo dar la creación de un tipo penal que enmarque al delito imposible, ya que en éstos, se da la presencia de una conducta perversa, la cual sí está dirigida a la realización de un delito que se encuentra tipificado por la ley.

Se sabe que la base primordial para crear un tipo penal, es que exista un bien jurídico que proteger (mismo que no existe en el delito imposible). Por eso creo que la base para la creación del tipo penal que

sancione y regule ese delito, es la prevención del comportamiento, ya que los mismos nos demuestran una actitud finalista y destructiva, que no puede ni debe dejar de ser objeto de prevención y observancia por parte de la ley, y así la creación del tipo además del carácter preventivo, tomaría en cuenta la conducta peligrosa que le agente demostro con la realización de sus actos.

De está manera la atipicidad de la conducta en este tipo de comportamientos, no sería justificada por la ausencia del bien jurídico, ni obstáculo para la creación de un tipo penal que prevea y sancione el desarrollo del delito imposible.

Por lo que respecta al error en que se encuentra el agente (por la creencia de que existe el bien jurídico) habré de referirme, por desprenderse de la misma, en la culpabilidad, como elemento del delito; ya que él mismo (error) recae sobre la existencia de la calidad jurídica y no de una calidad de hecho, esto es, el sujeto pasivo existe, lo que no existe es la disponibilidad del ente valorado. Circunstancia que debe de ser tomada en cuenta para la determinación de la sanción respectiva.

Finalmente, tenemos que lo característico de esos comportamientos, es la falta de adecuación a uno de los elementos del tipo, y no al tipo en general, pues realmente el tipo existe y la conducta al igual que la tentativa se inicia con la materialización y ejecución de los actos que habrían de lograr la consumación en el delito.

ANTI JURIDICIDAD.

Hasta aquí ya se ha determinado la existencia de una conducta atípica. Toca ahora tratar de determinar la antijuridicidad alrededor del delito imposible; para ello es necesario determinar cuando una conducta es antijurídica.

Hay quienes determinan que una conducta para que sea antijurídica, necesariamente debe de ser típica, pero sucede que no toda conducta típica es antijurídica, en esta segunda forma, cuando se presentan causas de justificación.

De aquí que a primera vista se piense que la conducta de los ejemplos anteriores, por no ser típica no sea antijurídica; pero surge la incógnita sobre pensar, ¿ si dicha conducta entonces está protegida por una causa de justificación ?

La valoración de la antijuridicidad de una conducta, en nuestra legislación se presenta por un lado; frente a la contradicción de la normatividad establecida para salvaguardar el orden público y la paz social de una comunidad; y por otro lado, frente a la efectiva violación del bien jurídico tutelado por nuestra normatividad penal, es decir, por la afectación, daño o disminución del ente valorado (lo que se traduce en la privación de la vida, el apoderamiento de la cosa ajena mueble, los efectos reales causados en la salud, etc.).

Por ello que el delito imposible se presente sobre la no efectiva violación del bien jurídico (consumación del delito), porque como lo he mencionado, al momento en que la conducta llega al fin propuesto, la misma se topa con la ausencia del objeto material o la falta del bien jurídico protegido (vida, salud, libertad, etc.) que habría de ser afectado,

motivo por el que se desvirtue la antijuridicidad a dicho delito, y que por ello siga siendo objeto de impunidad.

Sin embargo y no obstante lo anterior, la acción intentada hasta -- entonces se queda en un grado intermedio entre el inicio o comienzo de ejecución y el resultado o consumación del delito, lo que viene de nueva cuenta a determinar si dicha conducta carece de antijuridicidad o bien si alcanza un grado de ella.

Para poder determinar con exactitud, si la misma tiene o no un cierto grado de antijuridicidad, haré referencia a lo enunciado por dos grandes juristas y que son Javier Alva Muñoz y Eugenio Cuello Calón.

Tomando en cuenta el decir de Javier Alva Muñoz, quien nos dice : - " que el contenido último de la antijuridicidad que interesa al penalista, es lisa y llanamente, la contradicción objetiva de los valores estatales", entonces si para él actúa antijurídicamente, quien contradice un mandato del poder estatal; por lo mismo en la realización de la conducta del delito imposible (aunque en la misma no se logre el fin), por ese simple actuar se contraría la normatividad estatal, en la que se alude al deber -- jurídico de obrar o de abstenerse, de realizar ciertos comportamientos. Y esto es tal, porque derivándose de que las normas no enuncian lo que ha sucedido, sucede o sucederá, sino lo que deberá ser cumplido mediante preceptos, prohibitivos o permisivos, (hacer o no hacer), lo que tal vez - en la realidad no se realice o se observe; puesto que hay quien de observancia a la ley y la respeta, como quien la infrinje. Lo que sucede con -- quien realiza un delito de esa naturaleza.

Cabalmente la condición para que una norma sea tal, para que tenga sentido como norma, radica en: que aquello que se constituye como debiendo

ser, no tenga que acontecer forzosa e inevitablemente en el mundo de los hechos, es decir, en la producción forzosa de un delito de resultado material; por ello que quién actúa en contra de lo ordenado por la norma, manifiesta su rebeldía en contra de la ley, la cual fué dictada para salvaguardar el orden común.

Por otra parte, del estudio de la dualidad de la antijuridicidad --- creada por Cuello Calón, en la que determina su carácter formal y material; al decir, que reviste el carácter de formal por la rebeldía que se manifiesta en contra de las normas jurídicas establecidas; y su materialidad, por el daño o perjuicio social causado por esa rebeldía, tenemos --- entonces que en la conducta de ese delito, existe rebeldía, lo que determina su carácter formal y no material de antijuridicidad. (80)

Por otro lado independientemente, de su estudio de la dualidad de la antijuridicidad, menciona : " que la antijuridicidad de una conducta se desprende, no solamente de la existencia de los elementos señalados -- por el tipo de un delito cualquiera, sino también, por las intenciones o propósitos específicos del agente, cuando éste concurre a constituir un tipo de delito cualquiera. " (81)

Por lo anterior y en base a éstos principios, considero que el delito de estudio debe de ser tomado en cuenta por el legislador y ser regulado por el catálogo de los delitos, ya que al intentarse o proyectarse una conducta hacia un determinado propósito delictivo en particular, para lograr la afectación o destrucción del bien tutelado, se demuestra rebeldía o contradicción a la normatividad del Estado, dado que se elude el deber jurídico de abstenerse de realizar la conducta prohibida, misma que es atentadora y perjudicial a los derechos de terceros.

(80) Citado por Castellanos Tena, Fernando. Op. Cit., pág. 180.

(81) Citado por Cuello Calón, Eugenio. Op. Cit., pág. 346.

Para que quede más claro, considero oportuno, hacer mención al siguiente ejemplo :

El Estado para salvaguardar los intereses y las buenas relaciones de los gobernados, establece en su legislación penal, una serie de disposiciones que enmarcarán las buenas conductas de los individuos, estableciendo para ello preceptos, prohibitivos como permicivos, mismos que enuncian la prohibición de realizar determinados comportamientos (robar, matar, etc.) para que los individuos se encaminen por la vía de la armonía social. Pero a esos preceptos les adhiere una sanción penal, para que así tengan una mejor observancia y se evite su comisión.

Por eso y tomando en cuenta tal carácter que quien realiza ese tipo de comportamientos, aunque no lo logre en su totalidad, contradice el mandato o precepto, razón por la que está actuando en contra del deber -- jurídico de abstenerse de realizar lo prohibido, y por ello que su conducta, aunque de hecho no logre consumir el delito, contraría o viola la normatividad del Estado, creada para salvaguardar los derechos de sus ciudadanos. De aquí que quien realiza un delito imposible, aunque no logre con su conducta producir un resultado material, está por el simple hecho de manifestar su comportamiento de manera fehaciente, produciendo una antijuridicidad formal o jurídica, ya que su comportamiento hasta entonces-realizado (aunque no se encuentre señalado ni enmarcado por la ley) tiene como finalidad, la producción de un delito que sí se encuentra sancionado por la ley. Por eso que quien realiza ese comportamiento actúa anti-jurídicamente, y por lo cual debe de responder penalmente.

IMPUTABILIDAD.

La imputabilidad se dijo anteriormente radica en la facultad de entendimiento y compresión de una determinada conducta con relación a la ilicitud de la misma.

En el desarrollo de un delito imposible (siguiendo los ejemplos) - el sujeto demuestra su entendimiento con respecto de lo que hace, razón por la que debe de ser sujeto de responsabilidad.

Quien desea la realización de un delito e impulsa su intención y -- voluntad (actua consciente y voluntariamente) a través de la ejecución de una serie de actos y medios idóneos, encaminados a su producción (con sumación), y que no se encuentra perturbado de sus facultades mentales; demuestra su facultad de entendimiento (compresión de la ilicitud de su conducta), y por eso que él mismo, (aunque no logre la consumación del delito), debe responder penalmente por la ilicitud de su comportamiento. Aunque de hecho no haya logrado consumir el delito que se propuso.

Esto queda reafirmado por el principio señalado en la Escuela clásica, la que nos señala : " Que el hombre es responsable penalmente de lo que es moralmente, y lo es moralmente por gozar de esa facultad de entendimiento, sobre la cual habra de discernir, s realizar el bien o el mal, y s realiza lo prohibido por la ley, resulta ser imputable, ya que comprendió antes la ilicitud de su conducta. "

(82)

La imputabilidad del sujeto que realiza un delito imposible, debe de ser fehaciente, para que en base a ella, pueda determinarse la sancion.

Para desvirtuar la imputabilidad del sujeto (inimputabilidad) es

(82) Ver capítulo I, pág. 14.

necesario que se demuestre que a la hora de realizar o intentar el delito, el sujeto se encontraba en estado de incomprensión de su conducta, es decir, que no gozaba de facultad de entendimiento respecto de lo que hacía, dadas las circunstancias de salud mental del mismo (retraso mental, ----- extrema locura, trastorno mental como producto del alcohol, drogas o energías, mínima edad, etc.).

CULPABILIDAD.

Ya se mencionó anteriormente, que la culpabilidad se representa en " el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. "

Tomese en cuenta que esa definición, no se hace la determinación correspondiente, para saber si se trata, de un resultado material o jurídico, razón por la que el resultado del delito, puede recaer en ambos casos, o tan sólo en uno de ellos.

Partiendo entonces de esa definición, misma que no determina el resultado, quien realiza un delito de naturaleza imposible, logra un resultado formal y no así material; motivo por el cual es sujeto de culpabilidad.

Atendiendo a las formas de culpabilidad (ya enunciadas en el capítulo respectivo), el comportamiento realizado en el delito imposible, encaja en el dolo y no así en la culpa y preterintencionalidad.

Es característico del dolo, porque si se parte de la definición --- sobre el mismo, al decirse que " es el actuar consciente y voluntario di-

rígido a la producción de un resultado típico y antijurídico ", tendremos entonces (si se desglosa la definición y se encuadra en el delito imposible) que el sujeto consciente y voluntariamente, encamina su comportamiento a la producción de un resultado típico y antijurídico, aunque el resultado material querido no se haya logrado.

Ya que la doctrina nos señala diversos tipos de dolo (ya estudiados por el capítulo respectivo), considero prudente mencionar, que el dolo que es característico de este tipo de delito, es el genérico, ya que el autor del comportamiento, desea, manifiesta y lleva a cabo la ejecución de los actos idóneos que provocarían la destrucción, daño o lesión del derecho de un tercero (bien jurídico). El sujeto se representa penalmente el resultado y lo quiere, y por eso actúa ante la certeza que lo logrará.

En el caso de los ejemplos anteriormente señalados; el sujeto al manifestar su comportamiento, el que está dirigido a la consumación de un delito que se encuentra tipificado por la ley penal, nos demuestra su intención volitiva (dolo) y real para lograr su propósito (conoce de antemano la ilicitud de su comportamiento). Por ello es, que sin importarse el logro o no el resultado material, él debe de responder penalmente de su conducta ya que en la misma nos manifiesta culpabilidad (por el dolo de su conducta) y contrariedad a la normatividad penal, en la que se establece el deber jurídico de abstenerse de realizar ese comportamiento.

Así y dado que el delito imposible se caracteriza, por la intención genérica (dolo); considero que la culpa (como forma de culpabilidad) queda exenta de este tipo de delito, ya que la misma implica descuido o negligencia, falta de cuidado o de pericia necesario para no infringir la ley. Si se contraía la ley por falta de cuidado, no creo entonces que in-

tervenga el dolo directo, mismo que se representa en el delito imposible.

Por lo que respecta a la preterintencionalidad, como forma de culpabilidad, la misma también queda fuera de este tipo de delitos, porque en- está hay un resultado que va más allá del querido, mientras que en aquél- delito lo único que se desea es el resultado directo.

AUSENCIA DE CULPABILIDAD.

Suele decirse que la ausencia de culpabilidad se presenta frente a- la existencia del error, o bien de las eximentes putativas.

Partiendo de la base de que el sujeto (en el delito imposible) no tenía conocimiento de causa, sobre la existencia o inexistencia, del bien jurídico protegido sobre el cual recaería su conducta, suele decirse que- éste obro con error respecto del mismo.

El error no recae en la conducta, sino en el elemento típico. Con- siste en conocimiento o noción equivocada de una determinada calidad típi- ca (creer que la cosa es ajena o que existe, pensar que hay vida, salud, etc.). Se ignora la realidad sobre el ente o cosa determinada.

Las leyes suelen emplear la expresión error para denotar el descono- cimiento o conocimiento falso que recae sobre la norma jurídica (error - de derecho) y sobre las circunstancias del hecho tipificado (error de - hecho).

El error de derecho, ya se señaló anteriormente, consiste en la ig- norancia de la ley, o sea, recae sobre el equivocado concepto sobre la - significación de la ley. Se presenta en el caso del delito putativo, en -

donde se cree que una conducta es delito, sin serlo realmente.

El error de hecho, recae en cambio, en los elementos constitutivos del tipo penal; lo que se manifiesta en la creencia equivocada de la existencia del bien jurídico, en el delito imposible.

La imposibilidad en el delito recae en el error de hecho, o sea, -- cuando aquel no es consumado porque existe la creencia equivocada que el bien que habría de lesionarse existe, cuando en realidad ya no. Es decir, el sujeto se equivoca sobre uno de los elementos que componen el tipo. -- Así se dice que hay delito imposible, cuando no se consuma por presentarse el error de hecho o por darse la inidoneidad de la acción. Se señalan como ejemplos : el suministrar azúcar para matar (error acerca de la inidoneidad del medio); el apuñalar a un cadáver (error acerca de la calidad jurídica del bien protegido); el acceso carnal con una menor de 16 años (inidoneidad jurídica con respecto al sujeto pasivo con respecto al artículo legal correspondiente)

(83)

El artículo 15 fracción XI, del Código Penal vigente, nos menciona que " el error sobre uno de los elementos constitutivos del tipo (sobre la existencia del bien jurídico u objeto material), es excluyente de responsabilidad penal. "

Concepción que considero que es errónea, ya que aunque es bien cierto que el sujeto obro con error sobre la existencia de ese elemento, también lo es que su conducta, es manifiesta de peligrosidad y malicia, por lo que no puede pensarse siquiera, que el error sea justificante para no sancionar a quien intento (por la materialización de los actos) consumar un delito que se encuentra tipificado por la ley, quebrantando con --

ello la disposición normativa de abstenerse de realizarse comportamiento.

El error que se tiene sobre una determinada situación de hecho, --- bien podría ser tomado como atenuante en la penalidad que se habría de es tablecer con respecto al delito imposible; y no así como excluyente de -- responsabilidad penal. Y ello porque considero, que la intención del suje to convertida en la ejecución de su conducta (misma que revela un alto - grado de perversidad y malicia), no puede ser dejada impune por la sim- ple apreciación del error en que se encuentra el sujeto cuando realiza -- ese comportamiento; ya que de está manera el error pasa a ser una justifi cante, que no justifica la peligrosidad del agente y su intención o propó- sito delictivo.

Es necesario tomar en cuenta que el sujeto realiza (con error o no) una serie de actos rebosantes de peligro, cuya finalidad única es la des-- trucción o afectación de un bien jurídico tutelado. Motivo por el cual de- berá de responder de ese comportamiento.

Finalmente y para concluir el estudio del tercer capítulo, el sigui- ente cuadro sinóptico, nos señala los elementos que intervienen en la --- conducta de quien realiza un delito imposible; en el cual se excluye des-- de luego a la tipicidad (por la falta de adecuación sobre el bien jurfdi co), y a la antijuridicidad material, por la falta del resultado materi- al querido (consumación).

**DELITO
IMPOSIBLE**

- Conducta. (Comportamiento positivo.)

- Antijuridicidad. Formal y no material.
(Contradicción de la norma por la violación al deber jurídico de - abstenerse de realizar el comportamiento.)

- Imputabilidad. (Comprensión y entendimiento sobre la ilícitud del comportamiento.)

- Dolo (Forma de culpabilidad. Intención volitiva proyectada a la consumación de un delito.)

CAPITULO CUARTO

PROBLEMATICA SOBRE LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE.

En el capítulo anterior quedaron determinados los elementos que in-tegran un delito imposible, pero surge la incógnita sobre pensar si éstos son suficientes para que este tipo de comportamientos sea objeto de puni-bilidad. De aquí que sea de vital importancia presentar un tema en el ---cual se establezcan los fundamentos conforme a los cuales este deberá de-ser punible o no, y de ser así, en base a que o porque deberá determinar-se la pena.

Antes de entrar sobre el estudio de ese tema, es importante hacer ---la diferenciación entre la punibilidad y la pena, y ello, para que en el es-tudio referente no se les confunda y se hable de ellas, como si fueren ---sinónimos.

I.- Diferencia entre punibilidad y pena.

Punibilidad.- Por lo ya estudiado en el capítulo correspondiente, - sabemos que la punibilidad no es un elemento del delito, y sí una consecu-encia del mismo. Y está es definida : " como la amenaza de pena que el Es-tado asocia a la violación de los deberes consignados (deber jurídico de obrar y de abstenerse) en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social. "

Pena o sanción.- Deriva de la punibilidad, y viene a ser " el casti-go que se impone al infractor que ha violado la norma penal. "

Hecha la diferenciación respectiva, veamos ahora la problemática -- del delito imposible frente a la necesidad de que sea punible, es decir, la necesidad que se tiene de que se cree una norma que amenaze con pena a quien realice un delito de esta naturaleza.

Sabemos que en la historia de la humanidad el hombre a creado una serie de principios y disposiciones (Ley del Talión, figura de la Compo-sición, la Vindicta divina y pública, las leyes de Indias, el Fuero Real, el Ordenamiento de Alcalá y las Siete Partidas, entre otras.) a través -- de las cuales se han sancionado conductas perjudiciales y atentadoras a -- los derechos innatos de éste.

En nuestro país a partir de la creación de una normatividad Consti-tucional, al protegerse y recocerse los derechos del hombre (a la vida, libertad, propiedad, salud, etc) contra la posible afectación o destruc-ción, por la conducta perversa o malévola de un tercero, se dió la crea--ción de una disposición secundaria (Código Penal) conforme al cual ha--brían de sancionarse aquellas conductas (robar, matar, lesionar, violar, destruir, etc.) que afectaran esos derechos de manera real y atentadora.

Para la creación de esa normatividad u ordenamiento se tomo como base, para determinar lo que habría de ser considerado como delito, la pos-tura de la teoría clásica, en la que se establecía que un comportamiento para que fuese considerado como delito, será necesario que se conformara -- con una Conducta típica antijurídica imputable y culpable, ya que de lo -- contrario aquellos comportamientos que no se conformaran con estos elemen-tos, dejaban de alcanzar el grado del delito, quedando en consecuencia -- fuera del ordenamiento sancionador. Motivo por el cual actualmente el de-lito imposible queda fuera del marco jurídico de la ley.

Actualmente esa postura teorica del delito, ya no puede seguir siendo la base, para seguir encuadrando ciertos comportamientos como delictivos o no; ya que es importante, por las necesidades imperantes del momento y el alto indice de delincuencia, que se siga un criterio más elástico y reflexivo sobre los elementos que pueden integrar un delito cualquiera; puesto que si ya bien recordamos, para que una conducta o comportamiento sea delito, basta que ese mismo comportamiento se encuentre prohibido por la ley y que el mismo se intente, inicie o lleve a cabo (infringiendo el deber jurídico de abstenerse de realizarlo), aunque de hecho el mismo no haya logrado consumar el propósito; y por otro lado, porque para que un comportamiento sea delito no se requiere necesariamente que se den los elementos señalados por la doctrina clásica, ya que hay corrientes que señalan que un delito puede ser tal por la integración de dos, tres, cuatro o cinco elementos, puesto que basta que el comportamiento que se ha realizado, sea contrario a lo señalado por la ley. (la doctrina Alemana señala que basta que el comportamiento sea contrario a la ley, para que sea delito, de ellos que señale como único elemento del delito a la Conducta.)

Por lo anterior y dado que el delito imposible carece de tipicidad, por no darse la adecuación a uno de los elementos del tipo (sobre el bien jurídico u objeto material), que se le niegue el carácter de ser sancionable.

Pero ante esa negación han surgido tres corrientes que habrán de dejar afuera a la tipicidad de la conducta y otorgarle así el carácter de punible al delito imposible y ello con independencia de que se haya o no conformado el tipo respectivo que se inicio o intento.

II.- Punibilidad del delito imposible en las teorías Positivista, Subjetiva y Objetiva.

A) Corriente Positivista.

En esta corriente expuesta por Rafael Garófalo, se señala que la punibilidad del delito no deriva del elemento objetivo, sino más bien, de la peligrosidad demostrada por el sujeto, con independencia de la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados. (84)

Y le agrega Enrique Ferri que " el acto ejecutivo expresado con el fin de cometer un delito, es la expresión clara y terminante de una personalidad delinciente " y sólo en el caso de que la inidoneidad indicara -- una mínima potencia ofensiva, sería considerada como circunstancia de menor peligrosidad, pudiendo en ese caso llegar al perdón. (85)

Corriente que fundamenta la punibilidad del delito, en la temibilidad del agente revelada por sus hechos y actos exteriores.

B) Corriente Subjetiva.

Que menciona que para agregarle el carácter de punible a ese delito, es necesario tomar en consideración lo que el autor quiso hacer y concreto en un acto externo, cualquiera que fuera la naturaleza de éste.

Posición llevada a cabo por Maximiliano Von Buri, para quien es indiferente el empleo por el autor de ciertos medios idóneos o inidoneos, o que se haya realizado o dirigido la acción contra un objeto inidóneo o inexistente para materializar el querer; por lo que debe de sancionarse la voluntad delictiva.

(84) Citado por Sebastian Soler. Op. Cit., pág. 228.

(85) Citado por Pavon Vasconcelos, Francisco. Tratado de la Tentativa. Op. Cit., pág. 137.

Von Buri logro imponer ese principio en el Tribunal del Reich en -- Alemania, el que dicto varias sentencias en abierta contraposición con la mayoría de los autores alemanes. Se castigaron así como tentativas : el - homicidio sobre un cadáver; la tentativa de aborto sobre mujer no en cin-ta; la tentativa con medio inidóneos, etc. (86)

En crítica a Von Buri, Edmundo Mezger reiteraba que los motivos que éste tomaba en cuenta para desevocar en el subjetivismo se encontraba co-mo principal, el de que " en la tentativa la voluntad criminal es el fenó-meno contra el cual se dirige la ley penal, misma en la que no se encuen--tran los dos elementos propios de la consumación : intención y resultado; - sino solamente la voluntad criminal en toda su plenitud. " Y sí a pesar - de ello la ley punio a la tentativa, es porque quizo castigar precisamen-te ese único elemento; por ello dice, que aquél mencionaba que bastaba la voluntad criminal en cualquier acto o comportamiento, incluso inidóneo o sobre objeto inexistente, para que a dicho delito se le diera represión - penal.

C) Corriente Objetiva.

Corriente de carácter mixto. La llamo así porque la misma determina que para punir el delito tendría que apreciarse el hecho retratoyéndose - al momento de su manifestación, para que así el juzgador este en aptitud de poder descubrir la peligrosidad o probabilidad de la producción del -- resultado temido. Lo que supone juzgar la idoneidad de la acción, conside--rando en concreto la aptitud causal del sujeto para producir el resultado del delito (consumación), lo que lleva a considerar impune al delito -- imposible, ya que está constituido de una acción no causal de resultado - típico, o sea que no pone en peligro ningún bien, por lo que queda sólo - la pura intención manifiesta.

Para esta doctrina, la imputación de un hecho consta siempre de los elementos subjetivos y objetivos; y sin la concurrencia efectiva del segundo, no es posible que se hable de sanción.

Sin embargo y pese a los razonamientos ya expuestos esas doctrinas, primordialmente la positivista y la subjetiva, quienes determinan que --- como fundamento para agregar la punibilidad al delito imposible, habrá de tomarse en cuenta por un lado la peligrosidad del sujeto, y por el otro - la manifestación de su voluntad encaminada a la consumación del delito - que se intento; aún la mayoría de los países no ha logrado determinar con exactitud en base a que o porque sería punible ese delito, y por ello que hasta el momento no haya una política favorable para su punición. Este -- viene a ser el problema que presenta nuestro país, ya que además de negar la importancia de esos razonamientos, se apega a la falta de tipicidad -- del comportamiento (toma muy en cuenta la teoría clásica del delito), - para agregar la punibilidad a ciertos comportamientos delictivos, y por - ello que al delito en cuestión le niegue todo carácter de punible, ya que además aduce que se trata de un delito imaginario.

No obstante el carácter negatorio de punibilidad a ese delito, en - nuestro país se han hecho intentos por regularlo, pero sin éxito alguno - todavía.

III.- Legislaciones mexicanas que han intentado regular la figura del delito imposible.

Entre los intentos por regularlo encontramos : la legislación pe--na de 1871 ó el Código de Martínez de Castro, de influencia subietivista; el Anteproyecto de Código Penal para el Distrito y Territorio Federal de 1958, y el Anteproyecto de Código Penal Tipo para Latinoamérica de 1965.

En nuestra legislación actual (Código del 31) en el artículo 12, al construirse la noción de la tentativa sobre la base del comienzo de ejecución (connato) y del agotamiento del proceso ejecutivo (frustración), se excluye de ella a la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), por ser la negación completa de aquélla. Al mismo se establece que en la tentativa, la inconsumación del delito, impide la lesión o el daño querido por el agente, pero crea un peligro real y efectivo para el bien jurídico; mientras que en la imposibilidad en el delito no puede ni siquiera hablarse del peligro.

Así al no existir previsión legal concreta sobre la punición del delito imposible, este queda fuera de sanción de la tentativa, por no ser posible su comprensión dentro del marco jurídico de la misma.

No obstante estos razonamientos la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación respeta la punición del delito imposible y menciona :

" Aún cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron inidóneos, no podría por esa sola circunstancia extablecerse la inexistencia de la tentativa cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. "

En efecto dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito consumado , por causas ajenas de la voluntad del agente, que en el Código del 71 se designaban como connato, delito intentado al delito imposible, es decir, a aquel que en la consumación " fuera irrealizable porque fué imposible, o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon " El propio precepto no define a la tentativa pero señala en que casos es punible y nos dice : " cuando --

se ejecuten hechos incrimados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al agente." La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista tentativa punible basta que quede evidenciado con hechos materiales el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean o no idóneos para lograr el resultado o el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considera punible a la tentativa. "

(87)

IV.- Bases para considerar la punibilidad del delito.

Ya sabemos que no obstante los muchos intentos que se han hecho para legislar sobre el delito imposible y darle sanción, hasta el momento no se ha logrado acaecer de una política favorable para considerarlo como objeto de punibilidad; y ello porque como lo he mencionado anteriormente, no se considera como causa suficiente la peligrosidad del sujeto (revela da por la materialización de su comportamiento), en la que se hace manifiesta una voluntad criminal atentadora sobre los derechos de terceros.

Quisiera mencionar en primer lugar, que no puede aplicarse una sanción si antes esta no es contemplada por la ley en una disposición normativa. Por eso y para que el delito en estudio sea sancionable es indispensable que se prevea dicho actuar en la ley como objeto de sanción. Es necesario que se de la creación de una norma penal (tipo) que regule ese comportamiento como punible (con independencia de la atipicidad de la conducta), para que una vez que está exista, se sancione a quien manifiesta su voluntad criminal a través de una serie de actos malévolos y perversos y que son dirigidos a la destrucción, daño, lesión de un bien jurídico.

(87) Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXXV, Quinta Epoca, pág. 614. Citada por Corte Ibarra, M. en Op. Cit., pág. 420.

co tutelado y que es protegido por el Estado. Creada la punibilidad podrá aplicarse la pena.

¿ En base a que debe de crearse la punibilidad ?

Del estudio y análisis general del delito imposible hecho con anterioridad, considero que las características y causas sobre las cuales deberá de hacerse punible dicho comportamiento, mediante la creación de una norma secundaria que prevea dicho comportamiento, se encuentran :

1.- El comienzo de ejecución de la conducta que penetra en el tipo.

Porque según que se realice cualesquiera de las formas de comportamiento (ejemplos señalados con anterioridad), en el sujeto está presente una manifestación delictiva (expresada por la realización de ciertos actos idóneos, tendientes al logro del propósito criminal y que por su naturaleza y proyección dejan de ser meramente preparatorios, ya que trascienden la esfera del sujeto que habrá de cometer el delito, para recaer en la del que habrá de ser la víctima) que nos demuestra su capacidad -- de comprensión de lo que desea.

De aquí que no puede siquiera asemejarse, la conducta de quién se encuentra apuñalando a un cadáver, a la de quien apenas compra el arma y planea el momento en que habrá de realizar el homicidio; ya que con la -- conducta del primero, se penetra en la esfera jurídica de quien habría -- de ser la víctima; mientras que con la conducta del segundo, apenas se -- preparan los medios y el momento en que habrá de realizarse el delito.

2.- Por la proximidad e inmediatez a la consumación.

Porque efectivamente y no obstante la ausencia de la calidad jurídica requerida en la ley (vida, libertad, salud, propiedad, etc.) bien se podría en otras circunstancias y tiempo haber logrado la consumación del delito. Como ejemplo tenemos : en caso de suministrar un tóxico que debido a las circunstancias o características de la persona, no fuera mortal para él y sí para los demás. En este ejemplo porque se llegó hasta el último momento para lograr consumir el delito, pero que el resultado no se dió por la carencia de efectividad del medio empleado en la persona.

3.- Porque en la proyección de cualquiera de esos comportamientos está presente una conducta imputable y dolosa que reviste un -- un cierto grado de antijuridicidad.

4.- Porque si en la tentativa, la existencia de la idea criminal es tomada en consideración para darle sanción, en el delito imposible existe la misma.

5.- Sí la tentativa en la que no se consumo el resultado querido -- por la intervención de terceros, o por el arrepentimiento del agente, y aun es sancionada; en el delito imposible, la conducta recayo de manera efectiva en el sujeto que habría de afectarse, lo que hizo que no se lograra el propósito fue la ausencia de la calidad requerida en la ley en ese preciso momento, lo que no hace que ese comportamiento hasta entonces realizado sea menos perjudicial que la tentativa. Por ello deben de tomarse en cuenta las medidas necesarias para sancionar a quienes lo intenten.

Además de ello porque el igual que en la tentativa, la norma principal existe, es decir, existe ese comportamiento señalado por la ley como delito (existencia de la figura delictiva en el catálogo de los delitos : robar, matar, lesionar, etc.), lo que no existe, es la norma accesoria -

que prevea la aplicación de una pena para quien intente llevar a cabo un delito de esa naturaleza (delito imposible) y no logre el resultado --- querido.

6.- Porque aunque es bien cierto que la conducta aquí realizada no logra el fin propuesto, es importante tomar en cuenta, que la misma es realizada a través de una serie de actos rebosantes de peligro y malicia, -- que en otras circunstancias bien pudieron haber logrado destruir ese derecho.

7.- Porque si la finalidad de las normas jurídicas, es para prohibir o permitir (mediante preceptos permisivos o prohibitivos) la realización de ciertos comportamientos; entonces quien se encuentra en el supuesto del delito imposible, no toma en cuenta esa disposición y por ello -- al violar con su comportamiento esa normatividad, manifiesta su contrariedad al conjunto de normas penales, razón por la que debe de ser sancionado. Ya que esas normas fueron creadas para salvaguardar la paz y el orden de la comunidad.

8.- Finalmente, porque es importante que el legislador tome en cuenta las características generales de los elementos valorativos y normativos (Ver pág.40 del segundo capítulo) del tipo, ya que de los mismos se desprende : que la finalidad de las normas jurídicas es para regular ciertos comportamientos que son atentadores a los bienes o derechos del ser humano.

En atención a estas causas podría crearse la punibilidad del delito imposible, y la ausencia del bien jurídico o la falta del objeto material en el momento en que tenía que consumarse el delito, no sería obstáculo -- para dejar fuera del marco jurídico de la ley, verdaderas conductas rebo-

santes de perversidad y malicia, que hasta hoy día, nos son permitidas y justificadas.

V.- Fundamentos para determinar la sanción del delito imposible.

La pena deriva de la punibilidad, ya se dijo en paginas anteriores, y por ello que no pueda ser sancionable, lo que no ha sido regulado jurídicamente.

Según lo establecido por nuestra Carta Máxima Constitucional en su artículo 14 párrafo III, mismo que a la letra dice :

" En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata."

Ante tal precepto, al no existir un tipo penal que regule al delito imposible, o sea, que amenace con pena a quien realice este supuesto, el mismo no puede ser objeto de sanción. De aquí la importancia de este principio; ya que si se sancionan esos comportamientos (delito imposible) - que aún no son regulados, sea violado ese precepto constitucional; mismo que fue creado como una garantía de los individuos, para que no fuesen juzgados por delitos que no están encajados en la ley penal.

Ahora bien, suponiendo que sea creado el tipo penal que amenace con pena a quien realice un delito imposible, ¿ cuales serían entonces los fundamentos para sancionarlo ?

Independientemente de las bases que he señalado para la creación de su punibilidad, considero que esos serán :

1.- Por la presencia de una conducta antijurídica y dolosa, misma - que va en contra de las buenas relaciones del gobernado y que resulta judicial a los mismos.

2.- Porque el mal de la pena, en el decir del tratadista Von Liszt, " es justificable cuando el agente activo de la infracción ha manifestado su intención hostil por un acto preciso y bien delimitado ". Lo que suce-
(88)

3.- Porque siguiendo el principio de que " no hay pena sin culpabi-
lidad ", mismo que nos indica, que para que alguien pueda ser castigado - con pena, es necesario que la ejecución del hecho injusto, le sea perso--
nalmente reprochado. De lo que se desprende que si la culpabilidad es re-
prochabilidad, entonces el dolo presente en el actuar del activo será re-
prochable, y por ello y en consecuencia sancionable, ya que el mismo suje-
to nos demuestra en el comportamiento prohibido una decisión consciente y
determinada para cometer un hecho (delito) con arreglo a su capacidad,-
y del cual él mismo conocía y suponía el riezgo de un posible castigo --
por su obrar doloso.

4.- Y finalmente, porque el castigo del delito imposible menciona -
el penalista Ricardo Muñoz, no se funda, como sucede respecto de la tenta-
tiva, o sea, en el peligro que los actos ejecutados crean para el bien ju-
rídico tutelado por la ley; porque siendo indóneos esos actos, la posibi-
lidad del peligro queda descartada. La peligrosidad del autor revelada --
por su hecho, es por consiguiente el fundamento de la aplicación de la --
pena o de la medida de la pena. (89)

(88) Citado por Marquez Piñero, Rafael. " El Tipo Penal." U.N.A.M. pág. 118.

(89) Nuñez C. Ricardo. "Manual de Derecho Penal." Cordoba Buenos - Aires,
pág. 280.

Ahora bien y con relación a lo anterior, suponiendo que sea creado el tipo penal que determine pena para quien realiza un delito imposible - con independencia de la sanción que se determine, considero oportuno hacer referencia a algunas circunstancias o causas que podrían agravar o atenuar la pena.

VI.- Agravantes y atenuantes de la penalidad.

1.- La perversidad del sujeto.- Caracterizada por las circunstancias del medio social en que se desenvuelve el sujeto, así como, por el grado de maldad revelado al ejecutar o llevar a cabo el propósito delictivo. Art. 52 fracción III del Código Penal v. y Art. 296 Bis. del Código de Procedimientos Penales.

2.- El motivo o motivación como causa inmediata de la conducta.

En atención a las motivaciones de carácter volutivo que dieron origen para la causación de ese comportamiento. Art. 52 fracción II. C.P.v.-

3.- La designación de los medios para llevar a cabo el delito.

Hay delitos que se califican porque el medio empleado para consumar lo pone de manifiesto la perversidad del sujeto. Puede ser que el sujeto para la ejecución del delito (conducta del delito imposible) utilice -- (en el ejemplo de quien desea privar de la vida a una persona) un simple revolver y dispare al objetivo; pero también puede suceder que el individuo para el mismo fin, haga uso de explosivos, los cuales revelarán el mayor grado de peligrosidad del sujeto para delinquir.

Con lo anterior queda demostrado que quién realiza la comisión de un delito cualquiera o indeterminado, puede valerse de medios simples, --

así como de medios peligrosos (que no nada más ponen en peligro la vida del sujeto, sino también de quienes se encuentran a su alrededor.).

Por esta razón en el desarrollo de un delito imposible, con independencia de que se produzca o no el resultado querido por el sujeto, es necesario que se tome en cuenta en la ejecución de aquellos actos que habrían de producir el resultado, los medios que se emplearon para ello.

Art. 52 frac. I, del Código Penal v.

4.- El propósito preordenado.

Este tiene referencia directa con el dolo del agente en la comisión o desarrollo del delito (en su propósito). Existe cuando se premedita la acción, o sea, cuando se ideó, resolvió y se decidió cual sería el momento oportuno para la comisión del delito ; así como por la determinación de los medios, con los cuales se llevaría a cabo el propósito delictivo, sabiéndose de antemano la responsabilidad derivada en caso de que se lograra el propósito. Cuando el designio de delinquir fué concebido anteriormente y friamente ejecutado. (90)

Tomando en cuenta estas causas o circunstancias, así como la peligrosidad del sujeto (revelada por la serie de actos que lograrían consumar el delito), podrá hacerse la determinación adecuada de la pena a que habrá de ser acreedor quien realice este tipo de comportamientos.

Es necesario que se tome en cuenta, hoy día en nuestro país, la problemática que presenta el delito imposible, y en base a las anteriores causas o factores, el legislador del momento pueda adoptar una política favorable para su regulación en el catálogo de los delitos, dejándo así atrás la tradicionalidad en la consideración del delito (teoría clásica del delito), para que no se siga considerando como justificante la ausencia de tipicidad, y queden fuera del marco jurídico de la ley esta serie

(90) Consideraciones tomadas de la obra " los homicidios calificados ", de López Bolado, Jorge. Argentina, 1975, págs. 173 a 229.

de comportamientos que revisten el grado de delito, pero que no son considerados como tales, en virtud de que no se logra la consumación del mismo.

Por último y antes de concluir, considero oportuno hacer referencia a algunos de los países que ya se abocaron por sancionar al delito de estudio; así como a aquellos que aún no le dan la importancia debida al problema que nos presentan en nuestro diario vivir.

VII.- Su punibilidad en el Derecho Comparado.

Entre las legislaciones que lo han regulado, y que lo sancionan actualmente encontramos, entre otras :

1.- Argentina.

El párrafo IV del artículo 44 del Código Penal, menciona :

" Si el delito fuera imposible, la pena se disminuirá en la mitad, y se podrá reducirse al mínimo legal o eximirse de ella, según el grado de peligrosidad revelado por el delincuente. " (91)

Código de tendencia positivista debido a que establece la pena en razón de la peligrosidad revelada por el delincuente, con absoluta independencia de la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados. Si bien funda la sanción en la peligrosidad, requiere que se trate del intento de cometer un delito imposible. (92)

2.- Italia.

El artículo 49, inciso 2º menciona :

(91) Creus, Carlos. "Tratado de Derecho Penal" Buenos - Aires, 1988, pág. 366.

(92) Fontan Balestra. Op. Cit., pag. 411.

" Se excluye la punibilidad, cuando por inidoneidad de la acción o por inexistencia del objeto, sea posible el resultado dañoso o peligroso. Pero establece la aplicación de ciertas medidas de seguridad para los sujetos que se estimen socialmente peligrosos, y según el acto que hayan realizado. " (93)

3.- Colombia.

En el artículo 49 último párrafo, y 229 del Código Penal, menciona:

" Si se produce el delito imposible el juez tiene la facultad de -- ordenar que el imputado absuelto sea sometido a una medida de seguridad, y esto porque el sujeto puede demostrar su peligrosidad-social." (94)

4.- España. Ley de Vagos y maleantes del 4 de Agosto de 1933.

En el artículo 9º, cuarto párrafo menciona :

" Los hechos que no constituyen delitos por inidoneidad del medio o inexistencia del objeto, podrán ser así mismo, susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso del sujeto y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad, aunque en razón de ellos, fuese dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria. "

Se establecen a través de esa ley, medidas de seguridad para el estado peligroso sin delito. (95)

(93) Citado por Pavon Vasconcelos. Op. Cit., pág. 138.

(94) Citado por Antolisei, Francisco. "Manual de Derecho Penal". Bogota, 1988. pág. 354.

(95) Citado por Diaz Romero, Juan. Op. Cit., pág. 99.

5.- Uruguay.

En su artículo 5º del Código Penal, se faculta al juez para adoptar medidas de seguridad conforme al estado peligroso del agente, bien se trate de actos inadecuados o de absoluta imposibilidad del fin.

6.- Cuba.

El Código de defensa social Cubano en su artículo 26, inciso E, dispone :

" Cuando el agente realiza actos o emplea medios absolutamente inadecuados para producir el delito, el tribunal podrá declarar al agente en estado de peligro y adoptar medidas de seguridad."

(96)

7.- Inglaterra.

Se castiga la tentativa de aborto sobre una mujer no encinta, pero el hecho debe de ser cometido por un tercero.

8.- Alemania.

No reglamenta la problemática del delito imposible, pero queda a cargo de los jueces y de la ciencia, una recta interpretación.

Jurisprudencia. El tribunal del Imperio en su sentencia del 24 de Mayo de 1980, presto su conformidad con la teoría subjetiva, según la cual será punible " la tentativa en la que se han empleado medios absolutamente idóneos. " Se exige unicamente que la acción se haya iniciado en la creen

cia de que se condujera al fin deseado. Igual en el caso de falso juramento, aborto procurado y víctima ya muerta. "

Si se considera el hecho punible intentado en la oposición al consumado, el criterio que resulta decisivo es solamente por la intención del agente que se dedica a la ejecución de su propósito, mientras que carece de importancia investigar en la capacidad objetiva del sujeto pasivo del hecho punible, si la consumación era imposible.

Esa Jurisprudencia del Tribunal Supremo, fué criticada por la mayoría de los tratadistas alemanes, y que no fué seguida sino por Wortenberg y Sajona. En menos escala Prusia, Baviera y Austria, únicamente castigaban en caso de inidoneidad relativa. (97)

Dentro de las legislaciones en que no se sanciona al delito imposible por las siguientes razones se encuentran : Ecuador, México, Bélgica, Venezuela, Francia, Unión Soviética y Portugal.

- a) Porque la tentativa imposible supone sancionar penalmente una conducta atípica (por la ausencia o falta de calificación del objeto material o del bien jurídico, o por la inidoneidad de la conducta), lo que es contrario al apotegma universal, de que no hay delito, ni sanción penal, sin tipicidad.
- b) Porque el fundamento de la pena de la tentativa imposible, no puede ser otro que el de la peligrosidad del autor, y ya se indicó, que sobre tal base, no puede asentarse la responsabilidad penal, misma que exige un comportamiento típico, antijurídico y culpable.

(97) Citado por la Enciclopedia Jurídica Omeba, T - VI. pág. 315.

c) Y, porque si bien es cierto que el Estado no debe de permanecer impaciente ante la conducta de quien actúa dentro del marco de esa figura, en cuanto ella evidencia mecanismos psicológicos de desadaptación; las medidas de seguridad que se han de tomar no han de ser de naturaleza punitiva, ya que no se ha delinquido, sino más bien de índole médico-psicopedagógicas, y ellas no son propias de un código penal. (98)

Con la mención de algunos de los países que regulan la figura del delito imposible, doy por terminada la exposición del presente tema de tesis, esperando que en base al estudio generalizado de esta figura pueda el legislador adoptar una política favorable y crear el tipo penal respectivo que lo haga punible.

No niego que quien realice aquella serie de comportamientos (tratar de privar de la vida a un muerto, pretender hacer abortar a una mujer que no se encuentra en cinta; suministrar un tóxico sin poder fatal; pretender robar la casa que se encuentra vacía, etc.) no afecto ni puzo en peligro ningún bien o derecho tutelado por el tipo penal respectivo, porque cuando la conducta penetra en la esfera jurídica de la supuesta víctima, la misma ya no goza de aquella relación de disponibilidad con el ente valorado (vida, libertad, salud, propiedad, etc.) protegido por el tipo penal que se intento consumir; lo que hace que el resultado perseguido -- por el agente no sea logrado, teniendo como consecuencia la atipicidad de la conducta. Sin embargo, es importante que se tome en cuenta, que aunque es bien cierto no hay tipicidad en esa conducta, también lo es que ese comportamiento, con la independencia de la existencia o inexistencia del bien jurídico, fué manifestado con una serie de actos perversos y peligrosos, lo que indican el interés preordenado del agente para consumir aquel delito que se encuentra enmarcado por la ley y del cual es conocedor, lo-

(98) Comentario hecho por Estrada Velez, Federico." Tratado de Derecho Penal." Ed. Themis. Bogota- Colombia, 1986. pág. 136.

que hace que su conducta revista el grado de un delito real y perfecto -- por su delictuosidad. Por eso y en atención al presente estudio sobre el delito imposible es que considero, que la tipicidad de la conducta, no -- debe de considerarse como justificante para dejar fuera del marco jurí-- dico de la ley a quienes resuelven realizar un delito; y en cambio, que-- a partir de ese comportamiento (peligroso) se tome un poco más de aten-- ción por parte del legislador sobre la problemática que lleva consigo --- este tipo de comportamientos, para que en un futuro sea creada su punibi-- lidad dejándo atrás su impunidad.

CONCLUSIONES

Primera.- Las formas de comportamiento enunciadas al principio de la presente tesis, entre las que encontramos : el tratar de privar de la vida a un muerto; suministrar un abortivo a una mujer que no esta en cinta; substraer la cosa que creyendo que es ajena resulta ser propia; y entrar o pretender robar la casa que se encuentra vacía, etc, revisten el grado de un delito real y perfecto en función de lo siguiente :

Primeramente, porque la serie de actos materializados hasta antes de que recayeran en el sujeto u objeto que habría de ser destruido o afectado, son característicos de una conducta imputable y dolosa de la que se desprende una antijuridicidad formal (por hacer caso omisivo al deber -- jurídico de abstenerse de realizar esa conducta que se encuentra típificada por la ley). Y en un segundo aspecto, porque como lo menciona Francesco Carrara, para que el delito exista " basta la existencia de un sujeto moralmente imputable, que el comportamiento realizado tenga un valor --- moral, que del mismo derive un daño social y que se haya prohibido por -- una ley positiva. "

Segunda.- Quien realiza un delito imposible, no lleva a cabo una -- tentativa, ni un delito putativo. No se trata de una tentativa, porque -- los actos que habrán de producir el resultado son frustrados en su direc-- ción por la intervención de un tercero, o bien porque el sujeto se desis-- te de su comportamiento (pudiéndose o no haber realizado todos los actos idóneos para producir el resultado); en tanto que el delito imposible el sujeto sí realiza los actos adecuados para la producción del resultado, - pero este no será consumado porque no hay bien jurídico que lesionar. La tentativa se caracteriza por la puesta en peligro del bien jurídico, el - delito imposible no.

Es diferente del delito putativo, porque en aquél el comportamiento

realizado por el agente si está prescrito por la ley como delito, lo que no se prescribe es su punición por no haberse logrado; en tanto que en -- este (delito putativo), el comportamiento realizado por el agente no se encuentra prescrito por la ley como delito, o sea, no la hay la existen-- cia de un tipo penal que lo prescriba como tal.

Tercera.- Tomando en cuenta que la punibilidad es la amenaza de pe-- na que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las -- normas jurídicas (de obrar y de abstenerse) dictadas para garantizar la paz y permanencia del orden social; es necesario que por los elementos -- que configuran este comportamiento, se elabore la creación de un tipo pe-- na secundario que determine amenaza de pena para quien lo realice.

Cuarta.- Es admisible que la punibilidad de este delito no puede -- basarse en " la puesta en peligro del bien o derecho que se tutela ", por que en el momento en que recayó la conducta sobre el mismo, el sujeto pa-- sivo del atentado ya no gozaba de esa calidad jurídica (vida, libertad, -- salud, etc.) requerida por la ley. Sin embargo el agente al llevar a ca-- bo su cometido ignora esa situación, porque de lo contrario ¿ para que -- habría de intentar esa conducta cuando sabe que no lograra su propósito ? y ante la misma realiza una serie de actos idóneos y peligrosos; motivo - por el cual la punibilidad del delito, debe basarse sobre la peligrosidad de la conducta y del autor, revelada en la materialización de su obrar.

Quinta.- Porque para determinar la punibilidad de un delito no es -- necesario que del mismo se produzca un resultado material (hecho), ya -- que hay delitos de conducta que son sancionados, porque con el comporta-- miento se produjo un resultado jurídico- formal (por la contrariedad a -- la norma), lo que sucede con el delito imposible.

Y porque, " si la voluntad criminal es el fenómeno contra el que se dirige la ley penal en la tentativa, en la que tampoco se logra el resultado, entonces basta la voluntad criminal en cualquier acción, incluso inidónea y de delito imposible, para que se dé la represión penal. "

Sexta.- La ignorancia o el error en que se encuentra el agente (sobre la existencia o inexistencia) sobre la calidad jurídica que debe detener quien habrá de ser lesionado, destruido o afectado en su derecho; - no debe de ser considerada como excluyente de responsabilidad penal (circunstancia señalada en el art. 15 del Código Penal vigente para el Distrito y territorio Federal), ya que el error no borra la proyección del comportamiento alcanzado hasta entonces por el agente para lograr la consumación del delito.

Séptima.- La idóneidad como inidóneidad de los medios que se emplean para llevar a cabo el delito, deberá de ser valorada para determinar la sanción del delito, y no así, para establecer su punibilidad.

Octava.- De acuerdo a la clasificación del delito que hace el Código Penal en su art. 9º, en el que menciona la existencia de delitos intencionales, culposos y preterintencionales; el delito imposible reviste el grado de intencional, porque basta que el sujeto quiera el resultado aunque de hecho no lo logre.

Novena.- Finalmente, suponiendo que se admitiera su punibilidad, la misma deberá de adicionarse el artículo 12 del Código Penal en la creación de un 4º párrafo y el cual podría quedar redactado de la siguiente forma:

Art. 12 cuarto párrafo :

" En caso de que la consumación del delito no sea lograda,-- por faltar el bien jurídico u objeto material que habria-- de ser destruido, dañado o lesionado, la conducta peli-- grosa del sujeto, será sancionada entre una quinta y cuar-- ta parte de la sanción establecida en el delito intentado, y atendiendo a las agravantes o atenuantes señaladas en -- ese delito. "

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ANTOLISEI, Francisco. " Manual de Derecho Penal ", Ed. Themis, Bogota Colombia, 1988.
- 2.- CASTELLANOS TENA, Fernando. " Lineamientos elementales de Derecho Penal ", 27ª ed., Ed. Porrúa, México, 1989.
- 3.- CUELLO CALON, Eugenio. " Derecho Penal, T- I, Vol. I ", 16ª ed., España, 1971.
- 4.- CORTES IBARRA, Miguel A. " Derecho Penal ", 3ª ed., Ed. Cardenas, México, 1987.
- 5.- C. NUÑEZ, Ricardo. " Manual de Derecho Penal. " 3ª ed., Buenos - Aires, 1977.
- 6.- CREUS, Carlos, " Derecho Penal ", Ed. Astrea., Buenos - Aires, 1988.
- 7.- DIAZ ROMERO, Juan. " Revista de Derecho Penal Contemporaneo " El delito imposible y su punibilidad. Seminario de Derecho Penal, U.N.A.M., México, 1965.
- 8.- ESTRADA VELEZ, Federico. " Derecho Penal ", Ed. Themis, Bogota- Colombia, 1986.
- 9.- ENCICLOPEDIA JURIDICA OMEBA. T- VI, Buenos - Aires, Argentina.
- 10.- F. CARDENAS, Raul. " Estudios Penales " Publicaciones de la Escuela Libre de Derecho. Ed. Jus, México.
- 11.- FONTAN BALESTRA C. " Tratado de Derecho Penal, T- II ", 2ª ed., Buenos - Aires, 1955.
- 12.- FUENTES AGUILAR, José Ma. " Revista de Criminalia " (el delito imposible, delito aberrante o conducta peligrosa.), México, 1967.
- 13.- FRANCESCO CARRARA. " Opusculos de Derecho Criminal ", Buenos- Aires, 1955.
- 14.- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. " Análisis lógico de los delitos -- contra la vida. " 2ª ed., Ed. Trillas, México, 1985.
- 15.- JIMENEZ HUERTA, Mariano, " Derecho Penal Mexicano, T-I ", 3ª ed. Ed. Porrúa, México, 1980.
- 16.- LOPEZ BOLADO, Jorge. " Los Homicidios Calificados ", Ed. Ultra, Argentina, 1975.
- 17.- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. " El Tipo Penal ", U.N.A.M., México, 1986.
- 18.- MALO CAMACHO, Gustavo. " Tentativa del delito ", Instituto de Investigaciones jurídicas, U.N.A.M., México, 1971.

- 19.- MEZGER, Edmundo. " Derecho Penal ", 2ª ed.
- 20.- PALACIOS VARGAS, Ramón. " La Tentativa ", 2ª ed., Ed. Cardenas, México, 1979.
- 21.- PAVON VASCONCELOS, Francisco. " Manual de Derecho Penal Mexicano ", - 3ª ed., Ed. Porrúa, México, 1974.
- 22.- -----, " La Tentativa ", 2ª ed., Ed. Porrúa, México, 1982.
- 23.- PORTE PETIT, Celestino. " Apuntamientos a la Parte General del Derecho Penal. ", 10ª ed., Ed. Porrúa, México, 1985.
- 24.- RANEIRI, Silvio. " Derecho Penal, T- II. ", Ed. Themis, Bogota- Colombia, 1975.
- 25.- ROMERO SOTO, Enrique. " Tratado de Derecho Penal, Vol. II ", Ed. Themis, Bogota, 1969.
- 26.- SOLER, Sebastian. " Derecho Penal Argentino, T- II ", Argentina, 1973.
- 27.- VILLALOBOS, Ignacio. " Derecho Penal Mexicano ", 4ª ed., Ed. Porrúa, México, 1983.
- 28.- ZAFFARONI, Raul. " Manual de Derecho Penal ", 2ª ed., Ed. Cardenas, -- México, 1988.
- 29.- CODIGO PENAL para el Distrito Federal, vigente. 48ª ed., Ed. Porrúa -- México, 1991.
- 30.- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES para el Distrito Federal, vigente. -- 2ª ed. Ed. Themis, México, 1991.
- 31.- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. 89ª ed., Ed. -- Porrúa, México, 1990.