



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

“ARAGON”

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA Y SU PROBLEMÁTICA
PARA LOS EFECTOS DE LA APLICACION DEL ARTICULO
20 CONSTITUCIONAL FRACCION PRIMERA

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

ALEJANDRO GERARDO DELGADO GARCIA

San Juan de Aragón, Estado de México 1993

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA Y SU PROBLEMÁTICA PARA LOS EFECTOS DE LA APLICACION DEL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL FRACCION PRIMERA.

I N D I C E

Introducción	Pag.
CAPITULO I	
Breves antecedentes historicos de la tentativa	
A. Derecho Romano	1
B. Las Partidas	4
C. Ley Carolina	6
D. Código frances 1810	7
CAPITULO II	
Naturaleza jurídica de la tentativa	
A. Generalidades	9
B. Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger	9
C. Bettiol	11
D. Mariano Jimenez Huerta	15
E. J. Ramon Palacios, Antolisei	16
CAPITULO III	
Antecedentes de la tentativa en los códigos y proyectos mexicanos	
A. Código de Martínez de Castro	21
B. Código de Almaraz	23
C. Código de 1931	25
D. Anteproyecto de 1949 y 1959	26
E. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación	29

CAPITULO IV

La tentativa y sus características	36
A. La conducta típica como prius lógico del delito	
B. Tipicidad y tentativa	42
C. Antijuridicidad y tentativa	52
D. Culpabilidad y tentativa	60

CAPITULO V

Interpretación del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal	
A. Interpretación del artículo 12 antes de la reforma de 1985	73
B. Interpretación del artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.	74
C. Elementos innovadores del actual artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal	76

CAPITULO VI

Interpretación del artículo 63 del Código Penal de 1931	
A. Raúl Carranca y Trujillo	77
B. Rafael de Pina	77

CAPITULO VII

Punibilidad de la tentativa y su problemática para los efectos de la aplicación del artículo 20 Constitucional fracción primera.	
A. La interpretación de la Ley	79

B. Las lagunas de la ley y la analogía	81
C. Principio indubito pro reo	83
D. Artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal	84
E. Aplicación de la fracción I del artículo 20 Constitucional en los casos de tentativa	85
F. Propuesta de reforma para la nueva redacción del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal	88
Conclusiones	90
Bibliografía	94

I N T R O D U C C I O N

El presente trabajo, tiene como finalidad llegar a analizar las diferentes posiciones de los juristas de la talla de Max y Edmundo Mezger, para poder llegar a determinar en que se deben apoyar los tribunales para darle una exacta aplicación a la fracción primera del artículo 20 Constitucional, en los asuntos relativos a la tentativa.

Como es sabido, existen diferentes corrientes que han sido de gran discusión desde su nacimiento hasta nuestros días, relativas a los delitos tipificados en grado de tentativa.

Actualmente los tribunales aplican o cuentan con elementos muy escasos apoyándose en el numeral 63 del Código Penal para el Distrito Federal, dejando algo tan especial como es la libertad provisional que propongo en el presente trabajo, entre otras cosas una verdadera forma de redacción al numeral antes citado para efectos del artículo 20 Constitucional fracción primera.

Desde el punto de vista textual, al referirse a la tentativa, nuestro Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 63, deja al presente arbitrio del juez la imposición de la pena, sin referirse en ningún momento, cual sería una pena mínima o una máxima, para poder establecer un término como lo exige nuestro precepto Constitucional en su artículo 20 fracción primera.

Como saber si el arbitrio del juzgador es el indicado - en cuanto sea solicitado el beneficio de la libertad - provisional; y no violar la garantía Constitucional que consagra el mismo precepto de libertad en juicios criminales.

Si se analiza el presupuesto de pena, respecto de la tentativa, enseguida se muestra la violación del precepto Constitucional de libertad, ya que el mismo solo impone una sanción máxima como lo serían las dos terceras de consumarse el delito y en ningún momento considera la pena mínima para establecer un término medio.

En el desarrollo de la investigación se ve la necesidad de desentrañar el sentido del texto vigente y la exigencia de reformarla, ya que resulta insuficiente la estimación que hacen los tribunales encargados de administrar justicia.

CAPITULO I
BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA TENTATIVA
SUMARIO

En la actualidad, podemos hablar de delito perfecto e imperfecto; el delito perfecto es también conocido con el nombre de, delito consumado y el segundo que es conocido como la tentativa o delito frustrado.

Romagnosi, citado por Luis Jiménez de Asua, señala, que la tentativa o conato es:

" La ejecución incompleta de un delito" (1)

En la antigüedad la tentativa era conocida con el nombre de "conato u conatos", hasta los fines del siglo pasado.

- En cuanto al término conato, el tratadista Perocelli, expone:

" acentúa en la acción el carácter del esfuerzo para el logro del fin. El cual incluso puede subsistir, pero no es esencial, bastando que la acción, cualquiera que sea el grado de energía con que se emprende, y conduzca, no se complete o no alcance su efecto." (2)

La palabra tentativa deriva del verbo latino "teneo" --- cuyo supino es precisamente tentum y también tensum que denota el esfuerzo de hacer.

1. Cit. por Jiménez de Asua Luis, Tratado de Derecho Penal Tomo VII, Delito y su exteriorización, Editorial Losada, S.A., Buenos Aires 1970, p. 386
2. Ibidem pp. 386 y 387

En cuanto a la terminología " atentado ", no es otra cosa que la tentativa, atentar no es más que intentar, procurar.

Por lo que se refiere al concepto tentativa, el tratadista Carmignani, expone:

"todo aquello que falta a la consumación del delito."

(3)

La tentativa siempre ha existido, tratándose por primera vez desde el punto de vista legal, por los romanos ya -- que estos veían el fundamento de toda su vida, en las -- cuestiones jurídicas, recopilándolas en lo que fue el -- primer libro relativamente fijo de la historia del Derecho Romano, que eran la Ley de las Doce Tablas.

El texto de las XII tablas, se nos ha transmitido en -- fragmentos en citas, que hace la literatura de fines de la República y comienzos del principado.

Las XII tablas eran un esquema de Derecho vigente en su época, ya que contenían prescripciones sobre el curso -- del procedimiento judicial, inclusive la ejecución, y su -- bre materias jurídicas, que hoy en día se encuentran separadas tajantemente en Derecho Privado y en el Derecho Penal, mientras que los romanos las veían aún como una -- unidad, por lo tanto, lo único que avería el legislador era recoger el ius civile, es decir las normas que se referían al ciudadano en particular, toda vez que el citado Derecho Romano sólo imponía penas en casos de alta --

3. Cit, por .. Jiménez de Asua Luis, op. cit., p.389

traición, mejor conocido como "perduellio " y en ciertos delitos religiosos graves, es decir solo castigaban delitos que eran dirigidos contra la comunidad, en coexistencia de persecución por el delito de "parricidas", este se dejaba al arbitrio de la familia del difunto. Conforme fue transcurriendo el tiempo, se hizo necesario adoptar energicas medidas para mantener la seguridad pública, por tal motivo a comienzos del siglo II y comienzos del siglo III a.c., surgió una justicia policial contra delincuentes con violencia, incendiarios, envenenadores y ladrones. Así mismo los romanos clasificaron dos tipos de delitos, llamados " Delictum Privatum y Crimina-Publica, el primero era el hecho antijurídico que lesionaba al particular, a su familia o a su patrimonio, el segundo se refería a los hechos públicos punibles que lesionaban a la comunidad como tal. " Estos delitos --- eran lo que ahora conocemos como Derecho Público y Derecho Privado.

Como fue señalado en su oportunidad los romanos establecieron o se vieron en la necesidad de establecer penas --- incluyendo la de muerte, para el ladrón si hubiese sido sorprendido in fraganti, al cometer el hurto o llevarse el botín. También consideraban como delito digno de --- muerte, el simple hecho de llevar armas con intención de delinquir, comprar, venderlas y en general, estar en posesión de venenos letales.

Independientemente, de que los romanos son los precursores

res del Derecho, no fueron capaces de construir la noción de la tentativa. En Roma existen textos contradictorios, aunque es posible poder afirmar, que en los más graves delitos se equipara la tentativa con la consumación.

El derecho romano, siguiendo el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, no llegó a precisar criterio distintivo entre consumación y tentativa, ni creó término alguno para diferenciar tales grados del delito.

En el Derecho Penal privado siempre se atendió al daño causado, sancionándose únicamente los delitos consumados en el Derecho Penal público, sin embargo, no tuvo validez absoluta la regla anterior, pues a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el campo de la exteriorización material, no se exigió siempre un resultado caracterizado por un daño. En los delitos de Lesa Majestad, era punible como delito consumado cualquier acto exteriorizado de la voluntad delictuosa, aún cuando se trata de actos puramente ejecutivos. En los últimos tiempos, la circunstancia de la inconsumación del resultado constituyó en algunos casos una atenuante.

B. Las Partidas

Las partidas distinguieron entre delitos graves y "yerros menores", equiparándose respecto de los primeros la tentativa y la consumación, salvo que en aquella dió-

rarse el desistimiento o el arrepentimiento.

Así mismo en la Ley de Partidas, señalaban que:

" Merecen la pena de escarmento, quienes después de pensado el mal, trabajasen de lo cumplir, comenzándolo a meter en obra maguer no lo cumpliesen del todo y ha de castigarse al agente, como si lo oviese cumplido." sic. (4)

En la Ley 2, título XXXI de la partida séptima, exponen:
 " Et eso mismo si viniese en voluntad de algut home de matar a otro, si tal pensamiento malo como este comenzase a meter en obra, teniendo alguna pozoña aparejada para dárgela a beber, o tomando un cuchillo u otra arma desnuda et yendo contra él para lo matar o estando armado asediendolo en algut lugar para darle muerte, o trabajandose de lo matar en alguna otra manera semejante a estas o metiendolo en obra: ca maguer non lo cumplierse mercede ser escarmentado, bien así como si lo oviese cumplido, porque non fincó por él de lo cumplir si pudiere otro si decimos que si alguno pensase de robar o de forzar alguna manceba virgen o muger casada, et comenzase a meterlo en obra trabajando de alguna della para cumplir su pensamiento malo o levandola rabida, ca maguer non pasase a ella, mercede ser ecarmentado, o bien como si hobiese, fecho lo que cobdiciaba, pues que non fincó por él, por quanto el pudo facer que se non cumplió el yerro que habie pensado. et en estas cosas sobredichas tan so-

4. Jiménez de Asua Luis, op. cit., p. 467

lamente ha lugar lo que deximos que deben recibir por es-
carmiento los que pensaron de fecer el yerro pues que co-
mienzan a obrar dél maguer no lo cumplan ..." sic. (5)

Como es de observarse, en la antigüedad, época de la ley
de partidas, no le interesaba el hecho, sino el autor, -
ya que no esperaban que la ley fuese violada o atacada -
bastaba con la sola existencia de la voluntad maliciosa -
ya que consideraban que el castigo recaía en la antiso-
cialidad de la acción, nunca en el daño producido.

C. Ley Carolina

En el Código de Carolina, dictado por Carlos V, el prime-
ro que contiene, en su artículo 178 una definición de la
tentativa, con los elementos configurativos de este ins-
tituto penal, tales como actos externos de voluntad cri-
minal y ausencia de consumación del resultado contra la-
voluntad del agente, la cual influyó notablemente en los
diversos códigos penales de Estados Alemanes.

En algunos estatutos Italianos, se castigaba con pena ar-
bitraria la tentativa, aunque la mayoría imponía al deli-
to intentado la misma pena que al consumado.

El código de Carolina señala:

" Item si alguien se atreve a emprender un acto malo, ma-
leficio por medio de algunos actos externos que puedan -
ser apropiados, para la consumación de este acto malo y,
sin embargo, la consumación de este acto fue impedida --
por otros medios, contra su voluntad, está voluntad mali-
ciosa de la cual, como se ha dicho resulta una mala ac-
ción, debe ser penalmente castigada, pero en casos más -

duramente que en otros, en vista de las circunstancias-- y forma de la cosa. "

De lo anterior se deduce que el citado código, a diferenciado entre actos preparatorios y tentativa e incluso la delimitación de las causas de tentativa idónea, que trata de deducir de la expresión, por medio de como fue señalado en un principio de algunos actos externos, que -- puedan ser apropiados para la consumación.

D. Código Francés de 1810

Después del Código de Carolina, las Legislaciones Germanicas, cuyo ejemplo es el de la Josefina de 1787, en la cual textualmente expone:

" Aunque el pensamiento y un simple proyecto criminal no pueden constituir por sí solos una infracción, no es sin embargo necesario que la acción delictiva haya estado -- efectivamente ejecutada para que haya delito, el mero -- atentado de una acción criminal conviene punible desde -- que el mal intencionado está dispuesto a la ejecución y habrá manifestado su designio con algún signo externo, - con un acto, aunque después el hecho quede interrumpido- por causa de azar o de su propia impotencia, acaecida en la ocasión, o por cualquier impedimento sobrevenido de - otro modo. " (6)

El Código francés de 1810 consagró la fórmula del " Comienzo de ejecución ", para precisar la tentativa, con -

cepto recogido por el Código de 1851, y el de Baviera de 1861, iniciando la evolución de los Códigos Europeos del siglo XIX en esta materia.

A partir de la Carolina empieza a tomar forma la tendencia a distinguir los actos preparatorios de los actos -- de ejecución, estos como constitutivos de tentativa punible y delito frustrado . Se conservó casi invariable -- el principio de pensar en forma atenuada la tentativa -- y en algunos casos excepcionales, se equiparó, en cuanto la sanción, el delito frustrado y el consumado.

CAPITULO II
NATURALEZA JURIDICA DE LA TENTATIVA

A. Generalidades.

Cualquier concepto que pretenda darse sobre la tentativa debe hacerse en función del delito perfecto o consumado. Eso ha llevado en que ciertos autores denominen a la tentativa un delito secundario o imperfecto, pues faltando en ella la consumación sólo es posible su existencia en razón de un determinado tipo legal al cual se relacione. El Maestro Carrara la consideró un delito degradado en su fuerza física y en consecuencia, de acción imperfecta.

B. Max Ernesto Mayer y Edmundo Mezger

Max Ernesto Mayer, considera a la tentativa como una causa extensiva de la pena que amplifica el carácter delictivo de los hechos tipificados en la parte especial de los códigos, y que, por ello establece una especial tipicidad ubicada más allá del círculo del delito consumado. Por su parte Edmundo Mezger, en cuanto a la tentativa señala:

" El delito aparece consumado, cuando se realizan todas las características del tipo, y es tentativa cuando ciertamente ha dado comienzo a su ejecución, pero está queda en un torso; sin embargo, en un punto exige también la tentativa una realización típica completa, a saber: en el alma del autor." (7)

7. Mezger Edmundo, Tratado de Derecho Penal Tomo I, traducción de la segunda edición Alemana (1933), Editorial-Revista de Derecho Privado, Madrid 1935, p. 195

Como puede observarse, la exigencia de la no consumación de la que habla Mezger, respecto del delito, no excluye que en determinadas circunstancias pueda hablarse de tentativa, cuando el resultado que ha surgido en la imaginación del sujeto activo, se produce en realidad, pues --- dicho resultado puede haberse producido de una manera, --- por un camino que no sea imputable al sujeto: entonces --- existe, en realidad el resultado, y, no obstante, procede la punibilidad sólo a causa de tentativa porque el resultado no es imputable al autor. Pues sólo cuando el delito " perseguido " por el agente llega a consumarse, se supera el estadio de la tentativa.

Y prosige Mezger diciendo de la tentativa:

" En cuanto a la delimitación de cuando se entiende consumado el delito, sólo puede contestarse teniendo en --- cuenta el tipo legal que en cada caso viene en consideración; especialmente es de relevancia el que la ley conciba una característica de tipo objetiva o subjetivamente. Si ocurre esto último, no es necesario para la consumación que dicha característica se haya realizado exteriormente. " (8)

Con respecto a la punibilidad de la tentativa rige el siguiente principio:

" El crimen o el delito en grado de tentativa se castigan más atenuadamente que el crimen o delitos consumados. " (9)

8. Ibidem p. 96

9. Idem

Del anterior principio, Mezger senala:

" El primer término del principio dado, en el sentido de que el límite máximo de la pena para el delito consumado no puede ser impuesto nunca. La ley rechaza con ello con toda claridad, la tesis según la que la supuesta realización del delito debe ser equiparada a la realización objetiva. " (10)

De lo anterior puede deducirse, al igual en las antiguas épocas la responsabilidad por el resultado, en la tentativa, es signo de un derecho ya en cierto grado de desarrollo progresivo.

C. Giuseppe Bettiel, el citado tratadista considera:

" No siempre el delito, se presenta en la forma de la consumación en cuanto la actividad del reo puede detenerse in itinere, cuando se trate de un delito de ejecución compuesta. Así, si tiro con el fin de matar, apunta con su fusil a cayo, pero no dispara porque es contenido por semproso, o si disparando no acierta porque el tiro ha sido desviado, no podemos decir que se ha ocasionado la muerte de un hombre. ¿este acto debe castigarse y a qué título ? desde el punto de vista apriorístico las respuestas pueden ser diversas. " (11)

Es posible pensarse, que el legislador no le interesa la actividad que no agota el contenido de los modelos parti

10. Ibidem p. 228

11. Derecho Penal Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 4a. Edición, Bogotá 1965, p. 474

culares de delito, por lo cual todo lo que está fuera de ellos debería considerarse como penalmente indiferente.- El acto de hacer fuego, si no va acompañado por la muerte de un hombre, no entra en la esfera incriminatoria de una norma que requiere, respecto al homicidio, la causación de la muerte de un hombre. Se podría pensar en un desinterés del legislador por todo acto que pudiese llevar a cabo la lesión de un bien jurídico, pero que no ha determinado efectivamente dicha lesión.

Si bien es cierto que en la tentativa no hubo efectiva lesión de un bien tutelado también lo es que un bien tutelado ha estado expuesto al peligro, a la lesión potencial.

En un Estado bien organizado, el legislador debe preocuparse de reprimir no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales para la vida de relación sino también las lesiones potenciales, la exposición a peligro de dichos bienes. Si es verdad que en la esfera del Derecho Penal la consideración sobre la cual debe pensarse en reprimir también la acción humana cuando ella expone a peligro de lesión un bien jurídico.

Buttiol, señala:

" Decimos acción humana, porque es la peligrosidad de la acción lo que debe considerarse decisivo, no la peligrosidad del sujeto." (12)

" Se podría considerar como consumado todo delito ya en el momento que el agente ha ejecutado un acto dirigido -

a la consumación, independientemente de la verificación del evento lesivo. Ya la simple exposición a peligro de un bien tutelado debiera equipararse a la consumación."
(13)

Si en realidad se parte de la consideración de que como lo vuelve a señalar Bettiol " in delictis attendatur anímus et voluntas, non autem exitus ", se llega a estimar consumado un delito toda vez que el sujeto manifiesta -- una voluntad delictuosa, aunque la acción no tenga en sí eficacia de ocasionar el evento dañoso, sin embargo, dado el carácter rígido de las normas penales, el legislador ha considerado oportuno, crear una norma expresa con la que se incrimina el hecho de la tentativa como tal.

" Quien ejecuta actos idóneos dirigidos de una manera -- inequívoca a cometer un delito, responde por delito tentado, si la acción no se realiza o el evento no se verifica. " (14)

La tentativa resulta así fruto de una combinación de --- dos normas incriminatorias: una principal y otra secundaria, que dan a un nuevo título de delito, el delito tentado. No debe creerse, en realidad que la tentativa constituye una simple circunstancia atenuante frente a la -- consumación, porque si es cierto que la circunstancia influye sobre la cantidad del delito, en la tentativa es -- distinta no sólo la cantidad sino también la calidad.

Si la razón fundamental de incriminar la tentativa está en el peligro corrido por el bien protegido a consecuencia de la actividad ilícita del culpable, la situación --

13. Op. cit., p. 476

14. Idem

objetiva de peligro es tanto más grande cuanto más se aproxima el agente con su actividad al resultado. Sólo tomando como punto de partida la peligrosidad del agente desaparece la distinción entre delito consumado y frustrado, porque lo que importa no es ya la idoneidad de la acción para producir un evento lesivo, sino la acción -- en cuanto síntoma de la peligrosidad social del individuo.

Bertol en cuanto al concepto de tentativa, expone:

" Aquel en el cual el sujeto activo ha ejecutado intencionalmente un acto idóneo para la consumación, pero ésta no se ha verificado por falta de cumplimiento de la acción o por falta de realización del evento a consecuencia de razones independientes de su voluntad." (15)

Como se desprende de lo expuesto, Bertol pone en clara la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin propuesto, de no existir la norma secundaria de la tentativa -- cuya función es extender la incriminación de la norma principal. También señala que la imperfección de la tentativa surge de su contraste con el delito consumado. -- Conciérne a su estructura, la tentativa es perfecta en sí, dice por presentar todos los elementos indispensables para configurar un delito: el hecho típico, la anti-juridicidad y la culpabilidad, distinguiéndose únicamente del delito consumado en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico sino sólo el peligro de lesión.

D. Mariano Jiménez Huerto.

Con respecto a la tentativa señala:

" Es un dispositivo amplificador del tipo la norma que - los Códigos Penales contienen en orden a la tentativa de lictuosa, ya que a través de ella se torna punible la -- conducta humana que, de otra manera, quedaría impune. La norma sobre la tentativa no integra por sí sola la figura típica, pues carece de los específicos caracteres autónomos consustanciales a los tipos delictivos. Es accesoria su naturaleza y rango jurídico-penal. Ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando conecta -- con un determinado tipo. Por eso Carnelutti ha podido afirmar que la tentativa es un delito secundario previsto en relación con un tipo principal. En virtud de este dispositivo devienen punibles conductas humanas que, si bien ubicadas fuera del tipo, están finalísticamente dirigidas en forma idónea e inequívoca, a su realización." - (16)

Y continua:

" El fundamento de este dispositivo amplificador del tipo, es el mismo que explica y justifica la razón de ser del propio tipo penal. En todo grupo social que forma -- nuestra sociedad, es una necesidad extender la protec--- ción otorgada por las figuras típicas de determinados -- bienes jurídicos, a aquellas conductas que en forma idónea e inequívoca representan un riesgo o peligro para -- los indicados bienes. La idea de riesgo o peligro para -

un determinado bien jurídico típicamente protegido, es - la que norma el dispositivo de la tentativa." (17)

Como es señalado por el citado tratadista, el límite mínimo del dispositivo de la tentativa fincase en el principio de ejecución de la figura típica a la que se conecta en el caso concreto.

Los actos que yacen delante de dicho principio de ejecución quedan fuera del ámbito objetivo de la tentativa, - pues de análogo modo que su límite máximo - ejecución de todos los actos que deberían producir el delito - coincide con la figura del delito perfecto o consumado, su límite mínimo - inicio de ejecución - linda con otros actos que, no obstante relacionarse con el delito por ir - dirigido a su preparación, quedan fuera de su ámbito.

Por último Jiménez Huerta, concluye:

" De la tentativa el carácter de dispositivo amplificador del tipo y fundamentador de la punibilidad de ciertos actos de no ser así quedarían impunes por su atipicidad, pero le niega autonomía considerando accesoria tanto su naturaleza como su rango jurídico penal, pues ontológica y teleológicamente sólo entra en función cuando - se concreta con un tipo específico. " (18)

E. J. Ramón Palacios, Antolisei

En cuanto a la tentativa Ramón Palacios, expone:

" En el Derecho Penal Liberal, cuyo arranque histórico - es situado en la carta magna de Juan Six Lierra, se reco

17. Ibidem p. 354

18. Idem

noce el dogma de filosofía política de que sólo, la creación específica, singular, de una conducta humana como - fílicita, da mérito a la imputación y que exclusivamente - si la ley adosó a lo prohibido u ordenado una pena, para el caso de su violación, se puede privar de tales derechos al individuo. " (19)

No es, que la ley reconozca ciertamente un derecho previo del hombre, que éste exista antes de la norma misma - y con validez universal: la historia los desmiente con hechos y ello es bastante, es que la conciencia y necesidades sociales de una época lo reclamaban con validez obligatoria para el Estado y hubo fuerza bastante para imponerlo, cada grupo social tiene sus exigencias y la norma jurídica puede acogerlas o despreciarlas; pero lo importante es, que ante tal régimen de derecho estricto, - la fórmula que prevé el proceder del hombre contempla - el acto consumativo la acción que produce el resultado - prohibido por la ley, pero no aquella acción que obedeciendo a una intención criminal trata de ocasionar el mismo resultado no lográndolo.

Es obvio que la ley, por regla general, castiga la privación de la vida de un hombre por otro, pero no está ahí - incluida la acción que no llega al hecho letal, traicionando la intención del que agita, por lo mismo tales actos no serían delitos, ni merecerían consecuentemente una pena.

Así ha de ser entendido que la tentativa al no ser contemplada por una regla legal está circundando la figura - criminosa, y es necesario que la norma jurídica conside-

re como delito no solamente el acto mismo lesivo del --- bien o interes tutelado, sino al propio tiempo el acto - que tiende a esa lesión sin obtenerla.

De lo anterior se desprende, como lo expresa Ramón Palacios:

" a. La tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el derecho penal liberal, por una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada.

b. la norma de la tentativa es accesoria; sólo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo -tentativa-frustración-, pero jamás tiene vida por sí. No hay delito de tentativa, sino la tentativa de un delito, por ser " El fruto de la combinación de dos normas incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado":

c. En nuestro régimen jurídico penal, dados los términos en que se encuentran concebidos los artículos 14 y 16 constitucionales, la tentativa, para ser incriminada debe recibir previsión legal. No desmerece la consideración de que el legislador eleva verdaderas tentativas a la categoría de delitos per se, en cuanto que ahí pierde su carácter accesorio, vinculado y no es ya tentativa de un delito, sino figura típica. " (20)

Como se desprende de lo expuesto, empieza por observar - que las acciones inconsumadas no serían delictuosas ni merecerían penas de no ser contempladas por la figura de la tentativa, la cual sanciona el acto tendiente a la --

lesión sin obtenerla, deduciendo de ahí que se requiere una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya naturaleza es accesoria de la norma principal y presenta un grado menor de ésta, pero al mismo tiempo es un título autónomo sin vida por sí misma y cuya previsión es indispensable dentro de nuestro sistema jurídico. Así mismo Ramón Palacios estima que el concepto de perfección usado con referencia a la tentativa y a la consumación, se puede entender desde un punto de vista natural o jurídico.

Bajo el primero es obvio que la consumación es perfección por corresponder el acto humano con la lesión completa del bien contemplado en el precepto tipificador, y que la tentativa es imperfección, porque falta precisamente el resultado, el más importante de los requisitos del tipo; más jurídicamente estimado el tema, es consumación y perfección del delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues sustituido el resultado -- por el peligro, verificase ya la subyunción del hecho -- histórico en los preceptos que previenen y ponen al actuar en el que está ausente el resultado.

Por su parte Antolisei, expone:

" Aunque la tentativa se subordine, para su punición a la referencia típica concreta, no es posible negarle, a nuestro juicio, su carácter de figura autónoma, si se le relaciona con el delito consumado surge, en el contraste entre ambas figuras, su naturaleza imperfecta y subordinada. Considerada en sí misma constituye un delito per-

fecto, pues si figura con caracteres propios y punibles - la razón de ser tal aparente contradicción radica en la imposibilidad de incriminar un delito perfecto. Manzini - esta es la norma que incrimina y castiga la tentativa -- cambiando el Nombre Iures del correspondiente delito, título que resulta de los elementos exigidos para la punibilidad y de la particular sanción aplicable y no de la peculiar cualidad del hecho.

Consecuentemente, la tentativa es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa al delito consumado, pues tiene objetividad propia actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada. " - (21).

Como se deduce Antolisei, considera la tentativa como el resultado de la combinación de dos normas, una principal y otra accesoria, originándose así un nuevo título de delito de carácter autónomo, en esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto, posición ya definida por otros autores.

21. Cit. Por Pavón Vasconcelos Francisco, Breve Ensayo - de la Tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México 1985, p. 345.

CAPITULO III
 ANTECEDENTES DE LA TENTATIVA EN LOS CODIGOS Y PROYECTOS
 MEXICANOS

A. Código de Martínez de Castro

El código de Martínez de Castro, distinguió en el capítulo II del título primero cuatro grados del delito intencional, los cuales son:

- El conato
- El delito intentado
- El delito frustrado
- Delito consumado

En su artículo 19 definió el conato como:

" La ejecución de uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al -- acto que la constituye, el artículo 20 estableció su punibilidad cuando no se llega al acto de consumación por causas independientes de la voluntad del agente, para la aplicación de la sanción al responsable del conato se -- exigió también:

- Que los actos ejecutados den a conocer por si solo o - acompañados de algunos indicios, cual era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar, y;
- Que la pena a imponerse por el si se hiciera consumado no baje de quince días de arresto o quince pesos de multa.

El artículo 25 declaró delito intentado el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación

si está no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por ser imposible, o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados, el artículo 26, refirió el delito frustrado como el que llega hasta el último acto en que debía verificarse la consumación si esta no se realizara por causas extrañas a la voluntad del agente, di versas señaladas en el artículo anterior.

El código de 1871, consagró la pena del llamado delito imposible, diferenciando además el conato y delito frustrado. La razón para castigar el primero se determino por la perversidad revelada por el sujeto a través de los actos realizados y por la alarma social producida por éstos. " (22)

En la fórmula del delito imposible, estructurada por el Código de Martínez de Castro, quedarán comprendidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y relativa referidas tanto a los medios empleados como al objeto. Admitiendo que todo propósito de la ley para abarcar la pena del delito imposible hace necesaria la previsión legal de este, en atención a la restricción impuesta por el principio de exclusividad o de reserva recogido en nuestro sistema constitucional.

" La existencia de la ley, subordinado a la pena del conato a la naturaleza unívoca de los actos, por cuanto éstos den a conocer por sí solos o acompañados de algu-

nos indicios cuál era el delito que el reo tenía la intención de perpetrar, resulta de manifiesta utilidad si tiene presente el concepto mismo del conato pues dentro de la imprecisa definición del artículo 19 podían perfectamente caber tanto los actos preparatorios como los ejecutivos del delito. " (23)

La exclusión de la pena para los actos preparatorios y la exigencia de la dirección de los actos vino a delimitar plenamente a la naturaleza del conato.

B. Código de Almaraz

Este código distinguió el delito consumado y la tentativa o conato, en su artículo 22 declaró la existencia de la tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debiera producir el delito, por causa o condición que sea su propio y espontáneo desistimiento, en el artículo 23, establece el requisito de que los actos ejecutados dan a conocer por sí solos o acompañados de algún indicio cuál era delito propuesto.

Posteriormente se formuló el concepto del conato o tentativa inacabada, refiriéndose al principio de ejecución en cuanto hace concreta relación a la iniciación exterior de la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos.

En los artículos 24 y 25 declara en el primer artículo -

impunidad al desistimiento si no fuera impuesto por circunstancias diversas y si nació de un arrepentimiento el deseo más bien que de apreciado error de cálculo, supuesto que su impunidad va implícita en el concepto mismo -- del conato excluyendo las circunstancias ajenas a la libre voluntad del autor por no formar parte estas del propio y espontáneo desistimiento según establece el artículo 22. El segundo por imponer la obligación de la prueba del arrepentimiento a quien le beneficia, cuando lo lógico es que la pretensión de su inexistencia, al hacer surgir la figura del conato, deba correr a cargo del órgano encargado de la acusación.

Los artículos 26 y 27, son clara muestra de la tendencia positivista del código, el primero concede al juzgador -- la facultad, en el supuesto del conato impone por desistimiento, para exigir al agente la causación de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o a confinamiento, cuando se trata de sujetos de máxima temibilidad, el segundo determina que si el autor de una tentativa frustrada por arrepentimiento, realiza posteriormente y en un término de cinco años una tentativa, se le aplicarán las sanciones de ésta aunque fuere desistida, suspendida, fallada o consumada así como las correspondientes a la primera.

La propia noción legal sobre tentativa punible en el código de 1929, excluye el delito imposible por inidoneidad total, ya por ineficiencia de los medios o por la --

inexistencia del objeto, no sucediendo lo mismo o por cuanto que se refiere a la idoneidad relativa, referida ya a los medios al objeto.

C. El Código de 1931

Representó un evidente retroceso con relación a sus antecesores. Al prescribir el artículo 12 que la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directamente e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente, está sancionando, de acuerdo con una interpretación literal de su texto, los actos puramente preparatorios y no ejecutivos del delito.

La tipicidad del acto tentado, jamás puede construirse sino en relación directa a la acción típica principal, sólo de esta puede derivarse a la adecuación típica de la figura en este aspecto accesorio. Con estricto rigor lógico debe en consecuencia concluirse, que en la formación del concepto de la tentativa no puede prescindirse de la acción principal a la cual se refiere, con abstracción del resultado que habrá de consumar el delito.

El comienzo de ejecución es el punto de partida de la noción del delito tentado, en su apreciación objetiva, únicamente de la previa objetividad del hecho puede intentarse su valoración subjetiva para constatar la culpabilidad del autor; la pura intención no expresada en un acto de ejecución jamás podrá integrar una tentativa punible.

De acuerdo con la significación gramatical del texto del artículo 12, que los hechos encaminados a la realización del: son los que pueden facilitar su ejecución, es claro que se trata de hechos preparatorios pues sólo a través de los mismos es posible llegar a los ejecutivos integrantes de la tentativa punible.

Como los hechos enjuiciados en la norma del artículo 12 no son los que comienzan la ejecución del delito, los que penetran en la periferia del tipo, lógicamente solo puede tratarse de los preparatorios, a esta única conclusión lleva la adopción del legislador de 1931.

D. Anteproyecto de 1949 y 1958

El anteproyecto del código penal para el Distrito Federal, aplicable en toda la República en materia Federal, elaborada en el año de 1949 por la Comisión redactora, estableció en su artículo 12 que la tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente.

Lo relevante resulta la resolución de cometer el delito cuando se exterioriza a través de un comienzo de ejecución o de la realización de todo proceso ejecutivo. Destacándose nitidamente tanto la tentativa propia o conato como la frustración, reunidas ambas bajo la denominación común de la tentativa.

El artículo 12 del anteproyecto, suprimió el párrafo ---segundo del artículo del Código vigente, el cual establece, para la imposición de las penas en la tentativa punible, la necesaria consideración por el juzgador de la temibilidad del sujeto y el grado al que se hubiere llegado en la ejecución del delito. El artículo 55 del mismo Código Penal, relativo a la aplicación de sanciones, determinó que al responsable se le podrá aplicar, a juicio del juez, hasta las dos terceras partes de la sanción -- que debiera imponerse si el delito fuere consumado, -- con lo cual se abrió la puerta a la posibilidad de eximir en algunos casos la sanción.

Este texto da mayor perfección técnica al del vigente -- código, por comprender a la tentativa en un sentido estricto y a la frustración, destacando sus elementos integrales como son el ánimo de delinquir y el principio de ejecución.

Cualquiera que sea la causa que impida la consumación de la infracción penal, siempre que la voluntad del sujeto activo no intervenga en su producción, caeremos en la -- tentativa, según este proyecto.

Armando Hernández Quiroz, al comentar el artículo 12 del mencionado anteproyecto, alaba su redacción y la fórmula que da expresión al concepto de la tentativa, estimado -- como un acierto a la supresión, del texto vigente, de --

las palabras directa e inmediatamente, evitando así las confusiones e incongruencias de la legislación actual. - Considera igualmente acertada la supresión del párrafo - del artículo 12 del código vigente, por cuanto permita - la remisión de la pena. (24)

El anteproyecto del Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales, elaborado por la Comisión de Estudios Jurídicos de la Procuraduría General de la República en el año de 1958, estructuró la noción de tentativa en el párrafo segundo del artículo 13 del capítulo I, del título primero, referente a las reglas generales de derecho, en los siguientes términos: "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo o por todos los actos que debieran producir el resultado, si este no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente."

La transcripción anterior revela la similitud de la definición con la contenida en el artículo 12 del anteproyecto de 1949, comprometiendo por tanto las dos formas de tentativa: el delito tentado o conato y el delito frustrado.

Como novedad, el párrafo primero del artículo 13 reclama la punibilidad de los actos preparatorios, cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente, el último párrafo declara que cuando por falta de idoneidad de los

24. Cit. por Pavón Vasconcelos, ob. cit., p. 153

medios o por inexistencia del objeto jurídico o material el delito es imposible, será sancionable.

Este proyecto determinó la punibilidad del delito imposible, cuando la imposibilidad sea absoluta o relativa en atención a la peligrosidad manifestada por el agente.

La exposición de motivos, en la parte conducente expresa:

" Respecto al delito imposible, la Comisión se alejó de toda consideración técnica, en orden a la tipicidad, para no ver más que la peligrosidad revelada por el agente. Para construir el concepto de delito imposible, se alude a la falta de idoneidad de los medios, se está absoluta o relativa, así como a la inexistencia del objeto, sea jurídico o material, previéndose en tal forma todas las hipótesis del delito imposible.

E. Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

El criterio que ha marcado nuestro más alto tribunal en materia de aplicación de sanciones en la tentativa no se refiere en ninguna forma al problema que nos ocupa, sin embargo considero importante hacer referencia a estas decisiones a efecto de formar un criterio de interpretación del artículo 62 del Código Penal para el Distrito Federal, mismo que tomaré más adelante como un punto de más para la solución que propongo en lo referido a la aplicación de la fracción I del artículo 20 Constitucional en esta materia.

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE (LE-
GISLACION) PENAL FEDERAL.

" Una adecuada interpretación lógica del artículo 63 del Código Penal Federal (antes de la adición del artículo-- 51 del propio código, publicada el 14 de enero de 1985)- así como de los códigos de los estados que contengan la misma disposición, el cual dispone que para sancionar a los responsables de tentativas punibles " se les aplicara a juicio del juez hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito....", permite establecer que, no se ñalándose en tal precepto el mínimo aplicable, sino sólo el máximo de la pena, debe entenderse que para tal efecto se partirá de lo dispuesto por el artículo 25 del propio ordenamiento, o sea, que el mínimo de la pena de prisión es de tres días y el máximo, las dos terceras partes de la que se debiera imponer de haberse consumado el delito.

Séptima época, segunda parte

Vol. 133-138, pag. 297. amparo directo 918/78

Salvador Montes Aguirre, 5 votos.

Vol. 133-138, pag. 207 A.D. 919/78

Felipe Herrera Reyes y otro 5 votos

Vol. 139-1-1, pag. 137 A.D. 284 9/80

Roberto Ramos Gómez y otra 5 votos.

Vol. 145-150 pag. 141 A.D. 13 94-81

Norborta Guillen Jiménez 5 votos

Vol. 157-162, pag. 141 A.D. 6744/81

Antonio Espinoza Iavera. Unanimidad 4 votos
 Vols. 169 - 174, pag. 153 A.D. 5040/82
 Consuelo Palacios García. 5 votos

Como puede observarse esta jurisprudencia, no deja duda de la resolución que la Corte ha señalado respecto de pena mínima que debe de contemplarse en lo relativo a la aplicación de las sanciones en su caso de tentativa y no por el hecho de que éste sea el criterio judicial a seguir, significa que sea el correcto, considero esta interpretación, totalmente antitética y por consiguiente violatoria de un criterio más apegado a Derecho. Las razones o críticas a esta resolución jurisprudencial lo indico en el capítulo VI de este estudio.

TENTATIVA, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA (HOMICIDIO).

Si la sala responsable, al individualizar la sanción por el delito de homicidio en grado de tentativa, consideró al acusado de una peligrosidad entre la mínima y la media más cercana a la primera, y estimó que de haberse consumado el delito le hubiere impuesto doce años de prisión, que el caso sería la pena mínima a imponer, conforme al artículo 275 del Código Penal del Estado de Jalisco, antes de su última reforma, pero en virtud de tratarse de una tentativa, lo sancionó con las dos terceras partes de esos doce años, que en el caso resultan ser precisamente ocho años de encarcelamiento, es evidente -

que con ello violó, en perjuicio del quejoso, sus garantías individuales puesto que para la individualización de la pena tratándose del delito de homicidio en grado de tentativa, no basta tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto sino igualmente el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste, pues no es lo mismo sancionar el principio de ejecución de un delito que los actos que agotaron su proceso ejecutivo. Además, deberá atenderse a que, como el Código punitivo aludido no determina en el delictuoso, el mínimo de la pena a imponer, refiriéndose -- exclusivamente a la máxima, que precisa en las dos terceras partes de la que debería imponerse de haber consumado el delito, ello obliga al juzgador a acudir a la norma general que contempla el artículo 16 de la invocada -- codificación estatal. La cual alude a que la pena de prisión será de tres días hasta treinta años, o sea, que para el caso concreto, el mínimo para sancionar la tentativa debe ser de tres días y el máximo las dos terceras partes de la sanción que corresponde al delito consumado margen este en que se debe basar el juzgador para fijarla pena, tomando en cuenta, además, como ya se dijo, el grado de ejecución así como el daño objetivo que pudiera haberse causado a la víctima.

Séptima Época, Segunda Parte; Vols. 133-138
 Pag. 199 A.D. 2725/79 Rosendo Mario Paisano 5 votos
 Vols. 175-180, pag. 149 A.D. 2435/63
 Luis Manuel Ortiz Bautista 5 votos.

PENA, INDIVIDUALIZACIÓN DE LA ARBITRIO JUDICIAL

La cuantificación de la pena corresponde exclusivamente al Juzgador quien goza de plena autonomía para fijar el monto que su amplio criterio o arbitrio estime justo dentro de los máximos y mínimos señalados en la ley sin más limitación que la observancia de las reglas normativas de la individualización de la pena.

Quinta Epoca:

Suplemento de 1956, pag. 348 A.D. 797/54
 Feliciano Mena Pérez. Unanimidad de 4 votos
 Suplemento de 1956, pag. A.D. 1068/54
 Alberto Bravo Villa. Unanimidad de 4 votos
 Suplemento de 1956, pag. 352 A.D.
 David Aguilar Vélez 5 votos
 Tomo CXXV, pag. 2296 A.D. 1856/53
 Tomo CXXIII, pag. 664 A.D. 87/53

De la interpretación que se hace en esta Jurisprudencia dictada por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se infiere que la doctrina del arbitrio que tiene el Juzgador al contemplar y tener que resolver el hecho real que se adecúa al tipo penal, se encuentra limitado para efectos de la cuantificación de la pena entre los máximos y mínimos señalados en la ley.

Considerando un criterio adecuado por parte de nuestro máximo tribunal, en la jurisprudencia transcrita no veo porque se tenga que señalar como pena mínima para efectos de la tentativa los tres días que se indican en el artículo 25 del Código Penal para el Distrito Federal, si bien es cierto que en lo preceptuado por el artículo 63 del mismo ordenamiento, se indica que la punición en caso de tentativa puede ser hasta las dos terceras partes de la sanción que se debiera imponer de haberse consumado el delito, esto implica por sí solo la aplicación del referido artículo 25, ya que el criterio del juzgador al declarar su sentencia, las dos terceras partes pueden ser de conformidad a la aplicación de lo indicado en los artículos 52 y 59 del citado Código Penal, tanto de la pena mínima o máxima del tipo concreto que se haya violado. Criterio que sería conforme a la jurisprudencia antes considerada.

Tratándose de la pena que corresponde a un delito en grado de tentativa, el término " hasta " dos terceras partes de la sanción que debiera imponérsele al acusado si el delito se hubiera consumado, a que se refiere el artículo 63 del Código Penal, no significa que necesariamente deba aplicarse siempre como sanción la pena de las dos terceras partes, si la jurisdicción represiva admite que la peligrosidad del quejoso no es mayor que mínima, por existir en autos constancias de no tener ingresos anteriores por ningún delito, tener el carácter de delincuente primario y haber confesado su delito, ya que tales circunstancias ponen de manifiesto su buena conducta

precedente; por lo que sí la pena impuesta al quejoso -- constituye exactamente las dos terceras partes de la que prevé el artículo 25 del Código Fiscal de la Federación-- con ello le irroga el consiperjuicio (S.C., La Sala -- 3444/58/2a.

El criterio señalado en esta tesis no es más que la confirmación de la aplicación de nuestro Derecho Positivo - Penal de la teoría del libre arbitrio judicial en la imposición de las sanciones, que en el caso de la tentativa no solo está limitando entre la pena máxima y la mínima con que se castigue la violación de un tipo penal concreto, sino que también esta decisión por parte del juzgador se encuentra señalada por la ley, fijándose hasta en las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponer al sujeto o sujetos activos del delito, sin que este límite sea el siempre sentenciado, sino incluso puede ser menor.

CAPITULO IV LA TENTATIVA Y SUS CARACTERISTICAS

A. La Conducta Típica como Pries lógico del Delito.

Entre los diversos elementos integrantes del delito existe una necesaria relación entre ellos.

Desde un punto de vista temporal dichos elementos surgen simultáneamente haciendo imposible la afirmación de una realidad primordial del hecho con relación a sus caracteres de antijuridicidad y culpabilidad.

La concepción analítica o atomizadora del delito orientada a la mejor comprensión del todo mediante el análisis de las partes, establece el método adecuado para el entendimiento de la gran síntesis en la cual consiste el acto u omisión por las leyes penales.

Analíticamente considerado, el delito es la conducta a - el hecho típico, antijurídico, culpable y punible. Aún admitiendo la concepción tritómica o tetratómica del delito, este queda antes que nada caracterizado por un ser un hecho típico sobre el cual habrá de recaer la calificación de la antijuridicidad y de culpabilidad.

Los elementos del delito nacen simultáneamente, siendo - el hecho una realidad temporal, pero al mismo tiempo realizándose a posteriori, se hace exigencia práctica y legal, no sólo conforme a los principios de la dogmática sino -

atendiendo al alcance de nuestros textos constitucionales, el examen del acontecimiento verificado en el mundo fáctico para establecer su conformidad con la hipótesis-legislativa y deducir después sus demás caracteres.

La acción y la omisión, forma de expresión de la conducta, habrán de ser el punto de partida de toda investigación sobre el delito y este principio ineludible lo mismo rige por cuanto a hecho consumado que respecto a la conducta encaminada a su consumación.

El prius lógico del delito lo constituye la conducta típica con su carácter objetivo de injusticia para después dejar paso al examen conclusivo de su subjetividad.

Así mismo la conducta es considerada el primer elemento del delito; los autores han llamado a la conducta de diversas formas, tales como hecho, acción, etc., por lo tanto de los siguientes conceptos respecto de la conducta se mencionaran como las considera el respectivo tratadista.

Eugenio Cuello Calón, al respecto manifiesta:

"La acción en amplio sentido, consiste en la conducta exterior voluntaria, encaminada a la producción de un resultado." (25)

25. Derecho Penal tomo I. Editorial Nacional, 9a. edición, México 1961, p. 293.

El celebre tratadista Fernando Castellanos, expone:

" La conducta, es el comportamiento humano voluntario -- positivo o negativo, encaminado a un propósito." (26)

Antolisei por su parte considera como conducta:

" La manifestación de su personalidad, no solo el movimiento corporal que produce determinados efectos en el mundo exterior, sino también el no cumplimiento de una acción que se esperaba del hombre." (27)

y agrega

" Si es indudable que en todo delito se encuentra un elemento físico material, es igualmente indudable que la acción humana concurre sobre todo a formar el mismo elemento, sin la acción - entendida en el sentido más amplio de un hombre, ningún delito puede existir. " (28)

Como puede concluirse de lo expuesto por los tratadistas anteriores, respecto de la conducta, es claro que la voluntad del hombre, es el elemento con que esencialmente se manifiesta en el singular acto, la personalidad del sujeto, y esa voluntad del hombre, por específica naturaleza constantemente se orienta hacia una o varias de las perspectivas que el mundo le presenta y cuando se apropia de alguna o varias de ellas, las convierte en fines o propósitos.

26. Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa S.A. , 15a. edición, México 1985, p. 149.

27. La acción y el resultado en el Delito, 1a. edición, México 1959, s/e, p.27

28. Idem.

Ahora bien cuando esos propósitos, aunado con la intención las hace conducirse, siendo la intención su voluntad orientada hacia un fin. La voluntad supone la conciencia y el conocimiento de la conducta a realizar, se obra conscientemente cuando la decisión y el actuar se funda en el conocimiento del fin propuesto y de los medios empleados. La voluntad o es consciente o no es voluntad ya que la conducta es una manifestación de voluntad.

La conducta consta de tres elementos los cuales son:

- Manifestación de voluntad
- Resultado
- Relación de causalidad

La manifestación de voluntad, es la actividad externa del hombre.

Resultado es la lesión o amenaza de lesión o interés protegido por la norma penal violada.

Relación de causalidad es la relación que media entre la conducta y el resultado, haciendo posible la atribución material de éste a aquella como su causa.

La conducta humana puede producir un cambio en el mundo exterior, que puede ser: anatómico, físico, síquico, --- etc., debiendo establecerse entre la conducta y el resultado una relación causal para que aquel le sea atribuible y aquel sujeto realizador de la misma.

En cuanto a la necesaria relación que debe existir entre la conducta y el resultado, el celebre tratadista -- Luis Cousiño, señala:

" Entre la actuación y su efecto debe mediar un vínculo causal que establezca que la modificación habida en el mundo de los fenómenos o su quietud, es una consecuencia del hacer o del no hacer; la principal importancia del nexo causal, como lazo que une la actuación con el efecto es, la de establecer la participación del sujeto activo del fenómeno externo. Esta afirmación, naturalística y tática, sin embargo no tiene ninguna proyección anticipada en orden a una calificación jurídica de autaridad en el hecho delictuoso, puesto que falta por realizar todo el proceso deontológico del análisis de las demás facetas del delito, es decir la severación de que una persona es actor de un determinado efecto, tiene por ahora un simple valor objetivo y material, no implica afirmar que es además autor de un determinado delito, se trata -- tan solo de una imputación física del que habla Carrara -- que se traduce en un juicio acusatorio objetivo (¿o hi -- ciste esto! (29)

Existen diversas doctrinas, que se refieren a la causalidad, siendo dos de gran importancia:

- Doctrina de la equivalencia de las condiciones o de la *conditio sine qua non*.

- Doctrina de la causalidad adecuada.

29. Derecho Penal Chileno parte General, Tomo I, S/E, -- Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1875, p. --

La primera considera, que la causa integrada por la concurrencia de todas las condiciones que producen el resultado, por lo que todas ellas son equivalentes entre sí, - es decir, tienen el mismo valor causal.

La segunda teoría considera que la causa es la conducta humana, que además de ser requisito imprescindible de un resultado, asume relevancia ante la imagen rectora de -- una figura típica, por implicar una forma idónea de producir dicho resultado, habida cuenta la concreta situación en que el agente actúa.

Mediante el nexo causal, se trata de determinar además - de la relación causal que existe entre la conducta y el resultado, la relación psicológica entre el sujeto y el resultado.

Como acertadamente señala el celebre tratadista Celestino Porte Petit:

" Para ser un sujeto responsable, no basta el nexo naturalístico, es decir que exista una relación causal entre la conducta y el resultado, sino además comprobar la relación psicológica entre el sujeto y el resultado, que es función de la culpabilidad y constituye un elemento - del delito." (30)

Por cuanto a lo que se refiere a la omisión, como el segundo elemento o forma de la conducta, el tratadista Fer

30. Cit. por Castellanos Tena Fernando, op. cit., pp. 157 y 158

nando Castellanos, afirma:

" La omisión radica en abstenerse de obrar simplemente - en una abstención, en dejar de hacer lo que deba ejecu- - tar. La omisión es una forma negativa de la acción. " -- (31)

Para el tratadista Pavón Vasconcelos, la omisión es:

" La conducta negativa, es inactividad voluntaria con -- violación de una norma preceptiva (omisión simple), o de está y una prohibitiva (omisión impropia o comisión por- omisión)." (32)

En el hecho yacen los elementos del delito, tocando al - juzgador verificar la existencia para hacer posible el - mandato constitucional del artículo 21, aplicando las pe- nas, sin una conducta o un hecho, hacen imposible por - tanto, la integración del delito. El toque de partida lo constituye la conducta o la suma de esta y su resultado- causal integrantes del hecho de manera que sólo resulta posible el enjuiciamiento del sujeto autor, conforme a - nuestro régimen constitucional, cuando el hecho típico - se ha comprobado tanto su contrariedad con el derecho co mo su reprochabilidad a quien lo ha pronunciado.

B. Tipicidad y tentativa.

Dentro de la teoría del delito, se requiere para la exig

31. Op. cit., p. 152

32. Manual de Derecho Penal Mexicano, editorial Porrúa, S.A., 7a. edición, México 1985, p. 186

tencia del mismo, una conducta o hechos humanos, como ha sido señalado no toda conducta o hechos humanos son considerados como delito, preciso es además que sean típicos, antijurídicos y culpables.

Tampoco debe confundirse tipo con tipicidad, ya que el -- primero es la descripción legislativa que hace el Estado de determinada actitud que es considerada como delito; -- por lo que respecta a la tipicidad es el encuadramiento de la conducta concreta con la descripción legal formulada por el mismo Estado.

La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, cuya esencia impide su configuración y con el objeto de su análisis, principiarse por su concepto.

Para el celebre tratadista Castellanos Tena, la tipicidad es:

" El encuadramiento de una conducta, con la descripción hecha por la ley. " (33)

Miguel A. Cortes Ibarra, por su parte considera que es: " La adecuación exacta y plena de la conducta del tipo.- Afirmamos que la conducta es típica cuando se superpone o encuadra exactamente a la prevista. La tipicidad exige para su conformación, un agotamiento exhaustivo de la -- conducta en concreto a la descrita, abstracta e indeterminante en la ley penal." (34)

33. Op. cit., p. 166

34. Derecho Penal parte general, Cárdenas editor y distribuidor, 3a. edición, México 1987, p. 182.

Al respecto Carranca y Trujillo, manifiesta:

" La tipicidad señala la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto. " (35)

Al respecto Porte Petit, expone:

" Tipicidad, es solo aquella que se acomoda a la descripción objetiva aunque saturada a veces de referencias, a elementos normativos y subjetivos del injusto de una conducta que generalmente se reputa delictuosa, por violar en la generalidad de los casos, un precepto, una norma, penalmente protegida.

La tipicidad como elemento se da cuando el infractor que no es destinatario, arregla y conforma su conducta con es crupulosa exactitud a la hipótesis de la ley. " (36)

El tipo, en sentido lato, se identifica como delito, con la suma de sus elementos, concepto perteneciente a la vieja acepción del término.

Mezger hace referencia a la palabra tipo en el sentido de la teoría General del Derecho, como el conjunto de todos los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica.

En el sentido estricto, limitado a derecho penal, el tipo se considera el conjunto de las características de todo delito.

35. Cit. por . . , Rafael Marquez Piñero, Derecho Penal parte general, Cardenas editor y distribuidor, 3a. edición, - México 1987, p. 208

36. Derecho Penal I. editorial Porrúa S.A., 22a. edición, México 1989, p. 470

Jiménez de Asua destaca el empleo del vocablo tipo en sentido técnico, el cual no tiene que ver nada con el viejo concepto identificador del tipo y delito en el conjunto de sus elementos, ni tampoco con los de tipo general y tipo especial, queriendo con ello dejar sentada, de manera clara su afiliación a la noción de tipo desarrollada a raíz de la aparición de la obra de Heling y cuyo descubrimiento debe a este.

Ernesto Von Heling, constituye una figura rectora, una -- abstracción limitativa del concepto de la teoría tradicional Alemana, para la cual el Tatbestand no era sino la figura delictiva, esto es, el conjunto o la suma de sus elementos tanto objetivos como subjetivos.

La raíz histórica del tipo se encuentra contenida en el concepto de corpus delicti, vertido posteriormente bajo el nombre de Tatbestand, lenguaje alemán, considerado entonces el hecho del delito, el contenido real en oposición al puro concepto.

Jiménez de Asua hace destacar el imperativo impuesto por el derecho positivo alemán de ser punible la conducta antijurídica y culpable, amenazada de pena resultado únicamente los tipos de conducta captadas por las fórmulas de amenaza penal, como objeto de sanción.

De ahí desprende el carácter de la tipicidad en el delito.

Durante la fase de independencia, la tipicidad tiene una función meramente descriptiva, totalmente separada de la antijuridicidad y de la culpabilidad.

Cabe mencionar que la tipicidad y antijuridicidad, son -- conceptos distintos, el tipo es un elemento de la ley penal. Está castiga toda acción típica, antijurídica, aunque no toda acción típica es antijurídica o viceversa, ya que pueden existir hechos que no se sancionen, por no circnscribirse al tipo descrito en la ley.

Así mismo debe separarse la tipicidad de la culpabilidad -- ya que la determinación de la tipicidad de un acto, no reside en la determinación del dolo, ni de la negligencia, -- pues el tipo con que se relaciona la acción cometida, sea dolosa o culposamente, debe tener por necesidad lógica el mismo contenido.

Edmundo Mezger, en cuanto a la tipicidad se refiere, expone:

" Apartado propio, sino incluida en la antijuridicidad, -- tratada primero como injusto objetivo y posteriormente como injusto tipificado." y prosigue:

" El delito, es una acción antijurídica, la decisión de -- si una determinada conducta incide en la parcela del derecho penal resulta de la consideración de que como fundamento de la exigencia penal del estado, no es bastante -- cualquier acción antijurídica sino que es perfectamente -- preciso una antijuridicidad especial, tipificada típica:--

no toda acción antijurídica es punible, para que esto su ceda, es necesario que el derecho penal la haya descrito previamente en un tipo especial." (37)

Por su parte el profesor Ernesto Mayer, considera que:

" La tipicidad no es una simple descripción, sino que tie ne un valor indiciario de otras características del deli to, especialmente en cuanto a la antijuridicidad. " (38)

En cuanto a la tipicidad, Parte Petit expone:

" La tipicidad no debe concretarse única y exclusivamen- te al elemento objetivo, porque puede contener el tipo - además, algún elemento normativo o subjetivo del injusto- o ambos (a no ser que el tipo requiera solamente el ele- mento objetivo), consecuentemente la tipicidad consistirá- en la adecuación o conformidad a lo prescrito por el ti- po". (39)

En cuanto a los elementos del tipo, Miguel A. Cortés Iba- rra, señala:

" Los elementos de la descripción típica, son los sigui- entes:

Sujeto del delito.- es la persona física individual que - desarrolla la acción criminal.

Modalidad de la conducta.- el tipo penal frecuentemente - hace referencia a circunstancias de carácter especial a - medios de ejecución, a otro hecho punible, etc., estas - son modalidades de la conducta o del hecho descrito.

37. Cit. por Rafael Márquez Piñero, El tipo penal, edito- rial UNAM, 1a. edición, México 1984, p . 37 y 38

38. Idem.

39. Op. cit., p. 471

Objeto material.- el tipo también alude al objeto material de la conducta, esto es a la persona sobre la cual la acción típica se realiza.

Elementos objetivos.- también en el tipo se contemplan elementos objetivos perceptibles mediante la simple actividad cognositiva.

Elementos normativos.- si los elementos objetivos son -- apreciados en un simple acto de cognición, los elementos normativos, solo se captan mediante un proceso intelectual, que nos conduce a la valoración del especial concepto.

Elementos subjetivos.- esta clase de elementos de la conducta del autor unicamente cobra relevancia típica cuando esta enderezada en determinado sentido finalista." -- (40)

La tipicidad como elemento constitutivo del delito, constituye la condición "sine qua non", para catalogar al hecho como delictivo.

La tipicidad es considerada como la figura que dota una función predominantemente descriptiva, que singulariza - su valor en el concierto de las características del delito, es decir lo que la ley hace fijar los tipos delictivos por consecuencia no hay delito sin tipicidad o sea - sin el hecho de que la vida real encaje dentro de una de las formulas descriptivas de la parte especial de los códigos, donde se definen y se catalogan los delitos.

En cuanto a la clasificación de los tipos, en su obra Cortes Ibarra, expone:

" Los tipos penales se han clasificado fundamentalmente - en:

Normales y anormales.- Los tipos normales se caracterizan por involucrar elementos puramente objetivos. Los tipos - anormales incorporan componentes de índole subjetivo o - normativo.

Básicos y especiales.- Es básico cuando sus elementos descriptivos son el fundamento esencial de otros tipos esenciales. Los delitos de infanticidio y parricidio constituyen tipos especiales por tener como fundamento la privación de la vida (homicidio), que es el tipo básico.

Complementados y privilegiados.- el tipo básico, sin perder su autonomía, ocasionalmente se agrava en la personalidad por aparecer determinadas circunstancias. Estos son los tipos complementados, como el homicidio con premeditación, alevosía, ventaja y traición.

En otros casos la penalidad del tipo básico es atenuada - entonces tenemos tipos privilegiados, como el homicidio - en riña, en duelo por infidelidad conyugal." (41)

La H. Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a la tipicidad, a establecido:

" Para que una conducta humana sea punible conforme a derecho positivo, es preciso que la actividad desplegada -- por el sujeto activo, se subsuma en un tipo legal, esto -

41. Op. cit., pp. 185 y 186

es, que la acción sea típica, antijurídica y culpable, -- que no concorra en la total consumación exterior del acto injusto, una causa de justificación o excluyente de la -- culpabilidad. Puede una conducta humana ser típica, por -- que la manifestación de voluntad o la modificación del -- mundo exterior, es decir la producción del resultado lesi -- vo, enmarquen dentro de la definición de un tipo legal pe -- nal, como puede ocurrir por ejemplo, tratándose de homici -- dio o fraude, pero si se demuestra que el occiso fue pri -- vado de la vida por el sujeto activo, cuando este era -- objeto de una agresión injusta, real, grave, desaparece -- la antijuridicidad del acto inculminado y consecuentemen -- te al concurrir la causa justificadora de la acción, re -- sulta no culpable, o si, tratándose del segundo de los de -- litos, no se satisfacen los presupuestos de tipicidad al -- no integrarse sus elementos constitutivos. La tipicidad -- consiste en que el comportamiento del acusado se encuen -- tra adecuado al tipo que describe la ley penal. " (42)

La importancia que reviste la tipicidad, en la constitu -- ción del hecho delictivo, radica en que se establece en -- una forma clara y patente, que no existe delito sin tipi -- cidad, encontrándonos en este caso, frente a un aspecto -- negativo de una relación conceptual del delito; la ausen -- cia de tipicidad o atipicidad.

Jiménez de Asúa, hace destacar el imperativo impuesto por el derecho positivo además de ser posible la conducta an -- tijurídica y culpable.

Se estima a la tipicidad como expresión de la necesidad de acuñar a los delitos en tipos y no en definiciones genéricas y vagas, o como adecuación típica, según sucede entre nosotros al establecer el distingo entre tipo y tipicidad, es indudable la función esencial que le deriva por cuanto constituye la relación entre hecho y real.

En el delito consumado, la adecuación al hecho real al tipo legal verificase en forma integral, por cuanto requiere la presencia de todos los elementos descriptivos del tipo, en la tentativa dicho fenómeno capta solamente en forma parcial la conducta o el hecho descritos en el tipo principal.

La tentativa no puede prescindir del hecho constitutivo de la consumación al cual se le refiere, pues admitiendo plenamente, como los hemos venido considerando, el criterio de la autonomía de aquella, como delito por sí no puede constituirse su tipicidad sino en razón de la conducta o del hecho principal. Implica la conformación del delito tentado, en su aspecto típico, material, en la conclusión de la conducta o del hecho a los cuales refiere su punibilidad, exclusiva de su consumación.

Varini destacó la necesaria separación de las actividades preparatorias y ejecutivas, en orden a las exigencias jurídicas.

El preparar el delito no es un hecho prohibido por la norma y por ello no puede logicamente entrar en el concepto del delito tentado. La noción de la tipicidad limita a los actos ejecutivos de su actividad constitutiva, pues sólo la ejecución puede captar parcialmente la conducta o el hecho descritos en el tipo principal, excluyéndose la preparación por no ser expresión del tipo esencial.

En el delito tentado castigase la acción ejecutiva dirigida a la consumación y no al pensamiento malvado, aun cuando este haya sido exteriorizado en actos de preparación del delito.

El criterio de la peligrosidad del autor podrá invocarse para exigir la aplicación de una medida de seguridad, pero no para hacer funcionar la pena del delito tentado.

C. Antijuridicidad y tentativa

En el orden jurídico, es necesario para la constitución y mantenimiento de una sociedad como tal, supone un conjunto de normas de necesidad moral, cuyo quebrantamiento daña o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común. Estas normas derivadas ya sea de la naturaleza de las cosas o de la naturaleza humana necesitan de la convivencia y por ende el respeto mutuo entre los individuos que forman parte de tal sociedad, de la limitación recíproca en los movimientos y en las -

actividades, para no estorbar o entorpecer a los demás y de la cooperación que suma los esfuerzos particulares para llegar a lograr el beneficio común de la unión y formar un acervo equitativo de obligaciones y derechos a los que formamos esta sociedad no hallamos ligados y de los cuales podemos disfrutar. Por tal razón la violación de esas obligaciones o el ataque de esos derechos, el atentado contra esas normas jurídicas, es lo que tiene como lo señala en su obra el tratadista Ignacio Villalobos, el carácter de antijuridicidad material, porque viola los intereses vitales de la organización social, ya que dichos intereses constituyen una institución o bien jurídico, por estar protegidos por una organización jurídica por tal motivo, el citado tratadista concluye:

" El antijurídico material o el contenido material de la antijuridicidad consiste en la lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos o de los intereses jurídicamente protegidos. " (43)

El citado autor también considera la existencia de la antijuridicidad formal, expresando que es:

" Aquella que viola el precepto positivo derivado de los órganos del estado. " (44)

Lo antijurídico es un disvalor jurídico, una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho, funciona como un carácter esencial en el de

43. Derecho Penal Mexicano, editorial Porrúa S.A., 4a. edición, México 1983, p. 230

44. Idem

lito. Su ausencia, por la concurrencia en el caso concreto de una causa justificante, impide su formación y produce la inexistencia del delito.

Dado que la antijuridicidad es un concepto contrario a la norma y al derecho no resulta fácil proporcionar un concepto ya que no puede entenderse como lo contrario al derecho o lo contrario a la norma, simplemente como lo contrario a la ley, sino en el sentido de oposición a las -- normas de cultura reconocidas por el Estado.

Como se ha señalado, la conducta del individuo, además de ser típica, ha de ser antijurídica, esto es, contraria al orden público, para ser considerada como delito.

Como lo expone el celebre tratadista Raul Carranca y Trujillo.

" Para ser inculpinable una acción, ha de ser antijurídica, es decir contraria a derecho: la lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad, reconocida y aprobada por el derecho mismo, es lo que da a la juridicidad a la acción, porque una acción -- es opuesta a la ley, es antijurídica. " (45)

Dentro de los elementos objetivos, se reconoce la existen

45. Derecho Penal Mexicano, parte general, editorial UNAM, México 1937, p. 157.

cia de algunos elementos subjetivos de la antijuridicidad, que constituyen esencialmente está, en determinadas conductas, por necesitarse incluirlos en la valoración objetiva del acto que con ellos resulta antisocial o contrario al orden jurídico.

La antijuridicidad, presenta un carácter eminentemente-objetivo no le interesan los elementos finalísticos de la conducta o si está proviende de un incapaz, basta --- constatar, emitiendo un juicio, que la acción es contraria al orden jurídico.

Ignacio Villalobos al respecto sostiene:

" La valoración de los actos, es netamente objetiva: El homicidio es un disvalor jurídico o un antijurídico. -- Por lo tanto, es acertada la fórmula que declara que la antijuridicidad es violación de las normas objetivas. - Nada importan los rasgos subjetivos de quien comete el acto, sea su autor un infante, un hombre maduro y normal o un enajenado, el homicidio es antijurídico. " -- (46)

La antijuridicidad dentro de la teoría del delito, desempeña un papel, no obstante como lo señala el celebre profesor Porte Petit, existen diversas tesis al respecto, siendo estas:

" La que sostiene que constituye un carácter del delito
 La que sostiene que es un elemento del delito
 La que sostiene que constituye un aspecto del delito.

La que sostiene que es el delito en sí " (47)

De las tesis que señala el citado tratadista, considero que las dos más acertadas son las que señalan o consideran, que es un elemento del delito y que es el delito - en sí, en razón, de que la antijuridicidad es la acción contraria al orden jurídico y que sin su presencia no existe ilícito alguno.

El tratadista Rafael Márquez Piñero, señala que existen dos clases de antijuridicidad, las cuales son:

" Formal.- La que está constituida o integrada por la lesión o peligro para bienes jurídicos. " (48)

Actualmente se exigen dos requisitos para la existencia de la antijuridicidad - se sostiene - , los cuales son: educación o conformidad a un tipo penal y que la conducta no este amparada por una causa de justificación o exclusión del injusto a causa de su licitud.

En cuanto a la antijuridicidad material, existen dos corrientes que señalan:

- la antijuridicidad se encuentra esencialmente en el campo o zona jurídica, en la lesión de un bien jurídico o en el peligro de lesionarlo.

47. Op. cit., p. 481

48. Op. cit., p. 194

- La antijuridicidad, tiene su esencia fuera del area -
jurídica o extrajurídica.

En razón de las diferencias existentes, con motivo de -
la antijuridicidad material, el celebre tratadista Cuello
Calon, expone:

" La antijuridicidad, presenta un doble aspecto: Un as-
pecto formal, constituido por la conducta opuesta a la-
norma y otro material, integrado por la lesión o peli-
gro para bienes jurídicos." (49)

Por su parte el tratadista Ignacio Villalobos, manifiesta:

"No es preciso pensar por supuesto, que cada especie --
de la antijuridicidad formal o material, excluya a la -
otra, por el contrario, de ordinario van unidas ambas y
son, de acuerdo con su naturaleza y su denominación, --
una la forma y la otra el contenido de la misma cosa."-
(50)

Para el celebre catedrático, Castellanos Tena:

" La antijuridicidad constituye un concepto unitario, -
es el resultado de un juicio substancial. " (51)

Por su parte Franz Von Litz, se manifiesta en el sigui-
ente sentido:

49. Cit. por Fernando Castellanos Tena, op. cit., p. 485

50. Idem

51. Op. cit., p. 178

" El acto será, formalmente antijurídico, cuando implique transgresión a una norma establecida por el Estado (oposición a la ley) y materialmente antijurídico no -- cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos. " (52)

Hay que tener presente que el juicio de la antijuridicidad comprende la conducta en su fase externa, pero no -- en su proceso psicológico causal, ya que ello corresponde a la culpabilidad. La antijuridicidad es netamente -- objetiva, atiende sólo al acto, a la conducta externa. Así mismo se requiere para afirmar que una conducta es antijurídica, necesariamente en juicio de valor, una estimación entre esa conducta en su fase material y la escala de valores del Estado. Toda conducta es antijurídica cuando siendo típica no está protegida por una causa de justificación.

Así como la antijuridicidad, es la contradicción objetiva de los valores estatales, también existe la ausencia de la antijuridicidad. Es factible que una conducta típica este en aparente oposición al derecho y sin embargo no sea antijurídica por existir una excusa absoluta o causa de justificación, determinando el elemento negativo de la antijuridicidad.

"Las causas de justificación, son aquellas condiciones que tienen el poder de excluir la antijuridicidad de -- una conducta típica. " (53)

52. Cit. por Castellanos Iena Fernando, op. cit., p. 178

53. Ibidem p. 178

Admitase en la doctrina penal moderna, el carácter objetivo de lo injusto, precisándole como un juicio de valor emitido acerca de la relación entre el hecho producido por el hombre y la norma del derecho lesionada. Las normas del derecho aparecen como normas objetivas de valoración.

El contenido material de lo injusto se pretende encontrar, ya en la violación de un derecho objetivo ya en la violación de una obligación jurídica o en la de la norma de cultura, o en última instancia; en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico.

El contenido material de lo antijurídico radicaría en la violación de la norma de cultura.

Como el delito tentado, al igual que el consumado, tiene un contenido material antijurídico, éste no podrá consistir jamás en el daño efectivo al bien jurídico, sino en algo de menor entidad, si se tiene presente la ausencia del resultado, dicho contenido material, el peligro de la consumación del delito.

La antijuridicidad objetiva del delito tentado radica, en el peligro en el cual se coloca el bien jurídico como consecuencia del acto agresivo tendiente a la lesión.

El concepto de peligro, requerido por la antijuridicidad objetiva se liga, en forma imprescindible con la idoneidad del acto, el elemento objetivo de la tentativa consiste en el peligro para los bienes jurídicos el cual debe ser real y objetivo.

D. Culpabilidad y Tentativa

Como ha sido señalado en el presente capítulo, para que la conducta o acción realizada, por un sujeto, le sea - incriminable, además de ser antijurídica y típica, debe de ser culpable, es decir, es preciso que ella de lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que se traduzca en reproche por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible al autor.

Un sujeto para que sea culpable, es preciso que antes - sea imputable, que sea incriminable, que tenga la capacidad de entender y de querer, de determinarse en función de aquello que conoce, es por eso que la imputabilidad se debe considerar como el soporte o cimiento de la culpabilidad y no como un elemento del delito.

La culpabilidad ha sido estimada, como el conjunto de - presupuestos que fundamentan la reprochabilidad de la - conducta antijurídica.

Culpabilidad es reprochabilidad, calidad específica de-

disvalor que convierte el acto a voluntad del acto culpable.

La imputabilidad, constituye un presupuesto de culpabilidad, pues el reproche supone libertad de decisión y -- capacidad de reprochabilidad.

Raúl Carranca y Trujillo, en cuanto a la culpabilidad, -- expone:

" Será imputable, todo aquel que posea, al tiempo de la acción, las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las -- exigencias de la sociedad humana. " (54)

Respecto a la imputabilidad, Castellanos Tena, señala:

" Es el conjunto de condiciones mínimas de salud y desarrollo mentales en el autor, en el momento del acto típico penal, que lo capacitan para responder del mismo. La capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. " (55)

Así mismo, debe considerarse dentro de este tema, la --- responsabilidad, que es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el acto realizado.

54. Cit. por Castellanos Tena Fernando, op. cit., p. 218

55. Ibidem p. 218

Como he mencionado, son imputables quienes tienen desarrollada la mente y no padecen alguna anomalía que los imposibilite para entender y querer, es decir, los poseedores al tiempo de la acción el mínimo de salud y de desarrollo psíquico exigidas por la ley del Estado, pero solo son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder por él.

La responsabilidad entonces resulta, una relación entre el sujeto y el Estado, según la cual este declara que aquel obró culpablemente y se hizo acreedor a las consecuencias señaladas por la ley de su conducta.

De igual forma la imputabilidad, es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de la imputación legal de exclusión con relación al hecho de que se trate.

Por tal razón, la imputabilidad y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal, declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción o conducta determinada y como consecuencia, sujeto de una pena cierta, es decir juicio valorativo de reproche.

Como se ha determinado, la imputabilidad funciona como presupuesto de la culpabilidad y constituye la capaci-

dad del sujeto para entender y querer en el campo penal ahora corresponde a la culpabilidad determinar que la conducta de un sujeto aparte de ser antijurídica y típica deba de ser culpable.

Eugenio Cueilo Calon, al respecto, expone:

" Se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada." (56)

Como se ha señalado, que la conducta se produce con intervención de las facultades humanas de discernimiento y voluntad, está participación subjetiva del ser humano para la determinación y ejecución de sus actos, es en lo que radica la culpabilidad, de tal manera que dicho sujeto, ha sido acusado, no solo material, externa y aparente del acto delictuoso sino a la vez su causa humana psicológica, por haberlo querido y consentido directa e indirectamente, con inteligencia del acto y voluntariedad en la ejecución. Por tal motivo se considera que la culpabilidad es el nexo psicológico entre el acto y el sujeto, así también como aquello que hace que el acto antijurídico sea reprochable subjetivamente.

Dos son las principales doctrinas, que se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad, las cuales son:

- Teoría Psicológica de la culpabilidad
- Teoría Normativa de la culpabilidad

La primera teoría de las mencionadas, considera que la culpabilidad radica en un hecho de carácter psicológico dejando toda valoración jurídica, para la antijuridicidad, afirmando que la esencia de la culpabilidad consiste en el proceso intelectual-volitivo desarrollado por el autor.

Así mismo también señala, que el estudio de la culpabilidad requiere el análisis del psiquismo del agente, a fin de indagar en concreto cual ha sido su actitud respecto al resultado objetivamente delictuoso.

En cuanto a los elementos señalados en dicha teoría, intelectual y volitivo, el primero considera el conocimiento de la antijuridicidad de la conducta y el segundo la suma de dos querereres, de la conducta y el resultado, consistiendo la culpabilidad en un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado

Luis Fernández Doblado, con respecto a la teoría psicológica, expone:

" Para la doctrina en cuestión, la culpabilidad es considerada como la relación subjetiva que media entre el autor y el hecho punible y como tal, su estudio supone el análisis del psiquismo del autor, con el objeto de investigar concretamente cual ha sido la conducta psicológica que el sujeto ha guardado en relación al resultado que es objetivamente delictuoso." (57)

Por lo que se refiere a la segunda teoría mencionada,--

señala que el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, una conducta es culpable, si a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa, le puede exigir orden normativo una conducta diversa a la realizada.

La esencia del normativismo, consiste en fundamentar la culpabilidad o sea el juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos para comportarse conforme al deber. La exigibilidad sólo obliga a los imputables que en caso concreto puedan comportarse de acuerdo a lo mandado, así la culpabilidad no nace en ausencia de poder comportarse de acuerdo con la exigibilidad normativa, por faltar un elemento básico del juicio de reprochabilidad. Este juicio nace de la ponderación de dos términos:

Por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa, cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme a derecho, es decir el deber jurídico no llevado a cabo por el sujeto.

Como lo señala el jurista alemán Reinhart Maurach:

" Culpabilidad es reprochabilidad, con el juicio desvalorativo de la culpabilidad, se reprochará al autor el que no ha actuado conforme a derecho, el que se ha decidido en favor del injusto, aún cuando podía comportarse conforme a derecho, aún cuando podía decidirse en favor del derecho. " (58)

Es preciso señalar, que para la teoría normativista, la culpabilidad, no solo es una simple liga psicológica - existente entre el autor y la conducta realizada, ni se debe ver solo la psiquis del autor, es algo más es la - valoración de un juicio de reproche de ese contenido -- psicológico, por tal razón la culpabilidad es considerada como reprochabilidad de la conducta del sujeto, al - cometer el evento delictivo, se fundamenta en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber.

En consideración de lo señalado, una conducta, acción - o hecho será culpable, cuando a causa de la relación - psicológica entre ella y su autor puede ponerse a cargo de este y además serle reprochada de causalidad psicológica entre el agente y la acción, un juicio de reprobación de la conducta de aquel, motivado por su comportamiento contrario a la ley, pues ha quebrantado su deber de obedecerla ejecutando un hecho distinto del mandado por aquella. Se reprocha al agente su conducta y se prueba está, porque no ha obrado conforme a su deber.

Es necesario comentar, que tanto para los integrantes - de la teoría normativista y psicológica, en el delito - no solo el acto objetivamente considerado, ha de ser - contrario a derecho y por supuesto a los valores que - las leyes tutelan, sino que es necesario la oposición - subjetiva, es decir que el autor se encuentre también - en pugna con el orden jurídico siendo a través del des-

precio que el sujeto siente por el orden jurídico, por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo.

La culpabilidad reviste dos formas, que son:

- Dolo
- Culpa

La causalidad psicológica del acto o el producirse este por el sujeto en uso de sus facultades mentales, constituye la esencia de la culpabilidad, supuesto ya que se trata de una conducta antijurídica, y en que por lo mismo el dolo y la culpa como las dos maneras en que se produce la relación anímica entre el sujeto y su acto son verdaderas especies del género culpabilidad.

El dolo y la culpa son las dos maneras en que con más propiedad la culpabilidad se presenta con más amplitud y con mayor desición, distinguiendo una voluntad directamente encaminada al evento delictuoso, una voluntad indirecta que no se propone tal fin, pero sabe que su acto es capaz de originarlo y así se determina su obrar así mismo en la Jurisprudencia Mexicana, respecto de la culpa ha establecido:

" CULPA, MODALIDADES DE LA.- La culpabilidad como elemento esencial puede presentarse bajo dos especies, que son el dolo y la culpa, y está a su vez se subdivide en culpa consciente con representación o culpa inconsciente sin representación; la primera consiste en que el sujeto-

to activo ha considerado como posible la producción del resultado, pero ha confiado en que no se producirá. La segunda se presenta cuando el sujeto activo no ha previsto el resultado que hubiera podido preveer, aplicando el cuidado que se deber le imponía. " (59)

El sujeto activo dependiendo como encamine su voluntad ya sea conciente en la ejecución del hecho tipificado - en la ley como delito o cause igual resultado por medio de su negligencia o imprudencia, son las dos formas en que puede manifestarse la culpabilidad, es decir dolo o culpa.

Se puede cometer un ilícito mediante una determinada intención delictuosa (dolo) por un olvido de las precauciones indispensables exigidas por el Estado para la vida gregaría (culpa)

En el dolo el agente conociendo la significación de su conducta, procede a realizarla, por lo que corresponde a la culpa puede ser de dos formas: conciente con previsión e inconsciente o sin previsión, en cuanto a la conciente se ejecuta el acto con la esperanza de que no ocurrirá el resultado y la inconsciente no preve el resultado previsible, existiendo también descuido por los intereses de los demás.

Independientemente de la forma en que se manifieste ya sea dolosa o culposamente el comportamiento del sujeto

está se traduce en el desprecio que siente por el orden jurídico.

Rodolfo Chávez Sánchez Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al respecto señala:

" Es inexacto que el código Penal considere como dolosos a delitos carentes de ese carácter, el precepto exige, para la subsistencia de la presunción del dolo, que el resultado no querido sea necesaria y notoria consecuencia del hecho u omisión o bien, el agente haya previsto o haya podido prever esa consecuencia por ser -- efecto ordinario del hecho u omisión o estar al alcance común de las gentes." (60)

Por su parte el ministro Juan José González Bustamante expone:

" La ley penal del Distrito no contempla la preterintencionalidad ya que solo alude al dolo y a la culpa, y -- con una tendencia dogmática se advierte que en todos -- los delitos o se quiere el resultado (dolo) o no se desea, pero surge por la actuación descuidada e imprudente del agente (culpa), sin ser dable admitir una tercera especie de la culpabilidad de naturaleza mixta.

Aún los códigos que han incluido la preterintencionalidad siguen sancionando sólo en función de las dos formas tradicionales, como acaece en la legislación Veracruzana, la cual para la punición de la tercera especie remite al dolo. " (61)

60. Cit. por Fernando Castellanos Tena, op. cit., p. 237

61. Idem

El dolo constituye la principal forma de la culpabilidad y puede ser considerado en su noción más general como intención, esta intención ha de ser de delinquir o sea dañar.

La conducta o acción para ser voluntaria deberá estar calificada por la dañada intención para reputarsela dolosa.

Obrará con dañada intención, aquel que en su conciencia haya admitido causar un resultado ilícito, representándose las circunstancias y la significación de la acción un querer ilícito, voluntaria e intencionalmente, es la base sobre la cual se sustenta el concepto legal del dolo.

La voluntad constituye el coeficiente psíquico de la conducta, el cual consiste en querer realizar la acción o la omisión o bien la voluntad de no inhibir el movimiento corporal a la inactividad.

La voluntad en el dolo rebasa el estrecho ámbito de la conducta para abarcar igualmente el resultado, de manera que si la voluntad en la conducta consiste en querer realizar la acción o la omisión, la voluntad en el dolo es querer también el resultado.

Para el celebre tratadista Jiménez de Asua, el dolo es: " La producción de un resultado típicamente antijurídico, con conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso -

esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de realizar la acción y con la representación del resultado que se quiere o se ratifica. " (62)

En cuanto a la culpa se refiere, incontables han sido las tentativas realizadas en materia penal, con el objeto de precisar una definición de la culpa penal. Cuando se habla de culpa en el derecho penal, solo se quiere hacer referencia a una de las formas del elemento subjetivo del delito. La palabra culpa se emplea con propiedad para designar a una de las formas del elemento subjetivo del delito con un contenido opuesto al del dolo.

Se afirma que el delito es culposo, cuando el resultado que determina la acción no ha sido previsto ni querido por el que lo realiza, quien además no ha tenido la intención de producir lesión jurídica alguna. Ese resultado deriva de la imprudencia, negligencia, impericia o inobservancia de leyes, reglamentos, órdenes, deberes o disciplinas entre la acción o omisión del autor y el efecto, debe existir necesariamente un nexo de causalidad, es decir una relación directa.

En el delito tentado surge en toda plenitud y con su carácter general la culpabilidad. El sujeto a realizar ac

tos de ejecución de un delito, dirige su voluntad a la producción de un resultado antijurídico, siendo dicha voluntad la relación psicológica que habrá de fundamentar la reprochabilidad.

En manera alguna puede concebirse una tentativa en la cual la acción no vaya dirigida a la consumación de un delito, de manera que todo acto ejecutivo lleva impreso el dolo de la consumación, resultando característico de la tentativa, la proyección de la voluntad a un resultado alcanzado por el sujeto.

Es imposible la configuración de la tentativa en los delitos culposos, los cuales se caracterizan por la ausencia de voluntad de causación del resultado dañoso, confirma esta apreciación el propio texto del artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal, pues la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito - si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente es consecuencia de su voluntad dirigida a la consumación la cual no llega a producirse precisamente a virtud de causas ajenas a esa voluntad.

CAPITULO V

INTERPRETACION DEL ARTICULO 12 DEL CODIGO PENAL PARA EL
DISTRITO FEDERALA. Interpretación del artículo 12 antes de la reforma -
de 1985

Antes de la reforma el Código Penal para el Distrito Fe-
deral, en su artículo 12, señalaba:

" La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos en-
caminados directa e inmediatamente a la realización de-
un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la
voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa los jueces tendrían
en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se-
hubiere llegado en la ejecución del delito."

El artículo 12 del Código Penal para el Distrito Fede-
ral antes de ser reformado contemplaba como elementos -
integrantes de la punibilidad de la tentativa una serie
de condiciones que la provocarían. Contemplaba un ele-
mento subjetivo de lo injusto señalado que la conducta-
se realizará mediante ejecución de "hechos", término --
que debe ser entendido tanto en LATU SENSU como en ES-
TRICTO SENSU.

Contemplaba el elemento de "delito", como intención fi-
nal de la conducta condicionando su no existencia a --
" causas ajenas " a la voluntad del agente.

En la parte final del precepto se indican las condiciones que tomará en cuenta el juzgador para la imposición de las penas.

B. Interpretación del artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal.

" 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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que esté se refiere sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyen por sí mismos delitos. "

Realizando una interpretación lógica y sistemática del precepto legal que nos ocupa, desglosaremos los elementos integrantes.

Se contempla un elemento subjetivo que se finca en la -

" resolución de cometer.... " teniendo como significado-gramatical " la acción de resolver o resolverse/animus, -valor, arresto/ actividad, prontitud, viveza / Decreto,-providencia, fallo o auto de una autoridad.

Dicha resolución tiene que ser para provocar un delito-concepto que se entenderá de conformidad a lo contemplado en el artículo 7 del Código Penal vigente para el -- Distrito Federal.

El tipo señala en forma redundante que la conducta generadora deberá ser "exteriorizada o omitida", siendo que es en esta forma como se contempla la ejecución de un delito.

En la parte final del primer párrafo del artículo en --mención se establece otro elemento que lo constituye y es el relativo a que el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El segundo párrafo señala los indicativos que tomará en cuenta el juez para la imposición de la sanción y finalmente considero que la primera parte del último párrafo de este artículo previene una excluyente de responsabilidad penal, elemento innovador establecido en la reforma. Por otra parte al final del párrafo se deslinda la imputación consecuente que pudiera resaltar de la conducta del sujeto activo de la tentativa y que por si -- mismos constituyen delitos.

C. Elementos innovadores del actual artículo 12 del Código Penal para el Distrito Federal.

Interpretaciones sistemáticas y lógicas del artículo 12 del Código Penal vigente para el Distrito Federal, antes de la reforma de 1985 y la actual, reportaría como elementos innovadores lo indicado en el último párrafo del precepto en lo relativo a :

- La excluyente de responsabilidad penal.
- La imputación consecuente del sujeto activo de la tentativa y que por si mismos constituyen delitos.

CAPITULO VI

INTERPRETACION DEL ARTICULO 63 DEL CODIGO PENAL DE 1931

A. Raúl Carranca y Irujillo

Al respecto el citado tratadista expone:

" La interpretación que se le debe dar al término " hasta", debe ser apoyada de acuerdo con el criterio de la corte, mismo que a la letra dice:

JURISO.- Tratándose de la pena que corresponde a su delito es grado de tentativa, el término "hasta" dos terceras partes de la sanción que debería imponérsele al acusado si el delito se hubiera consumado, a que se refiere el artículo 63 del Código Penal no significa que necesariamente deba aplicarsele siempre como sanción la pena de las dos terceras partes, así la jurisdicción represiva admite que la peligrosidad del quejoso no es mayor que mínima, por existir en autos constancias de no tener ingresos carcelarios anteriores, tener el carácter de delincuente primario y haber confesado su delito ya que tales circunstancias ponen de manifiesto su buena conducta precedente; por lo cual si la pena impuesta al quejoso constituye las dos terceras partes de la que provee el artículo 25 del Código Fiscal de la Federación, con ello se irroga el consiguiente perjuicio.

(S.C., la sala, 3444/58/2a)." (63)

B. Rafael de Pina

63. Carranca y Irujillo Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A., 15a edición, México 1985, pp. 179 y 180

No hace ningún comentario especial en relación a la interrogación del artículo 53 del Código Penal y simplemente deja que las reglas generales de individualización de las penas indicadas en los artículos 52 y 59 -- del ordenamiento legal citado, sean las que provoquen en el juez su criterio de aplicación de la sanción en caso de las tentativas punibles." (64)

64. De pina Vera Rafael, Código Penal Comentado, s/e, - editorial Porrúa, México 1985, p 68.

CAPITULO VII
PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA Y SU PROBLEMATICA
PARA EFECTOS DE LA APLICACION DEL ARTICULO 20
FRACCION PRIMERA CONSTITUCIONAL

A. La interpretación de la ley

Se interpreta una ley cuando se busca y se esclarece o desentraña su sentido mediante el análisis de las palabras que la expresan:

Sobre este particular se invocan, entre nosotros, los aforismos o principios generales del derecho, los cuales deben ser relegados pues no es misión de la labor interpretativa de las leyes penales favorecer al acusado, en relación a la regla indubito pro reo, cuya operancia -- es admitida plenamente en materia procesal con referencia a la valoración de la prueba, surgen dudas si deba ser admitida en cuanto a la interpretación de la ley penal. Algunos autores admiten, otros la niegan.

Clases de interpretación.

- Según los sujetos.- de acuerdo con esta interpretación los sujetos pueden ser:

Doctrinal o Privada; y
Judicial y Auténtica.

Se llama interpretación doctrinal o privada a la llevada a cabo por los especialistas o estudiosos de Derecho carece de fuerza e influencia aunque en ocasiones la adquiere a través de las otras formas señaladas.

En cuanto a la interpretación judicial es la realizada por los órganos jurisdiccionales. El juez constituye el órgano de interpretación de la ley al resolver todos los conflictos planteados ante él y aplicar la ley, aún cuando la interpretación que realiza carece del poder de obligar.

Nuestro artículo 21 constitucional proclama que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

En nuestro país tiene fuerza obligatoria la jurisprudencia que establece la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en pleno sobre la interpretación de la Constitución, leyes y reglamentos federales o locales y tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano, pero tal obligatoriedad sólo alcanza a las salas que la componen, a los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, a los Juzgados de Distrito, a los Tribunales Militares y Judiciales del orden común de los Estados, Distrito Federal y Tribunales Administrativos y del Trabajo, locales y federales debiéndose entender que las ejecutorias dictadas por la Suprema Corte, funcionando en pleno, constituyen jurisprudencia cuando lo resuelto en ellas se sustente en cinco ejecutorias no interrumpidas.

1. Se está en presencia de una interpretación declarativa cuando existe perfecta coincidencia entre el contenido de la ley y su expresión; entre espíritu y la letra.

2. La interpretación extensiva supone un texto estrecho para la intención de la ley pues la voluntad de esta -- tiene mayor amplitud con relación al significado de las palabras usadas por el legislador.

3. La interpretación restrictiva, al contrario de la extensiva, reduce o restringe el alcance del texto de la ley para ponerlo acorde con la voluntad de ésta.

B. Las lagunas de la ley y la analogía

La cuestión de si existen lagunas en la ley no ha encontrado hasta la fecha una solución unánime y satisfactoria. Mientras unos autores las niegan otros las afirman.

Si en algunos casos se habla de alguna laguna del derecho, afirma Kelsen, es porque "al órgano encargado de aplicarlo le parece inoportuna o injusta de decisión lógicamente posible y por ello se pretende que el legislador no previó el caso." En tal situación, agrega "hay una imposibilidad de llenar la supuesta laguna por la vía de la interpretación." Ésta ya no tendría por función facilitar la aplicación de una norma vigente, sino eliminarla y reemplazarla por una norma juzgada mejor o más justa por el encargado de aplicar el derecho. Si en apariencia se completa el derecho en realidad se le deroga y se le reemplaza por un nuevo derecho, creado especialmente en vista de un caso concreto.

El gran jurista expresa que en ocasiones se habla de lagunas técnicas, cuya realidad es admitida aún por quie-

nes cuestionan la existencia de lagunas lógicas. Cuando el legislador omite la norma necesaria para la aplicación técnica de la ley se está en presencia de una laguna técnica y esta podría colmarse mediante la interpretación.

La analogía busca por tanto la afinidad entre un hecho cualquiera y otro semejante, cuando tal procedimiento implique un juicio valorativo cuyo fin es precisar si existe la misma razón legal entre un caso legislado y otro que no lo ha sido, hablamos con propiedad de analogía desde el ámbito jurídico. La analogía consiste, pues en atribuir a situaciones parcialmente idénticas, una prevista y otra no prevista por la ley, las consecuencias jurídicas que señala la regla aplicable al caso previsto.

La analogía se clasifica en:

1. Analogía legis
2. Analogía juris
3. Analogía in bonam partem
4. Analogía in malam partem

La analogía legis señala cuando el fundamento de la valoración recae en una norma jurídica de la cual surge la que habrá de aplicarse el caso semejante no regulado.

La analogía juris, se entiende la creación de la norma que regulará el caso no previsto, tomándose como base el espíritu de todo el ordenamiento por no existir precepto positivo orientador.

Se afirma que la analogía legal o legis origina la analogía in malam partem al permitir que la creación de delitos y penas, por lo cual resulta inadmisibles en nues-

tro medio y en aquellos países de tradición liberal en atención al muticitado principio de reserva.

Analogía *in bonam partem* consiste en la integración del vacío de la ley en favor del acusado y sólo se admite tratándose de normas en sentido amplio, más no es, sin embargo, aceptada en forma unánime.

C. Principio *Indubio pro reo*.

Sobre el principio *in dubio pro reo*, Cuello Calón, señala que debe ser relegado, pues no es misión de la labor interpretativa de las leyes penales favorecer al acusado, este principio es admitido plenamente en materia procesal con referencia a la valoración de la prueba, -- surgen dudas de si debe ser admitida en cuanto a la interpretación de la ley penal.

Algunos autores la admiten, otros la niegan argumentando que desde ningún punto de vista deben darse a los términos de la ley un sentido favorable al acusado sino el correspondiente al espíritu del ordenamiento jurídico.

Soler sostiene categóricamente la inexactitud de la validez del principio *in dubio pro reo*, en materia de interpretación de la ley, aduciendo que "su aplicación -- constante equivaldría a negar toda interpretación basando la circunstancia de que pudiera darse varias interpretaciones para que fuera sólo posible la aplicación de la más favorable, imponiéndose al juez esta única solución, aún cuando ella sea la más conforme a la voluntad de la ley, rechazarse esta clasificación que distingue la interpretación en benigna o perjudicial, cualquiera que sea la razón que se invoque.

Ricardo C. Núñez, aduce que desde un punto de vista histórico la admisión del principio in dubio pro reo, --- constituye un resguardo más de la libertad individual - puesto que está presupone consciente determinación de - la persona frente a la prohibición y a sus consecuencias, pero científicamente su lugar se encuentra en el -- problema de la culpabilidad aunque transformada la situación de duda en la de error e ignorancia del derecho por parte del autor.

Considero que no debe confundirse el ámbito de aplicación del citado principio, en materia de interpretación de la ley con el correspondiente a la culpabilidad del autor del delito.

En el primer caso, la admisión de la regla in dubio --- pro reo, lleva a considerar aplicable la interpretación más benigna y ordinariamente más favorable al acusado, - en tanto procesalmente la duda sobre la culpabilidad, a virtud del principio en cuestión, origina la procedencia de la absolución del indicado.

D. Artículo 63 señala lo siguiente:

" A los responsables de tentativas punibles se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos -- terceras partes de la sanción que se desiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.

De conformidad a la interpretación gramatical de este precepto, es importante indicar que el legislador se apega al respecto al principio del arbitrio judicial en lo referido a la aplicación de las sanciones.

El término "hasta", cuyo significado es prep y sirve para expresar el término de lugares, acciones y cantidades continuas y discretas, y utilizando esta situación nuestro código implica una limitante en cuanto a la sanción de la tentativa punible, sin que esta pueda pasar por las dos terceras partes indicadas, cuantificación de la sanción que dependerá de lo que se hubiere impuesto al sujeto activo del delito de haberse consumado el ilícito, sanción que no necesariamente tendrá que ser las dos terceras partes, sino inclusive menor.

Las acciones que se aplican en las tentativas punibles tal como lo señala el ordenamiento en estudio sera "hasta" las dos terceras partes de la pena MINIMA o MAXIMA del tipo penal concreto.

E. Aplicación de la fracción I del Artículo 20 Constitucional en los casos de tentativa.

La fracción I del Artículo 20 Constitucional dice a la letra:

" En todo juicio del orden criminal tendrá derecho el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijara el juzgador tomando en cuenta sus circunstancias y la gravedad del delito que se impute, siempre que el delito, incluyendo -

Sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial u otorgar otra caución bastante para asegurar, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación.

La caución no excederá de la cantidad equivalente a la percepción durante dos años del salario mínimo general-vigente en el lugar en que se cometió el delito. Sin embargo, la autoridad judicial, en virtud de la especial-gravedad del delito, las particulares circunstancias personales del imputado o de la víctima, mediante resolución motivada, podrá incrementar el monto de la caución hasta la cantidad equivalente a la percepción durante cuatro años del salario mínimo vigente en el lugar que se cometió el delito.

Si el delito es intencional y representa para su autor un beneficio económico o causa a la víctima daño y perjuicio patrimonial la garantía será cuando menos tres veces mayor al beneficio obtenido o a los daños y perjuicios patrimoniales causados.

Si el delito es preterintencional o imprudencial, bastará que se garantice la reparación de los daños y perjuicios patrimoniales causados, y se estará a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores."

La libertad bajo fianza es una garantía de rango constitucional cuyos requisitos para ser otorgada son:

1. Que lo solicite el acusado
2. El juez la otorgará tomando en cuenta las circunstancias personales del acusado.

3. Tomar en cuenta la gravedad del delito imputado.
4. Que el delito merezca ser castigado con pena cuyo -- término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión.
5. Poner a disposición de la autoridad la suma de dinero, caución hipotecaria o personal que haya fijado como fianza.

De todos los tipos penales contemplados el código punitivo del Distrito Federal, desde el título primero llamado " Delitos contra la seguridad de la Nación ", hasta el título vigésimo tercero denominado " Encubrimiento " se señalan penas mínimas y máximas, dentro de las cuales el juez aplicará la concreta de conformidad a su arbitrio.

En los requisitos señalados en la fracción I del Artículo 20 Constitucional, se señala en calidad de SINE QUANON, la de que "El delito merezca ser castigado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años."

De conformidad a una sana interpretación gramatical de este precepto, la forma como debe aplicarse es sumando la pena menor con la mayor contemplada en el tipo penal concreto y ser dividido entre dos, y si el resultado es menor a cinco años cae dentro de la regulación Constitucional.

Aplicando el precepto Constitucional al artículo 63 del Código Penal del Distrito Federal y el tipo penal concreto, la forma correcta de aplicación de la garantía sería la de tomar una tercera parte de la pena menor y-

mayor, ésto en aplicación del principio IN DUBITU PRO --
 REO, así como la aplicación del principio de prohibici-
 ón que tiene la autoridad judicial de prejulgar, sumar-
 dichas cantidades y el resultado dividirlo entre dos y-
 si esté es menor a cinco años, otorgar la libertad bajo
 fianza.

Ejemplificando lo anterior tendríamos que el caso del -
 tipo penal establecido en el artículo 307 del Código Pe-
 nal para el Distrito Federal, funcionará lo antes dicho
 de la siguiente forma:

" Art. 307.- Al responsable de cualquier homicidio sim-
 ple intencional que no tenga señalada una sanción espe-
 cial en este código, se le impondrá de ocho a veinte --
 años de prisión.

1. Penas:

- Mínima: ocho años
- Máxima: Veinte años

2. Aplicando el artículo 63 del Código Penal:

- Mínima: cinco años, tres meses, tres días
- Máxima: trece años, tres meses, tres días

3. Aplicando la fracción I del artículo 20 Constitucio-
 nal:

- Mínima: cinco años, tres meses, tres días
- Máxima: Trece años, tres meses, tres días

está última suma dividida entre dos: nueve años, tres -
 meses, tres días.

F. Propuesta de reforma para la nueva redacción del ar-
 tículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal.

Considero que la forma correcta de redacción del artículo 63 del Código Penal para el Distrito Federal vigente debe ser:

" A LOS RESPONSABLES DE TENTATIVAS PUNIBLES SE LES APLICARA, A JUICIO DEL JUEZ Y TENIENDO EN CONSIDERACION LAS PREVISIONES DE LOS ARTICULOS 52 Y 59 HASTA LAS DOS TERCERAS PARTES DE LA SANCION QUE SE LES DEBIEHA IMPONER - DE HABER CONSUMADO EL DELITO DENTRO DE LAS PENAS MINIMAS Y MAXIMAS QUE PREVIENEN CADA TIPO PENAL SALVO DISPOSICION EN CONTRARIO."

C O N C L U S I O N E S

1. Para la cuestión de la tentativa, se desprende que -- es necesario la ejecución de actos o hechos encaminados a la realización de un fin determinado.

2. Se deduce igualmente en que el resultado que se pretende efectuar no llega a realizarse por causas ajenas -- ya sea a la voluntad del sujeto activo o por propio desistimiento.

3.- De igual forma el presente trabajo tiene por objeto -- que la imposición de la pena en grado de tentativa debe ser inferior a la que se señala para delitos consumados.

4. Así mismo debe de existir una diferenciación entre -- los actos con resultado de CONATO y los actos que llegan a sus últimas consecuencias.

5. Se presupone en base a nuestra legislación de 1931 -- que deben ser punibles todos los actos o hechos ejecutados, encaminados directo e inmediatamente a la comisión de un delito, y que no se realizan por causas ajenas a -- la voluntad del agente.

6. Es necesaria la reforma de la punición de la tentativa de acuerdo al texto contenido en el mismo ya que deja en estado de indefensión al sujeto activo del delito al no marcar un mínimo y un máximo para la imposición =

de pena, dejándolo al arbitrio del juzgador al referirse que puede imponerse hasta las dos terceras partes del delito por haberse consumado este.

7. Cabe hacer mención que la garantía Constitucional establecida en el artículo 20 fracción primera, impone la necesidad de establecer un término medio aritmético respecto de la pena para poder gozar de libertad provisional y aplicando al precepto del Código Penal en su Artículo 63, deja en estado de indefensión al peticionario - de garantías al no establecer el mismo un término mínimo sino sólo un máximo.

8. Se estima que es violatorio de garantías el precepto del numeral 63 del Código Penal para el Distrito Federal al no imponer el mismo un término medio y un máximo para la imposición de pena al encuadrar en la petición del artículo 20 fracción primera Constitucional.

9. Si se considera que el juzgador, debe acatarse al principio de favorecer al reo en todo lo que a sus intereses convenga al momento de conocer de una petición de garantía de libertad, al momento estaría conforme a derecho, imposibilitado para conocer de las formas de ejecución del delito, del modo de vivir del sujeto activo de las condiciones y estados de animo del mismo, ya que el mismo suele llevarse a cabo en la secuela procesal y no al momento de quedar el reo a su disposición lo que-

en resumen se entiende que queda a su prudente arbitrio

10. La reforma que se propone no puede considerarse del todo fuera del derecho, ya que si bien es cierto, que al sujeto activo del delito se le puedan imponer hasta las dos terceras partes de la pena de haberse consumado el delito, también lo puede ser que a los demás delitos tipificados se les fija términos medios y máximos; tendría que considerarse un término mínimo y un máximo, para que el precepto no fuera violatorio de garantías --- constitucionales al hacer distinción en cuanto a la suma de penalidades; ésto es suma de mínimos y máximos para sacar un término medio aritmético.

11. Por lo que considero que la reforma que propongo a través de la realización del presente trabajo, se encuentra encaminada a la exigencia que establece el artículo 20 constitucional fracción primera, de establecer -- términos mínimos y máximos de pena, a los responsables de conductas delictivas, y no dejar al prudente arbitrio del juzgador la suma de posibles mínimos y máximos para saber si no rebasa el término medio aritmético para el beneficio de libertad provisional.

12. Se conocen que legislaciones de otras entidades se aplica la reforma que propone el suscrito, para los casos de tentativa ya que las mismas acertadamente establecen términos mínimos y máximos para la imposición de

la pena en caso de haberse consumado el delito, en relación a la solicitud de libertad provisional del artículo 20 Constitucional fracción primera

13. Se concluye que la reforma que propone el suscrito, de acuerdo al resultado de trabajo expuesto y a la necesidad de determinar imposiciones de pena en casos de tentativa con términos mínimos y máximos, para sujetar al órgano jurisdiccional a lo establecido textualmente y no a su arbitrio, por lo que considero que debe plasmarse el texto de la siguiente forma:

" Art. 63.- A los responsables de tentativas punibles - se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debería imponer de haber consumado el delito, dentro de las penas mínimas y máximas que previenen cada tipo penal, - salvo disposición en contrario."

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

- Antolisei Francisco, La acción y el resultado en el delito, México 1959.
- Carranco y Irujillo Raúl, Código Penal Anotado, Editorial Porrúa, S.A., 15a. edición, México 1937.
- Carranco y Irujillo Raúl, Derecho Penal Mexicano, Editorial UNAM, México 1937.
- Castellanos Tena Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., 15a. edición, México 1985.
- Cortés Ibarra Miguel Angel, Derecho Penal, Cardenas Editor y Distribuidor, 3a. edición, México 1987.
- Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal tomo I, Editorial Nacional, 9a. edición, México 1961.
- Consiño Mac Iver Luis, Derecho Penal Chileno Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile 1975.
- De Pina Vera Rafael, Código Penal Comentado, Editorial Porrúa, S.A., 14a. edición, México 1985.
- Giuseppe Bettiol, Derecho Penal, parte general, Editorial Temis, 4a. edición, Bogotá 1965.

Jiménez de Asua Luis, Tratado de Derecho Penal Tomo VII, Delito y su exteriorización, Editorial Lozada, S.A., Buenos Aires 1970.

Márquez Piñero Rafael, El tipo penal, Editorial UNAM, México 1984.

Márquez Piñero Rafael, Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor, 3a. edición, México 1987.

Mezger Edmundo, tratado de Derecho Penal Tomo I, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid 1935.

Palacios Ramón La tentativa, el mínimo de ilicitud penal, Imprenta Universal, México 1951.

Pavon Vasconcelos Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

Porte petit Celestino, Derecho Penal Tomo I, Editorial - Porrúa, S.A., 22a. edición, México 1989.

Pavon Vasconcelos Francisco, Breve ensayo de la tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México 1985.

Villa Lobos Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Editorial - Porrúa, S.A., 14a. edición, México 1983.

LEGISLACION CONSULTADA

Leyes y códigos de México, Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de México, 5a. edición, Editorial Porrúa, S.A., México 1991.

Leyes y códigos de México, Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Morelos, 3a. edición, Editorial Porrúa, S.A., 1990.

Leyes y códigos de México, Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, 7a. edición, Editorial Porrúa, S.A., 1990.

Leyes y Códigos de México, Códigos Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, 3a. edición, -- Editorial Porrúa, S.A. 1989.

Leyes y Códigos de México, Códigos Penal para el Distrito Federal, Editorial Porrúa, S.A., 42a. edición, México -- 1990.

OTRAS FUENTES

Jurisprudencia Mexicana 1917-1971, Cardenas Editor y Distribuidor, México 1985.