

387
Lej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

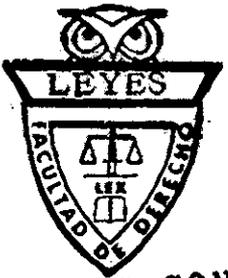
LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO
IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :

ANA PATRICIA PARRONDO ALVAREZ DEL CASTILLO

ASESOR: LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA



MEXICO, D. F.

1999

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

0276646



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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 esta 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.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.**

La alumna **ANA PATRICIA PARRONDO ALVAREZ DEL CASTILLO**, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del **LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA**, la tesis profesional intitulada "**LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL FEDERAL**", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor **LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA**, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en examen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "**LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL FEDERAL**" puede imprimirse para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar a la alumna **ANA PATRICIA PARRONDO ALVAREZ DEL CASTILLO**.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad."

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
México, D.F., a 29 de septiembre de 1999:

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Ciudad Universitaria, a 14 de abril de 1999

DR. LUIS RODRIGUEZ MANZANERA
H. DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO PENAL DE LA FACULTAD DE
DERECHO DE LA UNAM.
P R E S E N T E.

Estimado Doctor.

Por medio de la presente me dirijo a usted para informarle que la C. Pasante de Derecho ANA PATRICIA PARRONDO ALVAREZ DEL CASTILLO, ha realizado bajo mi dirección el trabajo de tesis denominado " LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE EN EL CÓDIGO PENAL FEDERAL", y en virtud de que la misma cumple con los requisitos de fondo que una obra de tal naturaleza exige y los requisitos normales establecidos por el Seminario que usted dignamente representa, he tenido a bien aprobar y, por consiguiente, la someto a su consideración para los mismos efectos.

Sin otro particular por el momento, aprovecho la ocasión para enviarle un afectuoso saludo.

ATENTAMENTE

LIC. CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA
PROFESOR DE CARRERA DE LA FACULTAD
DE DERECHO DE LA UNAM.

SINCERAMENTE AGRADEZCO:

A MIS PADRES

**ISABEL ALVAREZ DEL CASTILLO DEL MORAL
JOSE MARIA PARRONDO GOMEZ (In memoriam)**

Con mi eterna gratitud por darme la vida; por sus cuidados, desvelos, consejos, apoyo y amor, porque entre otros valores me enseñaron el camino del estudio.

A MI ESPOSO, ALFONSO ZUBIETA RUIZ

Por su comprensión, motivación y apoyo, pero sobretodo por su amor, por estar conmigo en todos los momentos difíciles y felices de la vida.

A MI ALMA MATER, LA UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

Por ser la Máxima Casa de Estudios, cuna de grandes seres humanos, por abrir las puertas al conocimiento, y haberme dado la oportunidad de realizar mis estudios profesionales

A MIS PROFESORES:

Con respeto y admiración, por su dedicación y compromiso, al haber compartido sus conocimientos y ser fuente de motivación al estudio.

AL LIC. CARLOS BARRAGAN SALVATIERRA

Por su tiempo, conocimientos y dirección del presente trabajo.

DEDICATORIAS:

**A MI ABUELITA, A MIS TIOS RAFAEL, BEATRIZ
(In memoriam) Y
HECTOR ALVAREZ DEL CASTILLO DEL MORAL**
*Por su cariño y en especial, por su presencia y
cuidados en algún momento adverso de mi
vida.*

**A MI TIO JAIME ALVAREZ DEL CASTILLO
DEL MORAL**
*Por su cariño, por el ejemplo del gran
amor a esta bella profesión.*

A LAS FAMILIAS RUIZ Y SILVA:
Por su afecto y apoyo.

A MIS AMIGOS:
Por la lealtad y afecto que nos une.

ADENDA

En este año , se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 1999 un decreto que modificó tanto la denominación como el ámbito de aplicación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal para quedar como Código Penal Federal.

Con posterioridad, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 17 de septiembre de 1999 una reforma que también modificó tanto la denominación como el ámbito de aplicación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal promulgado en 1931 con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación hasta el 31 de diciembre de 1998 (sin considerar las hechas el 8 de febrero, 17 y 18 de mayo de 1999 por el Congreso de la Unión), para quedar como Código Penal para el Distrito Federal.

Dada la actual situación por la que atraviesa nuestra Casa Máxima de Estudios, y en relación a las reformas citadas, no me fue posible modificar el título del presente trabajo para dejarlo como "La necesidad de sancionar al delito imposible en el Código Penal Federal como en el Código Penal para el Distrito Federal". Sin embargo, en el texto de la presente tesis he procedido a actualizar toda referencia a estos códigos penales, denominándolos con fines de abreviación como "ambos códigos penales vigentes".

LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE EN EL CODIGO PENAL FEDERAL

Página

INTRODUCCION

I

CAPITULO PRIMERO TEORIA DEL DELITO

I.-	Concepto de delito	1
II.-	Elementos positivos y negativos	6
A.-	Conducta	6
B.-	Ausencia de conducta	12
C.-	Tipicidad	15
D.-	Atipicidad	23
E.-	Antijuridicidad	24
F.-	Causas de justificación	26
G.-	Imputabilidad	34
H.-	Inimputabilidad	37
I.-	Culpabilidad	40
J.-	Inculpabilidad	44
K.-	Condiciones objetivas de punibilidad y su ausencia	50
L.-	Punibilidad	52
M.-	Excusas absolutorias	52
III.-	Iter criminis o vida del delito	54
A.-	Fase interna	54
B.-	Fase externa	55
C.-	Tentativa	57
IV.-	Clasificación de los delitos	61

**CAPITULO SEGUNDO
EL DELITO IMPOSIBLE**

I.-	Concepto de imposible	67
II	Concepto de delito imposible	68
III.-	Antecedentes históricos en la legislación mexicana	70
IV.-	Antecedentes históricos prelegislativos	79
V.-	Comparación con otras figuras jurídicas	81
	A.- Con la tentativa acabada	81
	B.- Con el delito putativo	83
V.-	Juicio de idoneidad en el delito imposible	85
	A.- Imposibilidad en cuanto a la acción o medios empleados	86
	B.- Imposibilidad en cuanto al objeto	89

**CAPITULO TERCERO
LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE**

I.-	Posturas doctrinales	93
	A. - Corriente objetivista	93
	B. - Corriente subjetivista	97
	C. - Corriente positivista	99
II.-	Fundamentos para sancionar al delito imposible	102
A.-	Comparativo a los de la tentativa:	102
	1.- Por el peligro corrido	102
	2.- Por violación a la norma jurídica	105
	3.- Por la peligrosidad del sujeto	107
B.-	Otras consideraciones:	110
	1.- Fines del Derecho Penal y Política Criminal	110
	2.- Teoría de la impresión o Alarma social	111

**CAPITULO CUARTO
EL DELITO IMPOSIBLE ANTE EL DERECHO**

I.-	Derecho comparado	114
A.-	Derecho extranjero	114
1.-	Argentina	114
2.-	Bolivia	115
3.-	Costa Rica	115
4.-	Cuba	116
5.-	España	116
6.-	Honduras	118
7.-	Perú	119
8.-	Uruguay	119
B.-	Derecho mexicano	122
1.-	Códigos penales de los estados de:	
a)	Baja California Sur	122
b)	Coahuila	122
c)	Guanajuato	123
d)	Hidalgo	124
e)	Michoacán	125
f)	Querétaro	126
g)	Quintana Roo	127
2.-	Código de Justicia Militar	128
II.-	Jurisprudencia existente	131
III.-	Aplicación de la teoría del delito	140
IV.	Propuesta del texto que sancione al delito imposible	145
	CONCLUSIONES	148
	BIBLIOGRAFIA	153

INTRODUCCION

INTRODUCCION

Entre los bienes jurídicos que protege el Derecho, encontramos a la paz social, el bien común y la seguridad, éstos se ven amenazados no sólo por diversos comportamientos peligrosos o lesivos, sino por la impunidad que bajo el amparo de algún tecnicismo legal algunos sujetos obtienen su libertad o nunca son privados de ella.

Es por ello, que al reflexionar sobre el denominado "delito imposible", que tanto el Código Penal Federal como el del Distrito Federal no sanciona, ya sea porque al legislador no se le ha justificado la afectación social que se sufre ante la presencia de conductas que demuestran peligrosidad del sujeto o bien por cuestiones de política criminal.

Considero que es necesario modificar en este sentido la legislación, toda vez que en la práctica existen resoluciones judiciales que caen en absurdos legales como es el caso de la tesis aislada, cuyo rubro es: "Tentativa imposible por falta de objeto" (Séptima Epoca, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 187-192, sexta parte, página 169, que establece: "Si la intención del sujeto activo del delito iba encaminada a robar al pasivo dinero de sus bolsillo del pantalón, pero éste carecía de numerario, es evidente que no pudo existir la tentativa del delito de robo, si precisamente el objeto del mismo lo

constituía el dinero que supuestamente poseía la víctima; de ahí que se esté ante una tentativa imposible de robo, pues no se puede sustraer lo que no existe, y esto es así, por la falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminosa".

De lo anterior surgen las siguientes interrogantes. ¿Qué sucedería si el sujeto pasivo poseyera una moneda de cinco centavos? o bien ¿Tendremos que esperar a que el sujeto lo vuelva intentar y para su objetivo logre tener más suerte? ¿Acaso el sujeto no ha denotado peligrosidad?, las anteriores interrogantes nos demuestran que cuando un sujeto demuestra en forma inequívoca con actos materializados su intención de delinquir, debe recibir una sanción con el objeto de que la sociedad obtenga seguridad y justicia que en nuestros días se encuentra escasa.

Estoy cierta que con este tipo de conductas, el agente revela peligrosidad, por ello basta recordar el concepto de peligrosidad propuesto por Garófalo, quien usó la palabra "temibilita", para designar la perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente".

Por lo anterior, propongo se sancione al delito imposible.

CAPITULO PRIMERO

TEORIA DEL DELITO

CAPITULO PRIMERO TEORIA DEL DELITO

A la teoría del delito se le ha considerado como aquella que estudia los elementos esenciales del delito, la ausencia de ellos, así como las formas de manifestación del mismo. Existen dos sistemas principales de estudio: el causalista y el finalista. El sistema causalista nació con la obra de Franz Von Listz a finales del siglo pasado, mientras que el sistema finalista tuvo su origen con Hans Welzel en la década de los treinta del presente siglo.

En la Doctrina han existido dos corrientes principales que se orientan al estudio de la composición del delito: la totalizadora o unitaria; y la analítica o atomizadora.

La primera, considera al delito como un ente al que no se le puede fraccionar y que su esencia es su unidad intrínseca; lo consideran como un "bloque monolítico." Por el contrario, "la concepción analítica o atomizadora estudia el delito, desintegrándolo en sus propios elementos pero considerándolos en conexión íntima al existir una vinculación indisoluble entre ellos, en razón la unidad del delito",¹ de igual forma opina Petrocelli, citado por Celestino Porte Petit al decir que "el análisis no es la negación de la unidad, sino es el medio para realizarla".²

¹ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal, 17ª ed., Ed. Porrúa, México, 1998, pág. 197.

² Ibidem.

Dentro de esta corriente, y de acuerdo al número de elementos que se consideran integrantes del delito se tiene que se subdivide en biatómica, tritomicoma, etc...

Considero necesario establecer de manera somera los conceptos generales de la teoría del delito, toda vez que el "Delito Imposible", el cual es el tema central del presente trabajo reúne los elementos de la citada teoría, objeto de estudio en el presente capítulo.

I.- CONCEPTO DE DELITO

En todas las épocas, siempre ha sido un problema tratar de elaborar alguna definición que sea de carácter universal, que se adecue para todos los tiempos y lugares; por lo que es necesario retomar varias definiciones de importantes tratadistas para lograr obtener un marco más amplio respecto de lo que el delito es.

"En la antigua Roma encontramos delitos público (crimina) y delitos privados (delicta). Los primeros ponían en peligro evidente a toda la comunidad, se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas ... Los segundos causaban daño a algún particular y sólo indirectamente provocaban una perturbación social y se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella."³ Asimismo, como lo expone el maestro Margadant, se evolucionó desde la venganza privada hasta que se

³ FLORIS MARGADANT, Guillermo, Derecho Romano, 16ª. ed., Editorial Porrúa, México 1989, Págs. 432 y 433.

estableció el sistema de multas privadas, y no se trataba siempre de actos dolosos, ya que también se contemplaban a los actos meramente culposos. En algunos casos el delito daba lugar a una verdadera indemnización para lograr así la reparación del daño sufrido. En el primer caso la acción se llamaba *actio poenalis*; y en el segundo caso *respersecutoria* la cual tenía por objeto la reintegración al patrimonio de un valor o cosa "res".

La Escuela Clásica cuyo principal expositor fue Francesco Carrara definió al delito como: "la infracción de la Ley del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente."⁴ Lo considera como un ente que se puede desintegrar en dos partes: una física y otra moral; entendiéndolo a la primera como la conducta que realiza el sujeto, tratándose de acción u omisión; y la segunda, como el libre albedrío del individuo.

Rafael Garófalo de la Escuela Positivista, lo definió de la siguiente manera: "es una lesión de aquella parte del sentido moral que consiste en los sentimientos altruistas (probidad y piedad) fundamentales según la medida en que se encuentran en las razas humanas superiores cuya medida media es necesaria para la adaptación del individuo a la sociedad".⁵

⁴ CARRARA, Francesco, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Vol. 1, Ed. Temis. Bogotá, Colombia, 1971, pág. 43.

⁵ CASTELLANOS TENA, Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, 38ª ed., Editorial Porrúa, México 1997, pág. 126.

Para el profesor Jiménez de Asúa "es el acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción."⁶

Para Franco Sodi, citado por el profesor Castellanos Tena, "el delito es el acto antisocial que define y sanciona el código penal y que al ejecutarse por un individuo pone de manifiesto su peligrosidad, obligando al Estado a que tome en su contra medidas de defensa social."⁷

En la concepción del delito existen diversas opiniones, algunos consideran al delito como una acción o conducta típica, antijurídica, culpable, punible, imputable y con ciertas condiciones objetivas de punibilidad; y otros lo consideran como un hecho concreto, real y temporal que resulta dañino a los intereses de la sociedad.

En resumen, los elementos resultantes del análisis de las definiciones mencionadas con antelación son los siguientes: acción, imputabilidad, antijuridicidad, tipicidad, culpabilidad y punibilidad. Elementos característicos en todo caso de cualquier definición de delito que se intente proponer con apego a los postulados clásicos del Derecho Penal, aun cuando el sistema finalista también se refiere a los elementos antes citados, los maneja con un esquema distinto.

⁶ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley y el Delito*, 1ª ed. en México, Ed. Hermes, 1986, pág. 207.

⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, *Op. cit.*, pág. 128

"La dogmática jurídica moderna fija el concepto de delito a los efectos técnico-jurídicos, así: *es la acción antijurídica, típica, imputable, culpable y punible, en las condiciones objetivas de punibilidad*".⁸

CONCEPTO EN LA LEGISLACION MEXICANA

El Código Penal de 1871, definió al delito en su artículo 4° estableciendo que: "es la infracción voluntaria de una ley penal, haciendo lo que ella prohíbe o dejando de hacer lo que se manda". En esta definición se encuentran las características de antijuridicidad implícita y voluntariedad.

El Código de 1929 en su artículo 11 daba la siguiente definición: "delito es la lesión de un derecho protegido legalmente por una sanción penal". Esta definición fue severamente criticada, pues no comprendía los delitos de peligro, amen de que se trata de una definición meramente formalista.

Tanto el Código Penal Federal como el Código Penal para el Distrito Federal, vigentes (Ambos códigos penales vigentes, en adelante) en su artículo 7 lo definen como:

"Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo.

⁸ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Código Penal Anotado, 18ª ed., Ed. Porrúa, México 1995, pág. 31.

En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

El delito es:

I. Instantáneo, cuando la consumación se agota en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos;

II. Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo; y

III. Continuado, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."

II.- ELEMENTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS DEL DELITO

A.- CONDUCTA O HECHO

Existen diversas opiniones para el uso de los vocablos "conducta" o "hecho", tratándose del primero de los elementos del delito.

El profesor Pavón Vasconcelos⁹ nos cita a quienes prefieren emplear la palabra acción, siendo estos, los tratadistas Cuello Calón, Antolisei, Riccio y Maggione; no así los profesores Jiménez Huerta y Castellanos Tena que adoptan el término "conducta", mientras que el profesor Pavón Vasconcelos se adhiere al distingo que realiza el profesor Porte Petit al decir que: "pensamos que no es la conducta únicamente como muchos expresan, sino también el hecho, elemento material del delito, según la descripción del tipo, dando lugar este punto de vista a la clasificación de los delitos de mera conducta y de resultado material. Nadie puede negar que al delito lo constituye

⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Manual de Derecho Penal Mexicano, 13ª ed. Editorial Porrúa, México 1997, pág. 237.

una conducta o un hecho humanos. Y dentro de la prelación lógica, ocupan el primer lugar, lo que les da una relevancia especial dentro de la teoría del mismo",¹⁰ refiriéndose a que los términos adecuados son conducta o hecho, según la hipótesis que se presente, cuando el tipo penal no exija la producción de un resultado material. Por lo que tratándose de un delito de mera actividad sugiere que se emplee el término de "conducta"; sin embargo, si el tipo exige la producción de un resultado material el término adecuado es el de "hecho".

Así pues, al existir estas divergencias es aceptable el uso de estos términos, aunque prefiero utilizar el vocablo "conducta", por ser un concepto amplio en el que se pueden englobar tanto la acción como la omisión.

"La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo encaminado a un propósito."¹¹ De acuerdo a este concepto se infiere que es una actividad o inactividad voluntaria, a lo que la doctrina lo denomina como de acción u omisión.

ACCION

La acción como elemento del delito, es la conducta positiva, entendida como una actividad o movimiento corporal voluntario, que produce una mutación en el mundo exterior, por lo que tiene trascendencia para el Derecho.

¹⁰ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., pág. 229.

¹¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 149

Los elementos de la acción, son:

- movimiento corporal
- voluntad
- resultado jurídico y material
- relación de causalidad o nexo causal.

NEXO CAUSAL

El profesor López Betancourt dice que para que la conducta desplegada por el hombre y que ha causado un cambio o mutación en el mundo exterior, le sea atribuible es necesario la existencia de una relación de causalidad entre la conducta y el resultado.¹²

Al respecto existen varias corrientes para la determinación del nexo causal; en resumen son dos corrientes: la Generalizadora y la Individualizadora.

Dentro de la primera encontramos la teoría de la Equivalencia de las Condiciones, conocida también como *condictio sine qua non* de Maximilian Von Buri y "se tiene que por causa debe entenderse la suma de todas las condiciones positivas o negativas que producen el resultado y como todas las condiciones son equivalentes entre sí, por tener el mismo valor causal, cada una de ellas, a su vez, debe considerarse como causa del delito".¹³ Esta teoría fue criticada "porque se puede caer en una 'regresión infinita' en donde, según el ejemplo muy conocido no sólo serán

¹² LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Teoría del Delito, 5ª ed., Ed. Porrúa, México 1998, pág. 97.

¹³ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., pág. 240.

responsables del delito del adulterio, los adúlteros, sino quien construyó la cama en que yacen los adúlteros, porque él puso una condición para el resultado. A pesar de ésta y otras objeciones Jiménez de Asúa se declara partidario de esta teoría aun cuando limitada por el llamado "correctivo de culpabilidad", es decir, que en el ejemplo de los adúlteros, el que construyó la cama, no pone una condición culpable, para el resultado, pues de ser así también sería responsable".¹⁴

Considero acertada la opinión del jurista Jiménez de Asúa, en el sentido de que la culpabilidad no debe considerarse como correctivo de esta teoría, ya que el nexo causal no debe tener un juicio de reprochabilidad, se trata únicamente de la explicación causa-efecto y no del elemento psicológico donde interviene el dolo o la culpa.

En la otra corriente llamada individualizadora, encontramos teorías que se clasifican¹⁵ en relación a su exposición en:

- | | |
|-----------------|---|
| a) temporal | - teoría de la última condición |
| b) cuantitativa | - teoría de la condición más eficaz
- teoría de la prevalencia |
| c) cualitativa | - teoría de la tipicidad condicionada
- teoría de la causalidad humana existente
- teoría de la causalidad adecuada
- teoría de la causalidad eficiente
- teoría de la causalidad jurídica
- teoría de la causalidad cualificada |

¹⁴ ORELLANA WIARCO, Octavio Alberto, Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista, 5ª ed., Ed. Porrúa, México 1997, pág. 15

¹⁵ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., pág. 263

OMISION

"La omisión, en cambio radica en un abstenerse de obrar, simplemente en una abstención, en dejar hacer lo que se debe ejecutar. La omisión es una forma negativa de la conducta."¹⁶

"La omisión es un no hacer activo, corporal y voluntario, cuando se tiene el deber de hacer, cuando ese hacer es esperado y se tiene el deber de no omitirlo, por lo que se causa un resultado típico penal; y en consecuencia no son omisiones penalmente relevantes las inactividades forzadas por un impedimento legítimo ni todas las que no estén tipificadas penalmente."¹⁷

Vale la pena recordar el texto del artículo 7 de los Códigos Penales tanto Federal como para el Distrito Federal vigentes, en lo relativo a la omisión:

"Artículo 7. Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omite impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo.

En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente.

..."

¹⁶ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 152

¹⁷ CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, Op. cit., pág. 30.

La omisión se puede presentar de dos formas: la simple o propia y la comisión por omisión u omisión impropia.

1).- OMISION SIMPLE O PROPIA

"La omisión simple consiste en el no hacer, voluntario o involuntario (culpa), violando una norma preceptiva y produciendo un resultado típico dando lugar a un 'tipo de mandamiento' o 'imposición'."¹⁸

De acuerdo al profesor Porte Petit, los elementos de la omisión simple, son:

- voluntad o culpa.
- inactividad o no hacer
- deber jurídico de obrar, y
- resultado típico o jurídico

Existen diversas teorías para explicar la existencia del nexo causal en los delitos de omisión simple, tales como: teoría de aliud actum, agere o facere, contemporánea o diversa; teoría de la acción precedente; teoría de la interferencia, y teoría de la omisión simple; ésta última la más aceptada y que postula que en el caso de realizar el acto exigido y esperado por la norma la producción del resultado no se daría.¹⁹ Otros no aceptan la existencia del nexo causal en los delitos de omisión simple.

¹⁸ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit., pág. 240.

¹⁹ Teorías explicadas a detalle por LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., págs. 103-106

2).- COMISION POR OMISION U OMISION IMPROPIA

"Se encuentra en la inactividad voluntaria que al infringir un mandato de hacer, acarrea la violación a una norma prohibitiva o mandato de abstenerse produciendo un resultado tanto típico o jurídico como material."²⁰

Por lo anterior se deduce que este tipo de delito se da cuando el sujeto produce el resultado material que requiere el tipo, a través de un no hacer voluntario o culposo.

De acuerdo a la opinión generalizada los elementos de la omisión impropia, son:

- voluntad (no consciente en los delitos de olvido)
- inactividad o no hacer
- un deber jurídico de obrar
- resultado típico o jurídico y material
- nexos causal

B.- AUSENCIA DE CONDUCTA

Todos los elementos del delito, tienen su aspecto negativo, y en este caso el aspecto negativo es la ausencia de conducta.

Como ya quedó asentado tanto la acción como la omisión son las formas de conducta humana, vista ésta como elemento del delito, en ambas especies se aprecia

²⁰ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. cit. págs. 201 y 202

como factor común a la volición, entonces a falta de ésta no habrá conducta para el Derecho Penal.

Para el profesor Pavón Vasconcelos "hay ausencia de conducta e imposibilidad de integración del delito, cuando la acción u omisión son involuntarias, o para decirlo con más propiedad, cuando el movimiento corporal o la inactividad no pueden atribuirse al sujeto, no son "suyos" por faltar en ellos "la voluntad".²¹

Su fundamento es la fracción I del artículo 15 tanto del Código Penal Federal como del Distrito Federal, vigentes:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

I. El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente;

..."

En la doctrina encontramos los siguientes casos de ausencia de conducta:

a) *VIS ABSOLUTA, FUERZA IRRESISTIBLE, VIS MAYOR.* En estos casos la fuerza ya sea que provenga del hombre (vis absoluta) o de la naturaleza (vis mayor) deber ser de tal suerte que el sujeto no pueda tener dominio sobre ella, logrando que éste quede como instrumento involuntario y ejecute lo que no ha querido. Ante esa falta de voluntad (elemento esencial en la conducta) al sujeto no se le puede atribuir el resultado.

²¹ Ibidem, pág. 204.

FUERZA FISICA IRRESISTIBLE, COMO EXCLUYENTE. La fuerza física irresistible suprime la conducta como elemento del delito y por lo tanto éste es inexistente; aquí el sujeto obra, produciendo un resultado ilícito, sin voluntad, sirviendo de simple instrumento a la actuación de una fuerza extraña que le ha servido de impulso y cuyo poder no ha sido vencido.

Amparo directo 5191/48. José Terrón López. 17 de marzo de 1959. Cinco votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XXI, Segunda Parte, Pág. 70

b) **EL SUEÑO.** Es un estado fisiológico de descanso corporal y de la mente; y es de interés para el Derecho cuando causa una mutación en el mundo exterior. En el transcurso de éste, se pueden originar movimientos, claro está involuntarios, por lo que estamos en presencia de la ausencia de conducta. Un ejemplo es el citado por el profesor Pavón Vasconcelos: "si una mujer de agitado sueño, al moverse en su lecho sofoca y mata con su cuerpo a su hijo recién nacido, colocado ahí por el padre sin conocimiento de aquella, habrá realizado un movimiento corporal y por ello expresado físicamente una actividad, un hacer más faltará el coeficiente psíquico necesario (voluntad) para que tal actuación sea relevante en el campo del Derecho."²²

c) **EL SONAMBULISMO.** Es parecido al estado de sueño, aunque se deambula dormido, por lo que los movimientos son inconscientes y por ende involuntarios. Este estado es considerado también como excluyente, siempre y cuando el sujeto no conozca su estado y de ser así tome las precauciones necesarias para evitar lo previsible.

²² Ibidem, pág. 289.

d) *EL HIPNOTISMO*. Es el estado inconsciente e involuntario que se manifiesta a través de una obediencia automática, por lo que, quien no conoce y no quiere, actúa en forma involuntaria y nos encontramos en una inimputabilidad.

e) *LOS ACTOS REFLEJOS*. Para Edmundo Mezger, citado en la obra del profesor Pavón Vasconcelos, "los actos reflejos son los movimientos corporales en lo que la excitación de los nervios motores no están bajo el influjo animico sino que es desatada inmediatamente por un estímulo fisiológico corporal, esto es, en los que un estímulo, subcorticalmente y sin intervención de la conciencia, pasa de un centro sensorio a un centro motor y produce el movimiento".²³

En síntesis son movimientos corporales que ante un estímulo reaccionan en forma inconsciente, inmediata y por ende involuntariamente.

C.- TIPICIDAD

Este es el segundo elemento constitutivo del delito, la definición generalizada que se tiene coincide con la del profesor Castellanos Tena que dice: "Es en suma, la acuñación o adecuación de un hecho a la hipótesis legislativa."²⁴

²³ *Ibidem*, pág. 293.

²⁴ *Op. cit.*, pág. 168.

Estimo necesario referirme al tipo penal como la descripción elaborada por el legislador de una conducta considerada lesiva a los intereses de la sociedad cuya concreción trae aparejada una sanción penal; dando lugar al principio *nullum crimen sine typo*.

Por lo que se refiere a nuestra Suprema Corte de Justicia, el máximo tribunal del país define tipo penal de la siguiente manera:

TIPO PENAL. El tipo delictivo está constituido por el conjunto de los presupuestos a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica; o en otros términos, el tipo penal significa más bien el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal.

Amparo directo 4533/57. Antonio Sánchez Gavito. 23 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Sexta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, Segunda Parte, Página: 257

TIPO PENAL. Conforme a la teoría general del derecho, el tipo penal está constituido por el injusto descrito concretamente por un precepto de la ley, a cuya existencia se liga una consecuencia jurídica de punibilidad.

Amparo directo 1424/55. Por acuerdo de la Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 17 de enero de 1957. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Luis Chico Goerne.

Quinta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: CXXXI, Página 121.

El tipo penal es la descripción hecha por el legislador, de una conducta antijurídica, plasmada en una ley. Se ha considerado al tipo penal, como un instrumento legal necesario y de naturaleza descriptiva.

Es importante manifestar que el tipo penal, también se conforma de las modalidades de la conducta, como pueden ser el tiempo, lugar, referencia legal a otro ilícito, así como de los medios empleados, que de no darse, tampoco será posible que se dé la tipicidad²⁵

CLASIFICACION DE LOS TIPOS PENALES

Por su composición	{ normales anormales	
Por su ordenación metodológica	{ fundamentales o básicos especiales complementados	{ privilegiados cualificados
En función de su autonomía	{ autónomos subordinados	
Por su formulación	{ casuísticos amplios	{ alternativos acumulativos
Por el daño que causan	{ de daño o lesión de peligro	

²⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., pág. 126.

1.- POR SU COMPOSICION

- a) Normales, en los que el tipo estará integrado del elemento objetivo.²⁶
- b) Los anormales a contrario sensu, "son aquellos cuando el legislador emplea términos en los que se necesita una apreciación o valoración ya sea cultural o jurídica. Aunque también contempla situaciones objetivas."²⁷

2.- POR SU ORDENACION METODOLOGICA

- a) Fundamentales o básicos: De acuerdo con el profesor López Betancourt, "son los tipos con plena independencia, formados con una conducta ilícita sobre un bien jurídicamente tutelado"²⁸. Cabe señalar que también se les denomina simples, y son la esencia de otros.
- b) Especiales: Cuando se le añade a un tipo básico algún requisito o característica sin que exista subordinación, se convierte en autónomo.
- c) Complementados: Cuando a un tipo básico se le añade requisitos pero que no lo excluye, sino que es necesaria la presencia del básico.

Tanto en los especiales como en los complementados, se pueden subclasificar en privilegiados (cuando se atenúa la pena) y cualificados (cuando se aumenta la pena).

²⁶ Ibidem, pág. 124.

²⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 170.

²⁸ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., pág. 124.

3.- EN FUNCION DE SU AUTONOMIA

- a) **Autónomos:** los que no dependen de otro tipo, son independientes.

- b) **Subordinados:** El profesor Pavón Vasconcelos, los define como "aquellos que por su carácter circunstanciado respecto al tipo básico, que es siempre autónomo, adquieren vida en razón de éste, al cual no sólo complementan sino se subordinan."²⁹

4.- POR SU FORMULACION

- a) **De Formulación Casuística:** cuando el legislador describe varias hipótesis, pueden ser alternativos o acumulativos.

- a.1) **Alternativos:** cuando se prevén dos o más hipótesis y el tipo se agota con cualquiera de ellas.

- a.2) **Acumulativos:** se requiere la concurrencia de todas las hipótesis establecidas en el tipo.

- b) **De Formulación Amplia o Libre:** "son aquellos en los cuales se describe, en forma genérica, la conducta o el hecho delictivo, de tal manera que en su amplia fórmula pueden comprenderse multitud de variedades con fisonomía común, como los describe Remo Pannain".³⁰

²⁹ Op. cit., pág. 285.

³⁰ *Ibidem*, Op. cit., pág. 287.

5.- POR EL DAÑO QUE CAUSAN

- a) De daño o lesión: "cuando el tipo tutela los bienes frente a su destrucción, o disminución.
- b) De peligro: cuando la tutela penal protege el bien contra la posibilidad de ser dañado"³¹

ELEMENTOS DEL TIPO PENAL

- Sujeto Activo
- Sujeto Pasivo
- Objeto Jurídico
- Objeto Material
- Modalidades de la conducta
- Elementos Normativos del Injusto
- Elementos Subjetivos del Injusto

SUJETO ACTIVO

Es la persona física e imputable que infringe la norma penal. La clasificación del sujeto activo radica en la calidad especial exigida en el tipo. En los tipos en que no se requiera de dicha calidad especial, se le denomina al sujeto activo como general, común o indiferente (delito propio), y por oposición, en los que el tipo requiera de una calidad en el sujeto activo se les denomina especiales o exclusivos (delitos exclusivos).

³¹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 172.

"Las calidades que conforman el delito propio o exclusivo pueden ser naturales como el sexo, una enfermedad, un oficio o arte. Las calidades y las relaciones calificantes pueden ser también jurídicas, como la de servidor público, cónyuge, padre, propietario. Unas y otras pueden generar problemas vinculados al concurso de agentes, sobre todo en torno a la intervención posible de un no calificado en el delito perpetrado por el intraneus o a la comisión del hecho por el no calificado de quien el intraneus se ha servido."³²

SUJETO PASIVO

Es la persona física o moral, titular del derecho jurídicamente protegido violado por la comisión de un delito. Así como en el caso del sujeto activo, en algunas ocasiones el tipo requiere de calidades especiales en el sujeto pasivo.

OFENDIDO

"Del latín *offendere*, participio pasado del verbo "ofender". Ofendido es quien ha recibido en su persona, bienes o, en general, en su status jurídico, una ofensa, daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria."³³ Es la persona física o moral que resiente el daño causado por la infracción penal.

³² Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Ed. Porrúa y U.N.A.M., Vol. 4 (Letras P-Z), México 1995, Pág. 3013.

³³ *Ibidem*, Vol. 3 (Letras I-O), pág. 2263.

OBJETO DEL DELITO O JURIDICO

Es el bien jurídicamente tutelado por la norma penal. Rodríguez Mourullo, citado por el profesor Porte Petit, afirma que debemos entender por bien jurídico, todo aquello que desde el punto de vista del orden social, aparece como un valor positivo.³⁴

OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Lo constituyen aquella persona o cosa sobre la que recae el daño o peligro por la realización de la acción, según el tipo.

MODALIDADES DE LA CONDUCTA

- a) Referencias temporales: v. gr. "en tiempos de guerra o de paz", "tardan en sanar más de quince días".

- b) Referencias espaciales: v. gr. "en despoblado o paraje", "al que robe en edificios, viviendas o casa habitación", "embarcación".

- c) Exigencia en cuanto a los medios: v. gr. "engaño", "armas", "veneno", "incendio".

ELEMENTOS NORMATIVOS

"Son los que exigen una valorización jurídica (como la ajeneidad en el hurto y en el robo). También engloba a la valorización cultural (como "acto sexual", "ultraje a la moral pública o a las buenas costumbres".³⁵

³⁴ PORTE PETIT CANDAUDAP, Cefestino, Op. cit., pág. 350.

³⁵ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit. pág. 207.

ELEMENTOS SUBJETIVOS

Son los que se refieren al ánimo del sujeto activo; v.gr. "por venganza", "con fin de lucro", "intención de..", "voluntariamente".

D.- ATIPICIDAD

La atipicidad es el elemento negativo del delito, y es la ausencia de la adecuación de la conducta al tipo penal. Es de opinión generalizada que no se debe confundir con la ausencia del tipo. Aunque por ejemplo, el autor Alfonso Reyes Echandía³⁶, establece que la atipicidad puede ser relativa o absoluta. La primera cuando el hecho está descrito en la ley, pero la conducta adolece de algún elemento allí exigido. La segunda en el caso de la ausencia absoluta de tipo.

Opinión que no comparto, ya que considero que se trata de figuras jurídicas distintas, y de acuerdo a los elementos del tipo ya expuestos, la atipicidad se da cuando falta alguno de ellos, tales como:

- Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley en cuanto a los sujetos activo y pasivo.
- Si falta el objeto material o jurídico en el tipo.

³⁶ REYES ECHANDIA, Alfonso, Tipicidad, 6ª ed., Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1997, pág. 264.

- Cuando no se dan las referencias temporales o espaciales en el tipo.
- Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.
- Si faltan los elementos subjetivos del injusto legalmente exigidos.

El fundamento legal de la atipicidad es el artículo 15 fracción II del ambos códigos penales vigentes:

(Código Penal Federal)

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

*...
II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;*

..."

(Código Penal para el Distrito Federal)

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

*...
II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;*

..."

E.- ANTIJURIDICIDAD

Es antijurídica una conducta cuando contradice las normas del Derecho. Con frecuencia nos enfrentamos con problemas de lenguaje; por lo que respecta a la palabra "antijuridicidad", se ha dicho que es un concepto negativo por su prefijo "anti"

Carlos Binding opinó que el delito no es lo contrario a la ley, sino que el acto que se ajusta a lo previsto en la ley penal, ¿qué es lo que hace un hombre cuando priva de la vida a otro? Estar de acuerdo con la ley, en nuestro caso con el artículo 302 del Código Penal. Binding, referido por el jurista Luis Jiménez de Asúa, decía que la

norma crea lo antijurídico, la ley crea la acción punible o dicho de otro modo la norma valoriza, la ley describe.³⁷

Cuando una ley amenaza con una sanción a los supuestos sujetos activos de los delitos como los homicidas y ladrones, debemos entender que prohíbe el homicidio y el robo y resulta delicado o sutil y formalista pretender que quien se apodera de lo ajeno o quien priva de la vida a otro, cumple con la ley o se ajusta a ella.³⁸

Para Hans Kelsen, una definición jurídica del "acto violatori" o sea la "antijuridicidad", tiene que basarse exclusivamente en la noción de norma jurídica. La antijuridicidad es la conducta de aquel individuo contra el cual se dirige la sanción, considerada como consecuencia de tal conducta por lo que se presupone que la sanción se dirige contra el individuo cuya conducta es considerada por el legislador como perjudicial a la sociedad.³⁹

Así que se concluye que la conducta está clasificada como "*mala prohibita*" y no "*mala in se*", según la perspectiva de la Teoría Pura del Derecho del autor antes mencionado.

³⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., pág. 269.

³⁸ VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, 5ª ed., Ed. Porrúa, México 1990, pág. 196.

³⁹ KELSEN, Hans, Teoría General del Derecho y del Estado, trad. Eduardo García Maynes, 5ª ed., Editado por la U.N.A.M., 1968, págs. 62 y 63.

ANTI JURIDICIDAD FORMAL Y MATERIAL

El desarrollo de la estructura dualista de la antijuridicidad la realizó Franz Von Liszt, diferenciando que el acto será formalmente antijurídico en cuanto implique transgresión a una norma establecida por el Estado, y materialmente antijurídico en cuanto signifique contradicción a los intereses colectivos.⁴⁰

Jiménez de Asúa no acepta la teoría dualista, resumiendo que "la antijuridicidad formal es la tipicidad y la antijuridicidad material es la antijuridicidad propia."⁴¹

F.- CAUSAS DE JUSTIFICACION

Representan un aspecto negativo del delito, pero es menester la diferenciación de las causas que excluyen la incriminación que son: la ausencia de conducta, la atipicidad, las causas de justificación, causas de inimputabilidad y de inculpabilidad. Por el momento aludiré a las causas de justificación.

En forma general la doctrina maneja que la exclusión de la antijuridicidad se funda en la ausencia de interés y en función del interés preponderante.

Para entender la ausencia de interés debemos establecer que la mayoría de los delitos se persiguen de oficio porque tutelan bienes jurídicos de interés de la sociedad y que son pocos los que se persiguen a petición de parte ofendida, a los que se les

⁴⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 180.

⁴¹ Op. cit., pág. 278.

denomina de querrela, y en estos cabe el perdón del ofendido o su consentimiento y éste es un derecho del ofendido y cuando lo ejercita resulta un medio idóneo para excluir el elemento antijurídico de la conducta.

En cuando al interés preponderante se da la concurrencia de dos intereses, el Derecho opta por el de mayor valía, para la conservación del preponderante.

LEGITIMA DEFENSA

Coínciden las opiniones de algunos tratadistas al dar un concepto de legitima defensa, como la repulsa de una agresión antijurídica y actual o inminente por el atacado o por terceras personas contra el agresor, sin traspasar la medida necesaria para su protección. Podemos decir que la legitima defensa se fundamente en la preponderancia de intereses ya que para el Estado es importante mantener los derechos y bienes jurídicos integrantes del orden social, el cual es uno de los primeros principios y objetivos del Derecho Penal, esta valoración no es sobre bienes o intereses individuales sino de interés social.

El fundamento es la fracción IV del artículo 15 de ambos códigos penales vigentes:

(Código Penal Federal)

**Artículo 15. El delito se excluye cuando:*

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

..."

(Código Penal para el Distrito Federal)

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

IV. Se repela una agresión real, actual o inminente, y sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados y no medie provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho, al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquellos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de una agresión;

ELEMENTOS DE LA LEGITIMA DEFENSA

- a) la existencia de una agresión actual.
- b) un peligro inminente de daño, derivado de la agresión.
- c) una defensa, repulsa a la agresión en forma necesaria.

De acuerdo a su fundamento legal, la agresión debe ser real, actual o inminente y sin derecho. Debemos entender por actual a lo presente, la contemporaneidad entre la agresión y contra-ataque es que sólo hace legítimo éste cuando no da lugar a la venganza, porque se impone como necesario ante la inminente consumación del daño amenazado. Si la agresión se anuncia para el futuro, constituye más que una

agresión, una amenaza de agresión, y por lo mismo puede evitarse por medios legales. El peligro inminente es el que está por suceder prontamente.

Así que la defensa legítima o el derecho a la defensa no tiene su origen en el resultado de la agresión sino del peligro de recibirlos. La palabra inminente equivale a amenaza por lo que basta que exista y que ésta pueda cumplirse prontamente, para que exista la "inminencia" que la ley exige. La defensa debe ser proporcionada ya que de lo contrario será excesiva, y se sanciona de acuerdo al artículo 16 de ambos códigos penales vigentes.

Cuando la repulsa es después de la agresión en forma no inmediata, estaremos hablando de una venganza privada la cual está prohibida por el artículo 17 Constitucional.

PROBLEMATICA DE LA LEGÍTIMA DEFENSA

Así se le denomina en la doctrina penal a una serie de cuestiones surgidas entre la legítima defensa y otras conductas, como son las siguientes:

a) Riña y legítima defensa: El artículo 314 del tanto del Código Penal Federal como el del Distrito Federal, v. gr. definen a la riña como la contienda de obra y no de palabra entre dos o más personas. "No hay razón para confundirla con la legítima defensa, pues aquella se dibuja en el Derecho positivo como una circunstancia

atenuante de la pena en los delitos de lesiones y homicidios según las previsiones contenidas en los artículos 297 y (sic) 398, respectivamente"⁴²

b) Legítima defensa recíproca: Aquí es inoperante, ya que es imposible la concurrencia de una legítima defensa recíproca, pues ello implicaría de acuerdo a la opinión del jurista Porte Petit citado en la obra del profesor Pavón Vasconcelos, "la existencia en ambas partes de una conducta jurídica frente a una conducta antijurídica lo cual es inaceptable".⁴³

c) Legítima defensa en contra del exceso en la legítima defensa: Manzini citado por el autor Pavón Vasconcelos, ha sostenido la posibilidad de la legítima defensa cuando el exceso de otra legítima defensa se origina culposamente por quien se defiende en primer término.⁴⁴

Nuestra legislación sanciona el exceso de conformidad con el artículo 16 de ambos códigos penales vigentes.

"Artículo 16. Al que se exceda en los casos de defensa legítima, estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho a que se refieren las fracciones IV, V, VI del artículo 15, se le impondrá la pena del delito culposo."

⁴² PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., pág. 358.

⁴³ Ibidem., pág. 324.

⁴⁴ Ibidem

d) Legítima defensa del inimputable: Independientemente de que también exista una causa de inimputabilidad. Es admisible pues su conducta debe ser valorada objetivamente como lo es la naturaleza de la antijuridicidad por lo que la repulsa es jurídica es decir justa contra el injusto,

e) Legítima defensa contra inimputable: A pesar de que al inimputable se le considera falto de las capacidades de conocimiento y voluntad, su conducta sí puede ser antijurídica, por lo que hay cabida a la defensa legítima.

ESTADO DE NECESIDAD

Estamos frente al estado de necesidad, cuando para salvaguardar un bien de mayor o igual entidad jurídicamente tutelado o protegido, se lesiona otro bien igualmente amparado por la ley.

Nos encontramos de nuevo ante la preponderancia de intereses, es decir para poder precisar el estado de necesidad, tenemos que distinguir si los bienes jurídicos en conflicto son de diferente valor ya sea de mayor o menor o igual; cuando el bien jurídicamente tutelado salvado es menor que el sacrificado se configura el delito; si son de igual valor o mayor que el sacrificado estamos frente al estado de necesidad.

"Existen diversas definiciones de este tema; así Von Liszt, ha manifestado: el estado de necesidad es un estado de peligro presente, que amenaza los intereses protegidos por la ley y en el cual no queda otro recurso sino el de violar los intereses ajenos jurídicamente protegidos, siendo este concepto, uno de los más sobresalientes, al caracterizar con exactitud la situación de la que surge el estado de necesidad, como un conflicto entre los intereses jurídicos, sin otra solución que el sacrificio de alguno de ellos."⁴⁵

La definición legal la encontramos en la fracción V del artículo 15 de ambos códigos penales vigentes y que a la letra dicen:

Artículo 15: "El delito se excluye cuando:

...

V.- Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo;

..."

El peligro (amenaza de daño) debe ser real, es decir existente, actual o inminente (próximo inmediato).

⁴⁵ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit. pág. 163.

Para algunos tratadistas, cuando el conflicto se da entre bienes de igual valía se trata de una causa de inculpabilidad, por la no exigibilidad de otra conducta.

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER Y EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO

El fundamento en el Código Penal Federal es el siguiente:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

VI. La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro;

..."

En tanto en el Código Penal para el Distrito Federal en el mismo numeral sólo modifica en su redacción la expresión "necesidad racional del medio empleado" por "necesidad racional de la conducta empleada".

CUMPLIMIENTO DE UN DEBER

"Hay cumplimiento de un deber cuando alguien realiza una conducta ordenada por la norma. Así Ranieri nos dice, que 'hay cumplimiento de un deber, cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden

obligatoria de la autoridad pública se lo impone, sea por razón de su oficio, sea por su situación subjetiva de subordinado".⁴⁶

EJERCICIO LEGITIMO DE UN DERECHO

Al respecto Antolisei, citado por el profesor Porte Petit, dice que: "el ejercicio del derecho posee eficacia eximente por la razón de que, si el ordenamiento jurídico ha atribuido a una persona una determinada facultad, quiere decir, que ha establecido el predominio de su interés sobre los que se le contraponen".⁴⁷

Considero que si la ley permite cierta conducta, es decir faculta al sujeto, el bien tutelado por la norma penal ni siquiera es puesto en peligro.

G.- IMPUTABILIDAD

Ha sido considerada como un presupuesto de la culpabilidad, otros lo consideran como presupuesto del delito, y como elemento integral del delito.

"Es la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal, por lo que la aptitud intelectual y volitiva la constituyen ... comúnmente se afirma que la imputabilidad está determinada por un mínimo físico representado por la edad y otro psíquico, consistente en la salud mental. Son dos aspectos de tipo psicológico: salud y

⁴⁶ PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, Op. cit. pág. 475.

⁴⁷ Ibidem, pág. 461.

desarrollo mentales, generalmente el desarrollo mental se relaciona estrechamente con la edad."⁴⁸

"La imputabilidad conforme al Código Penal, interpretado a contrario sensu, contiene un "elemento intelectual o de conocimiento", la "capacidad de comprensión de lo injusto", que consiste en el carácter ilícito del hecho, y un elemento de voluntad": conducirse de acuerdo con esa comprensión. De tal manera que sólo la concurrencia de estos dos elementos de "capacidad" y de "determinación de la voluntad", originan la imputabilidad."⁴⁹

En resumen, la imputabilidad es la capacidad del sujeto para dirigir sus actos dentro del orden jurídico.

El fundamento legal es el artículo 15 fracción VII de ambos códigos penales vigentes, interpretado a contrario sensu:

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

VII. Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible.

..."

⁴⁸ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 218.

⁴⁹ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., pág. 186.

RESPONSABILIDAD

En virtud de que el término "responsabilidad" conlleva diversas acepciones en el campo del Derecho, no ha sido la excepción la materia penal; se le ha empleado como sinónimo de imputabilidad y de culpabilidad.

El autor Castellanos Tena cita en su obra al profesor Ignacio Villalobos, quien resume las diferencias que existen, diciendo este último que: "En resumen, la antijuridicidad es una relación del hecho con el orden jurídico; la imputabilidad es calidad o estado de capacidad del sujeto; la culpabilidad es relación del acto con el sujeto; y la responsabilidad lo es entre el sujeto y el Estado."⁵⁰

ACCIONES LIBRES EN SU CAUSA

"Estas se presentan cuando se produce un resultado contrario al Derecho por un acto o una omisión en estado de inimputabilidad, si bien esta conducta fue ocasionada por un acto (acción u omisión) doloso o culposo, cometido en estado de imputabilidad."⁵¹

⁵⁰ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 219

⁵¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., pág. 336.

H.- INIMPUTABILIDAD

Consiste o supone la ausencia de capacidad de entender y de querer, y por ello es una incapacidad para conocer, entender y querer la ilicitud del hecho.

En la determinación de las causas de inimputabilidad las legislaciones penales emplean principalmente los criterios biológicos, psicológicos, psiquiátricos y mixto.

Biológico: se apoya en consideraciones de orden biológico u orgánico relacionadas con el fenómeno de la inmadurez mental del sujeto, para establecer la línea divisoria entre los sujetos inimputables, los códigos penales establecen ordinariamente entre los 16 y 18 años de edad.

Psiquiátrico: elabora la noción de inimputabilidad en función a un trastorno mental, o desarrollo intelectual retardado.

Psicológico: se apoya en el punto de vista, de que el sujeto es inimputable en cuanto no es capaz de entendimiento y autodeterminación y en términos genéricos comprende la inmadurez mental.

Mixto: permite el empleo de las anteriores combinaciones siendo las más comunes la bio-psiquiátrica, la bio-psicológica.

Tanto el Código Penal Federal como el del Distrito Federal adoptan un sistema biopsicológico-psiquiátrico, por cuanto atiende a ese triple orden de factores para estructurar las hipótesis legales de inimputabilidad, utilizando las fórmulas tanto biológica (minoría de edad) como psicopsiquiátricas (trastorno mental y desarrollo intelectual retardado)

TRASTORNO MENTAL

El profesor López Betancourt lo define como: "la falta de desarrollo mental, que es la potencia intelectual del pensamiento, propósito y voluntad que no permite llegar al sujeto a un estado mental normal acorde a su edad."⁵²

Consiste en la perturbación de las facultades psíquicas.

MINORIA DE EDAD

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal normaba en los artículos 119 al 122 lo relativo a menores infractores, estos numerales fueron derogados inicialmente para el fuero común, dejando subsistente su vigencia en el ámbito federal a partir de la promulgación de la Ley que crea los Consejos Tutelares para Menores Infractores del

⁵² Op. cit., pág. 197

Distrito Federal que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 2 de agosto de 1979. Asimismo el 24 de diciembre de 1991 se publicó en el Diario Oficial de la Federación la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, para el Distrito Federal en Materia Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal. Actualmente tanto el Código Penal Federal como en el del Distrito Federal no se regula esta situación en virtud de la existencia de una ley especial.

Los menores han quedado al margen de la aplicación de la ley penal debido a su "inmadurez mental". Comúnmente se afirma que los menores de 18 años carecen de capacidad total e ideal para entender y querer jurídicamente hablando, el ilícito. Por lo tanto son considerados inimputables y cuando realizan conductas típicas de la norma penal no se les aplican penas sino medidas de seguridad.

Estos límites tienen controversias, ya que cada individuo puede adquirir su madurez mental antes de los 18 años de edad y porque la legislación de otras entidades federativas de la República fijan otros límites de edad, como es el del Estado de Michoacán en donde la edad penal es de 16 años y resulta incongruente que un sujeto de esa edad al llegar por ejemplo, al Distrito Federal sea inimputable por su incapacidad y en la otra entidad federativa sí sea imputable por ser capaz jurídicamente. Por otro lado, en la actualidad se ha incrementado la tasa de delincuencia realizada por menores, lo que ha originado que en la Asamblea Legislativa del D.F. se estudie el caso.

I.- CULPABILIDAD

Constituye otro elemento para la integración del delito. Para el jurista Eugenio Cuello Calón, citado en la obra del profesor Castellanos Tena, "Se considera culpable la conducta, cuando a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle jurídicamente reprochada."⁵³

En el concepto del tratadista Luis Jiménez de Asúa, lo contempla como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica.⁵⁴

TEORIAS SOBRE LA CULPABILIDAD

Existen principalmente dos posiciones diversas: la psicologista y la normativa:

Teoría psicológica:

Pavón Vasconcelos refiriéndose a esta teoría, dice que la culpabilidad es la posición subjetiva del sujeto frente al hecho realizado, la cual supone una valoración normativa.⁵⁵

Lo relevante para esta teoría es la relación entre el sujeto y el hecho.

⁵³ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 233

⁵⁴ Op. cit., pág. 352

⁵⁵ Op. cit., pág. 367

Teoría Normativa:

"Para esta teoría, lo constituye un juicio de reproche. La culpabilidad para la concepción normativa, no consiste en una pura relación psicológica, pues ésta sólo representa el punto de partida. Teniendo presente un hecho psicológico concreto deben precisarse los "motivos" del mismo para ubicar la conducta del sujeto dentro de los ámbitos del dolo o la culpa, para concluir si el hecho es o no reprochable, también es considerada la personalidad del autor, si le era "exigible" una conducta acorde con el Derecho."⁵⁶

FORMAS DE CULPABILIDAD

En relación a la voluntad del agente respecto a la ejecución del hecho típico, la culpabilidad toma dos formas que son el dolo y la culpa, aunque anteriormente el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal contemplaba la llamada preterintención.

DOLO

Existen tres principales corrientes que intentan explicar el dolo, a saber: la teoría de la representación, la teoría de la voluntad y la teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada.

⁵⁶ Ibidem.

La base de la teoría de la voluntad es la intención, así lo denota la definición que dio Francesco Carrara respecto al dolo: " es la intención más o menos perfecta de hacer un acto que se sabe contrario a la ley."⁵⁷

En la teoría de la representación; en ésta se sustituye a la intención por la previsión que presupone el conocimiento del hecho y su significación por el autor.

La teoría de la representación y de la voluntad en forma vinculada, combina a las dos teorías anteriores, es una postura ecléctica, ya que el autor conoce el hecho así como su significación, y dirige su voluntad a la realización del mismo. Esta teoría ha sido la más aceptada.

El jurista Jiménez de Asúa, dice que existe dolo "cuando se produce un resultado típicamente antijurídico, con consciencia 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 representación del resultado que se quiere o ratifica."⁵⁸

El fundamento legal del dolo, es el artículo 9 de ambos códigos penales vigentes, que a la letra dicen:

⁵⁷ CARRARA, Francesco, Derecho Penal, 1ª ed. en México, Editorial Haría, México, 1993, Trad. Enrique Figueroa Alfonso, pág. 108.

⁵⁸ Op. cit, pág. 365

"Artículo 9. Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal, o previniendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley, y

..."

CLASIFICACION DEL DOLO

Existen diversas clasificaciones elaboradas por inminentes tratadistas, por lo que sólo me referiré a las clases de dolo que considero principales:

1. Dolo Directo: De acuerdo con la cita que realiza el profesor Pavón Vasconcelos, para Eugenio Cuello Calón, el dolo es directo "cuando el agente ha previsto como seguro y ha querido directamente el resultado de su acción u omisión o los resultados ligados a ella de modo necesario; aquí el resultado corresponde a la intención del agente."⁵⁹
2. Dolo Eventual: "Hay una representación del resultado, pero no hay voluntariedad del mismo, porque no se quiere el resultado, sino se acepta en caso de que se produzca. Aquí el sujeto tiene presente que puede ocurrir un resultado, que puede ser posible, y sin embargo, actúa para que se verifique, sin siquiera tratar de impedir que se realice."⁶⁰
3. Dolo de consecuencias necesarias: "no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable".⁶¹ A diferencia del dolo eventual, el

⁵⁹ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Op. cit., pág. 396

⁶⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit, págs. 225 y 226

⁶¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., pág. 366.

autor al representarse el hecho confirma su voluntad, ya que es seguro la producción del resultado que en un principio no es querido.

CULPA

El concepto legal lo encontramos en el artículo 9 de ambos códigos penales vigentes:

"Artículo 9.- . . .

Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible o previó confiando en que no se produciría, en virtud de la violación a un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales."

CLASES DE CULPA

- *"Culpa consciente, con previsión o con representación: existe cuando el agente ha previsto el resultado típico como posible, pero no solamente no lo quiere, sino abriga la esperanza de que no ocurrirá ...*

- *La culpa es inconsciente sin previsión o sin representación cuando no se prevé un resultado previsible penalmente tipificado."*⁶²

J.- INCULPABILIDAD

Es elemento negativo del delito, a la fecha no se han podido unificar las clases de inculpabilidad debido a las teorías de la culpabilidad ya expuestas, pero en lo que sí

⁶² CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit, pág. 247.

existe consenso es que éstas deben atacar o anular al dolo y a la culpa, las que algunos tratadistas aceptan son el error y la no exigibilidad de otra conducta.

ERROR

El error es la falsa apreciación que se tiene de la realidad, éste puede ser de hecho o de derecho.

ERROR DE DERECHO

En algunas ocasiones se le asocia o equipará con la ignorancia de la ley; pero considero que no es acertada esta asociación de ideas, ya que en la ignorancia de la ley se carece del conocimiento, mientras que en el error se tiene un conocimiento transgiversado.

Nuestra Corte al respecto ha establecido:

LEY, IGNORANCIA DE LA, DIFERENTE DE LA PENAL. CUANDO PUEDE SER INVOCADA. La Presunción de su conocimiento que hace ineficaz invocar la ignorancia de la ley penal, no es admisible respecto de la ignòrancia o error de hecho cuando recaen sobre un elemento constitutivo de la infracción penal, aunque se trate de la ignorancia o error de un precepto jurídico diverso de la ley penal, si su desconocimiento atañe a la comprensión del acto objeto de la imputación. Si tradicionalmente se ha hablado de la ignorancia o error de derecho cuando conciernen al desconocimiento de una ley en general, posteriormente una concepción científica y políticamente justa ha conducido a la ampliación del concepto mediante la asimilación del error o ignorancia de derecho no penal al error o ignorancia de hecho, entendiendo por esto el error o ignorancia que recae sobre una ley de cuyo conocimiento depende la conciencia de lesionar un derecho ajeno.

TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

A. D. Eloisa Escárcega Montes de Oca. 31 de octubre de 1970. Unanimidad de votos. Ponente: Victor Manuel Franco.

NOTA: Enviada sin número de registro a la Dirección del Semanario Judicial de la Federación.

También es llamado error de prohibición, cuando el error no recae sobre circunstancias pertenecientes al tipo legal, sino respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. (artículo 15 fracción VIII, inciso b) tanto del Código Penal Federal como para el del Distrito Federal vigentes).

ERROR DE HECHO

Se divide en error esencial y accidental.

El error esencial, se presenta cuando "el sujeto realiza una conducta antijurídica, pensando que es jurídica, es decir, hay desconocimiento de su antijuridicidad Para Vanini, el error esencial, es 'el que recayendo sobre un extremo esencial del delito, impide al agente conocer, advertir la relación del hecho realizado con el hecho formulado en forma abstracta en el precepto penal'."⁶³

El error accidental, recae sobre circunstancias secundarias del hecho, se subclasifica en:

⁶³ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., pág. 239.

- error de golpe (*aberratio ictus*), cuando el autor no acierta en el objeto, pero lesiona otro.
- error en la persona (*aberratio in personae*).
- error en el delito (*aberratio delicti*) cuando se realiza un delito diferente al que se cree se está cometiendo.

También se le denomina error de tipo, cuando éste recae sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal. (artículo 15 fracción VIII, inciso a) de ambos códigos penales vigentes).

Tanto el error esencial de hecho como el de Derecho, serán causas de inculpaibilidad o excluyente de responsabilidad cuando sea de carácter invencible, es decir que no hubiere la posibilidad para el sujeto, de acuerdo a su situación personal de cerciorarse de la ilicitud de su conducta.

Me parece adecuado citar la siguiente ejecutoria de la Corte, ya que engloba las diferentes clases de error.

ERROR DE HECHO Y ERROR DE PROHIBICION CUANDO OPERAN COMO EXCLUYENTES DE RESPONSABILIDAD. Frente a la ignorancia que constituye el desconocimiento total de un hecho o la carencia de toda noción sobre una cosa, surge el concepto de error, que no es sino la distorsión de una idea respecto a la realidad de un hecho, de una cosa o de su esencia. No obstante la diferencia entre la ignorancia y el error, en sentido jurídico se usan indistintamente tales términos,

pues tanto vale ignorar como errar sobre la esencia de una cosa o de un hecho. Para que el error de hecho resulte inculpable, además de esencial debe ser invencible, pues quien no advierte, por no encontrarse en posibilidad de hacerlo, lo típico e injusto del hecho, no puede ser censurado penalmente no obstante, su violación al derecho. Por ello, cuando el error es vencible se genera responsabilidad. El error de hecho, como causa de inculpabilidad, requiere por tanto que el mismo sea tanto esencial como insuperable o invencible, y supone distorsión o ausencia total del conocimiento del carácter típico del hecho o de un elemento del tipo penal. El error de prohibición es el error que recae sobre la licitud del hecho. Cuando el autor no tiene conocimiento de la norma penal referente al hecho que realiza y consecuentemente considera lícito su proceder, se está frente a un error de prohibición directa. Este error se puede originar por tanto en el desconocimiento de la norma o bien, aún conociéndola, en la creencia de que no está vigente o bien no tiene aplicación concreta en la especie. Se está en presencia de un error de prohibición indirecto cuando el agente, no obstante conocer la prohibición derivada de una norma penal, esté en la creencia, por error, de que concurre en el hecho una justificante no acogida por la ley. Por último, existe igualmente el error de prohibición, cuando el autor suponga erradamente que concurre, en el hecho, una causa de justificación, en cuyo caso se habla de un error de permisión. El error del autor recae, en esta última hipótesis, en la creencia de una "proposición permisiva", como lo es una legítima defensa. Por ejemplo, en el caso del homicidio, el error incidirá respecto a la permisión legal del hecho de homicidio, como necesaria consecuencia del rechazo de una supuesta agresión calificada, de la cual se estima deriva un peligro inminente y grave para bienes jurídicos. Debe agregarse que el llamado error de permisión no es un error de hecho, y, como se advierte, en esta especie se encuentran las llamadas eximentes putativas, cuya capacidad para excluir la culpabilidad del autor precisa su carácter invencible o insuperable.

Séptima Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 187-192 Segunda Parte, página 29

Amparo directo 2769/84. Enrique Enríquez Rojas. 27 de septiembre de 1984. 5 votos. Ponente: Raúl Cuevas Mantecón. Secretario: José Jiménez Gregg.

NOTA: Esta tesis también aparece en Informe de 1984, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 25, página 22, con el rubro "ERROR DE HECHO CUANDO OPERA COMO EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD".

Nuestra legislación penal vigente establece que el error debe ser invencible, de acuerdo a la fracción VIII del artículo 15 de ambos códigos penales vigentes:

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

VIII. Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

..."

LA NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA

Al respecto el profesor Castellanos Tena dice que con esta frase, "se da a entender que la realización de un hecho penalmente tipificado, obedece a una situación especialísima, apremiante, que hace excusable ese comportamiento."⁶⁴

El autor Octavio Orellana Wiarco cita la opinión en contra de Ignacio Villalobos: "se hace referencia sólo a consideraciones de nobleza o emotividad pero no de derecho, por las cuales resulta humano, excusable o no punible que la persona, obre en un sentido determinado aun cuando haya violado una prohibición de la ley o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como de acuerdo con los fines del derecho y del orden social"⁶⁵

⁶⁴ Op. cit., pág. 269.

⁶⁵ Op. cit., págs. 159 y 160.

Pero, para los que nos adherimos a la teoría normativista de la culpabilidad, la opinión del autor Francisco Muñoz Conde es de interés: "El Derecho no puede exigir comportamientos heroicos, o en todo caso, no puede imponer una pena cuando en situaciones extremas alguien prefiere realizar un hecho prohibido por la Ley, antes que sacrificar su propia vida o su integridad física"⁶⁶

K.- CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD Y SU AUSENCIA

Aún no se ha determinado con claridad en la doctrina la naturaleza jurídica de éstas, ya que algunos las contemplan como antijuridicidad, otros como modalidades del tipo o presupuestos procesales. "Generalmente son definidas como aquellas exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador para que la pena tenga aplicación."⁶⁷

No son elementos esenciales del delito, ya que sólo en algunos las contiene, por lo que son requisitos ocasionales.

La propia Corte no ha definido su naturaleza y en cambio denotan sus tesis una equiparación a presupuesto procesal y otras como modalidades del tipo en cuanto a los medios, por lo que cito dichas tesis:

⁶⁶ MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, 1ª ed. Reimpresión, Ed. Temis, Bogotá, Colombia 1990, pág. 421.

⁶⁷ *Ibidem*

CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD. ESTUDIO DE LAS. De conformidad con lo establecido en el artículo 290 del Código Federal de Procedimientos Penales, la autoridad está obligada a exponer los razonamientos que haya tomado en cuenta para valorar jurídicamente la prueba, en cuya virtud, si entre los medios de convicción aportados, se encuentra alguna, conforme a la cual pueda advertirse la existencia de circunstancias objetivas de punibilidad, deberá examinarla enfrentándola con las demás probanzas, para que en su caso, se esté en aptitud de analizar la inconstitucionalidad o no del acto reclamado.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEGUNDO CIRCUITO.

Octava Epoca Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIII-Mayo, página 409

Amparo directo 762/93. Agustín García Aladro. 10 de noviembre de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Bravo Gómez. Secretario: Jaime Cuayahuitl Orozco.

Nota: El rubro de esta Tesis fue modificado para hacerlo acorde con su contenido. Se publicó como: "CIRCUNSTANCIAS OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD."

FALSIFICACION DE DOCUMENTOS Y FRAUDE. No es exacto que cuando concurren los delitos de falsificación de documentos y fraude, y el primero sirva de medio para cometer el principal, exista por subsunción un sólo delito. Se trata de dos delitos con autonomía propia: el primero, previsto en la fracción I del artículo 244 del Código Penal, comprendido entre los delitos de falsedad, consiste en poner una firma o rúbrica falsa, aunque sea imaginaria o alterar una verdadera, y quedan satisfechas las condiciones objetivas de punibilidad a que se refiere el artículo 245 del mismo ordenamiento si el falsario se propuso sacar provecho para sí, en perjuicio del ofendido y la falsificación la hizo sin consentimiento de éste.

Sexta Epoca, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XIV, Segunda Parte, Página 111,

Amparo directo 5093/57. Eli Jiménez Nájera. 13 de agosto de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

AUSENCIA DE CONDICIONES OBJETIVAS DE PUNIBILIDAD

Los efectos de la falta de las condiciones objetivas de punibilidad, será la no aplicación de la pena.

L.- PUNIBILIDAD

Consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Para Pavón Vasconcelos "es la amenaza de pena que el Estado asocia a la violación de los deberes consignados en las normas jurídicas, dictadas para garantizar la permanencia del orden social".⁶⁸

Existe la discusión respecto si la punibilidad es elemento del delito o consecuencia del mismo. De acuerdo con el artículo 7 de ambos códigos penales vigentes el "*Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales*", se aprecia que no hay delito sin amenaza de sanción, es decir, no existen delitos no punibles, éstos pueden ser eximidos de pena, por lo que afirmó que la pena sí es efecto o consecuencia del delito, en tanto que la punibilidad es elemento del mismo.

M.- EXCUSAS ABSOLUTORIAS

"Son aquéllas causas que dejando subsistente el carácter delictivo de la conducta o hecho, impiden la aplicación de la pena".⁶⁹

Así que una conducta puede ser típica, antijurídica y culpable pero no se le aplica sanción alguna en virtud de alguna causa legal establecida por política criminal.

⁶⁸ Op. cit., pág. 453.

⁶⁹ CASTELLANOS TENA, Fernando, Op. cit., pág. 278.

Como el Derecho es opinable, se tienen diferentes clasificaciones de las excusas absolutorias, entre ellas, cito la elaborada por el jurista Raúl Carrancá y Trujillo:⁷⁰

- a) por los móviles afectivos revelados (encubrimiento de parientes y allegados; evasión de presos)
- b) por la copropiedad familiar (ya no existe en nuestra legislación vigente)
- c) por la patria potestad o tutela (ya no existe en nuestra legislación vigente)
- d) por la maternidad consciente (aborto por imprudencia o aborto en caso de que el producto sea resultado de una violación)
- e) por el interés social (por graves consecuencias sufridas en el sujeto activo del delito)
- f) por la mínima temibilidad revelada (robo de menor cuantía con arrepentimiento espontáneo)

⁷⁰ LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, Op. cit., págs. 268y 269.

III.- ITER CRIMINIS O VIDA DEL DELITO

El delito tiene un principio y un fin, a ese trayecto se le denomina *iter criminis* o *iter criminalis*, vida del delito o camino de delito, tiene dos fases: una interna y otra externa, sólo es dable en los delitos doloso, ya que en los culposos la esencia es la no intencionalidad.

A.- FASE INTERNA

A esta fase también se le denomina fase síquica, ya que hasta entonces el delito solo queda en la mente del sujeto. No es punible el pensamiento criminoso por sí mismo, hasta que se exteriorice con actos materiales tendientes a la realización del delito. En el Digesto, Ulpiano expresa la máxima del "*cognitionis poenam nemo patitur*"⁷¹ Esta fase abarca tres etapas, las cuales el jurista Castellanos Tena, expone:

"Idea criminosa o ideación: En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.

Deliberación: Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma,

⁷¹ Digesto, Libro XLVIII, Tit. 19 Ley 18, citado por JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., pág. 460.

pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.

Resolución: A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va a hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme no ha salido al exterior sólo existe como propósito en la mente.⁷²

B.- FASE EXTERNA

En esta fase se inicia el campo de las acciones dejando de estar en el mundo psíquico del sujeto activo.

Manifestación: es la exteriorización de la idea criminosa, pero como tal; para el profesor Jiménez de Asúa es una zona intermedia entre lo interno y externo, no es punible la sola manifestación, sólo cuando el tipo penal se agota como en los casos de amenazas, conspiración y proposición.

Preparación ó Actos Preparatorios: Para el profesor Jiménez de Asúa, estos actos son aquellos que no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a este delito en la intención del agente, que tiende así a preparar su ejecución, por ejemplo el hecho de procurarse de un arma para cometer el delito, etc. Este mismo tratadista

⁷² Op. cit., pág. 284

expone una fórmula para diferenciar a los actos preparatorios de los actos de ejecución, si los actos pueden ser realizados por cualquier individuo son actos preparatorios, pero si sólo pueden ser ejecutados por el que tenga el ánimo de delinquir se trata de actos de ejecución.⁷³

Todavía existe una gran problemática para poder diferenciar en algunos casos cuando estamos en presencia de actos preparatorios y en actos de ejecución. Al respecto se han elaborado diferentes teorías, de las que considero que a pesar que no existe una que sea absoluta o universal, resulta ser la más adecuada, y es la que se refiere a la relación directa entre el acto y la actividad expresada en el núcleo del tipo.

En los actos preparatorios no se ha transgredido alguna norma jurídica ya que no han salido de la esfera del sujeto activo, mientras que en los actos ejecutivos el sujeto realiza el verbo del núcleo del tipo adentrándose en la esfera jurídica del sujeto pasivo, violando la norma penal.

Ejecución: El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos la tentativa y la consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal, independientemente de que el sujeto activo alcance sus fines.

⁷³ Op. cit., pág. 471

C.- TENTATIVA

Es la conducta dirigida a la consumación del delito que no alcanza a llenar todos los elementos típicos.

Se le ha llegado a considerar como un "delito imperfecto" por falta de consumación, al respecto el autor Alfonso Reyes Echandía, comenta que "necesario es distinguir, si la palabra "imperfecto", se refiere al verbo latino *perficere* (cumplir, terminar, ultimar, acabar); la tentativa, en cuanto dice relación con una conducta que no logra la finalidad buscada, es algo imperfecto; pero si el calificativo se emplea para designar el hecho cuya consecuencia jurídica ha de ser una sanción penal, entonces debe afirmarse que la tentativa es jurídicamente referida a la del tipo cuya conducta comienza a ejecutarse, sino porque se necesitó crear un dispositivo especial para dar relevancia jurídica. Es afinada la observación de Paoli cuando a este propósito asevera que "un hombre sin brazos es imperfecto con relación a un hombre no mutilado, pero siempre es un hombre.

Desde luego, la tentativa apunta siempre a un tipo de la parte especial del Código en el que se describe la conducta cuya consumación no fue posible."⁷⁴

El profesor Castellanos Tena la define como "los actos ejecutivos (todos o algunos) encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."⁷⁵

⁷⁴ REYES ECHANDIA, Alfonso, Derecho Penal, 11a. ed. Editorial Temis, Santa Fe de Bogotá Colombia, 1997, pág. 119.

Francesco Carrara establecía que "en delito perfecto su fuerza moral deriva de la intención, y su fuerza física del acto externo dañoso. En el delito imperfecto se deduce igualmente su fuerza moral de la intención. Pero en la tentativa debe faltar el efecto dañoso que la convertiría en delito consumado; y las funciones del daño se representan en la tentativa por el peligro."⁷⁶

Otra opinión es la del autor Marco Antonio Díaz de León: "la aceptación de prolongar la punibilidad a hechos no ejecutados en su totalidad pero ya empezados a realizar, constituye lo que se conoce como tentativa".⁷⁷

A la tentativa se le considera también como amplificador de la tipicidad, esto va aunado a la polémica en relación con la autonomía de la tentativa. Al respecto, considero que si bien es cierto que la tentativa se relaciona con algún tipo penal, ésta cobra autonomía en tanto se rige por una disposición legal descrita en el propio código (en nuestro caso artículo 12 de ambos códigos penales vigentes), convirtiéndose en una figura jurídica con características, y reglas y punibilidad propias.

" Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

⁷⁵ Op. cit., pág. 287.

⁷⁶ Op. cit., pág. 128.

⁷⁷ DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Código Penal Federal con comentarios, 2a. ed., Editorial Porrúa, México, 1997, pág. 19

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo 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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Del texto legal citado, se aprecia como relevante:

- a) la existencia o clasificación de tentativa punible y no punible (a contrario sensu)
- b) la procedencia exclusiva en los delitos dolosos.
- c) la realización parcial o total de los actos ejecutivos.
- d) la procedencia en los delitos de acción y en los de comisión por omisión.
- e) la falta de consumación por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

CLASES DE TENTATIVA

Dentro de la tentativa punible se tiene tanto a la tentativa acaba como a la inacabada. Dentro de la tentativa no punible tenemos a la tentativa desistida.

Tentativa Acabada:

Cuando el sujeto realiza en su totalidad los actos necesarios para la producción del resultado típico y éste no se consuma por causas ajenas a su voluntad.

Tentativa Inacabada:

El sujeto comienza a realizar los actos necesarios para la producción del resultado típico pero no termina de ejecutarlos por causas ajenas a su voluntad.

Existe una incompleta ejecución.

Tentativa Desistida:

De conformidad con el último párrafo del artículo 12 de ambos códigos penales vigentes, el desistimiento no es punible:

"Artículo 12.-

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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Sobre este tópico el autor Cavallero, considera al desistimiento voluntario como una excusa absolutoria, en cuanto opera en favor del autor una causa personal de exclusión de pena⁷⁸

Se debe distinguir dos supuestos:

- a) desistimiento que debe ser espontáneo (opera en la tentativa inacabada).
- b) arrepentimiento activo, tratándose de tentativa acabada cuando el sujeto impide

⁷⁸ CAVALLERO, Ricardo Juan, El Delito Imposible la Tentativa Inidónea en el Derecho Penal Argentino, Ed. Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1983, pág. 31

la consumación del delito.

En ambos casos no es punible en cuanto al resultado típico esperado pero sí se sancionan aquellos actos u omisiones que constituyan por sí mismo delitos.

Respecto de los argumentos que fundamentan la punibilidad de la tentativa, los expondré en otro apartado en comparación con los del delito imposible.

IV.- CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Doctrinalmente el delito ha sido clasificado por diferentes tratadistas (Celestino Porte Petit, Luis Jiménez de Asúa, Eugenio Cuello Calón, Fernando Castellanos Tena, por mencionar a algunos), pero a pesar de los diferentes criterios, se pueden establecer conceptos comunes que intentare resumir en la siguiente clasificación.

POR LA CONDUCTA DEL AGENTE

- a) **Acción:** cuando se requiere de movimiento(s) corporal(es) voluntarios para la ejecución del mismo.

- b) **Omisión:** cuando la conducta consiste en una inactividad, en un no hacer voluntario.

POR EL DAÑO QUE CAUSAN

- a) Lesión: cuando se causa un daño efectivo y directo en el bien jurídicamente tutelado por la norma penal.

- b) Peligro: cuando al bien jurídicamente tutelado se le coloca en una posibilidad de causación de daño.

POR EL RESULTADO

- a) Formales: también denominados de mera actividad, se agotan con la conducta.
- b) Materiales: en los que se requiere la producción de un resultado material.

POR SU DURACION

- a) Instantáneos: en los que la acción que lo consuma se perfecciona en un solo momento. De acuerdo a la fracción I del artículo 7 de ambos códigos penales vigentes: "son instantáneos cuando la consumación se agota en el mismo momento, en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

- b) Permanentes o continuos son los que su consumación se prolonga a través del tiempo (art. 7 fracción II de ambos códigos penales vigentes). El profesor Sebastián Soler lo esclarece al decir que "cuando la acción delictiva misma permite, por sus características que se le pueda prolongar voluntariamente en el

tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos".⁷⁹

- c) Continuos se requieren de varias acciones para llegar al resultado delictivo, los códigos penales tanto federal como para el Distrito Federal, en su artículo 7 lo definen así: "El delito es:... III.- Continuo, cuando con unidad de propósito delictivo, pluralidad de conductas y unidad de sujeto pasivo, se viola el mismo precepto legal."

POR EL ELEMENTO INTERNO O CULPABILIDAD

- a) Intencionales o dolosos aquellos en los que el agente conociendo las circunstancias del hecho típico quiere y acepta el resultado prohibido por la ley.
- b) Culposos o imprudenciales aquéllos en los que el agente realiza el hecho típico incumpliendo el deber de cuidado que las circunstancias y condiciones personales le imponen.
- c) Preferintencionales, cuando el resultado es mayor al deseado por el agente, anteriormente el Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal en el párrafo tercero del

⁷⁹ SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, Tomo I, 10ª reimpresión actualizada por J. Fierro, Tipográficos Editora Argentina, Buenos Aires Argentina, 1992, pág. 284.

artículo 9, lo definía aludiendo que "Obra preterintencionalmente el que cause un resultado típico mayor al querido o aceptado, si aquél se produce por imprudencia".

POR SU ESTRUCTURA

- a) **Simple:** son aquellos en los que la lesión jurídica es única. La acción determina una lesión jurídica inescindible.

- b) **Complejos:** "son aquellos en los cuales la figura jurídica consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una figura delictiva nueva, superior en gravedad a las que la componen, tomadas aisladamente."⁸⁰

POR EL NUMERO DE SUJETOS

Esta clasificación atiende a la unidad o pluralidad de sujetos que intervienen para ejecutar el hecho descrito en el tipo, por lo que son unisubjetivos cuando el tipo requiere de la conducta de un solo individuo; y plurisubjetivos cuando requiere de varios individuos.

POR EL NUMERO DE ACTOS

Por el número de actos integrantes de la acción típica, al delito se le puede clasificar como unisubsistentes y plurisubsistentes. El delito plurisubsistente es el resultado de la unificación de varios actos, es decir cuando para su agotamiento

⁸⁰ *Ibidem.*

requiere de varios actos, bajo una sola figura o tipo. El unisubsistente se forma cuando la acción se agota en un solo acto.

POR LA FORMA DE SU PERSECUCION

Se clasifican de oficio y de querrela. Son de querrela aquellos en los que a juicio del legislador requieren del consentimiento de la parte ofendida para su persecución, lo que constituye un requisito de procedibilidad, y en los que se puede otorgar el perdón del ofendido. Son de oficio los que se persiguen por mandato de la ley, bastando sólo la denuncia de cualquier persona para su persecución.

CLASIFICACION DE LOS DELITOS

Por la conducta del agente	{ acción { omisión
Por del daño que causan	{ lesión { peligro
Por el resultado	{ formales { materiales
Por su duración	{ instantáneos { permanentes o continuos { continuados
Por el elemento interno	{ dolosos { culposos
Por el número de sujetos	{ unisubjetivos { plurisubjetivos
Por el número de actos	{ unisubsistentes { plurisubsistentes
Por la forma de persecución	{ oficio { querrela

CAPITULO SEGUNDO
EL DELITO IMPOSIBLE

CAPITULO SEGUNDO EL DELITO IMPOSIBLE

En este capítulo resaltaré algunos conceptos de la figura rectora del presente trabajo y el distingo entre la imposibilidad o inidoneidad absoluta y relativa, que particularmente es la clasificación preponderante en la doctrina, como resultado de la teoría objetivista y que ha servido de base para los juristas penales en la elaboración de las tesis que justifican su sanción y también para los que la desapruueban, como lo expondré en el siguiente capítulo.

Antes de estudiar algunos conceptos elaborados por algunos tratadistas, quiero hacer una reflexión sobre la terminología empleada para esta figura jurídica. Se utilizan como sinónimos los términos "delito imposible", "tentativa de delito imposible" y "tentativa inidónea".

La expresión "delito imposible", resulta a primera luz una antinomia; en la mayoría de los países latinoamericanos se ha empleado esta acepción, mientras que el uso de la locución "tentativa inidónea" que surgió en Alemania poco a poco se ha ido extendiendo, pero estos términos forman parte de la terminología jurídico-penal.

I.- CONCEPTO DE IMPOSIBLE

De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, se debe entender por imposible a lo no posible o sumamente difícil.⁸¹

⁸¹ DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Ediciones Culturales Internacionales 1991.

El Diccionario del Uso del Español, define lo imposible como lo no posible, se dice de lo que no se puede hacer o conseguir.⁸²

El Diccionario de la Lengua Española, da como concepto de imposible a lo no posible, lo inaguantable, lo intratable, sumamente difícil, o como figura retórica que consiste en asegurar que primero que suceda una cosa ha de ocurrir otra de las que no están en lo posible.⁸³

II.- CONCEPTO DE DELITO IMPOSIBLE

CONCEPTOS DOCTRINALES

"Se habla de imposibilidad en el delito cuando se pretende su comisión mediante el empleo de medios inidóneos en forma absoluta o bien cuando el objeto no existe o falta en él, la idoneidad para integrar la lesión jurídica."⁸⁴

El profesor Gustavo Malo Camacho, expone refiriéndose tanto al delito imposible como a la tentativa imposible, que son "aquellos casos en donde aún realizados actos encaminados a la comisión de un delito, la realización de éste es imposible por la inidoneidad de los medios o por la inexistencia del objeto."⁸⁵

⁸² GARCIA MOLINER, María Dolores, Diccionario del Uso del Español, Vol. I, Editorial Gredos, Madrid España, 1990, pág. 235.

⁸³ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Tomo I, 20ª ed., Editorial Espasa Calpe, Madrid España 1984, pág. 760.

⁸⁴ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Diccionario de Derecho Penal, 1ª ed., Editorial Porrúa, México 1997, pág. 304

⁸⁵ MALO CAMACHO, Gustavo, Derecho Penal Mexicano, 2ª ed., Editorial Porrúa, México 1998, págs. 478 y 479.

Para el autor Francisco Ferreira Delgado, "es posible la realización del hecho descrito en la figura típica con el propósito de alcanzar el resultado final, pero éste no lograrse, ya sea porque se esté empleando un medio no idóneo para llegar a él, o bien porque el objeto sobre el cual recae la acción no es susceptible de realizar el daño propuesto por el autor."⁸⁶

Francisco Blasco Fernández Moreda, citado por el jurista Luis Jiménez de Asúa, lo define: "...cuando la acción típica, a cuya ejecución tiene el designio del autor, no puede iniciarse o consumarse por la idoneidad "de origen" de los medios empleados para realizarla, o bien (por) la idoneidad de igual carácter o la inexistencia del objeto pasivo material sobre el que se emplean."⁸⁷

Ignacio Villalobos dice que "hay tentativa de delito imposible cuando se ejecuta actos que por sí o por su naturaleza se encaminan a o son adecuados para realizar un delito; como disparar un arma de fuego, estrangular o dar una substancia abortiva, aun cuando haya error acerca de la potencia del arma o de la existencia o presencia del objeto material o del objeto jurídico del delito. Esta insuficiencia del medio o ausencia del objeto sobre el que debe recaer el daño, hace imposible la consumación, aun cuando el acto, como tal, si tenga la naturaleza de la tentativa por ser encaminado subjetiva y objetivamente a producir una lesión típica."⁸⁸

⁸⁶ FERREIRA DELGADO, Francisco, Teoría General del Delito, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990, pág. 228.

⁸⁷ Op. cit., pág.

⁸⁸ VILLALOBOS, Ignacio, Dinámica del Delito, Ed. Jus, 1955, México, págs. 198

Existe delito imposible, cuando no se produce el resultado típico por falta de idoneidad, pudiendo ser absoluta o relativa en los medios o en el objeto.

Como elementos del delito imposible, se tiene:

- a) *la conducta dirigida a la consumación del delito, a la obtención del resultado deseado por el sujeto, y*
- b) *la falta de consumación por inidoneidad o imposibilidad en los medios o en el objeto.*

III.- ANTECEDENTES HISTORICOS EN LA LEGISLACION FEDERAL MEXICANA

Código Penal de 1871

Fue en el Código Penal para el Distrito Federal y Territorio de la Baja California en delitos del fuero común y para toda la República en los delitos contra la Federación promulgado el 7 de diciembre de 1871 que entró en vigor hasta el 1 de abril de 1972, conocido como el "Código de Martínez de Castro" (en honor a quien presidió la comisión redactora), que se reguló al delito imposible como "delito intentado". En la exposición de motivos, al respecto se expresó: "acaso parecerá injusto que en este último caso (el de quien intenta vanamente cometer un delito imposible) se imponga

una pena, por ligera que sea, pero la Comisión ha opinado lo contrario, creyendo que cuando se intenta un delito para cuya ejecución haya imposibilidad, sea absoluta o relativa revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo".⁸⁹

Este ordenamiento en su artículo 18 distinguió cuatro grados o tipos de delitos intencionales:

- a) Conato (tentativa inacabada, regulada en los artículos del 19 al 23)
- b) Intentado (delito imposible, regulado en el artículo 25)
- c) Frustrado (tentativa acabada, regulado en el artículo 26)
- d) Consumado

"Artículo 25.- Delito intentado es el que llega hasta el último acto, en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable porque es imposible, o porque son evidentemente inadecuados los medios que emplean"

El artículo 203 establecía la sanción:

"Artículo 203.- El delito intentado se castigará conforme a las tres reglas siguientes: I.- Cuando se intente en contra persona o bienes determinados y se consumare involuntariamente en persona o bienes diversos, se impondrá la pena del delito que resulte consumado;

⁸⁹ Ibidem, pág. 187.

II.- Cuando la consumación no se verifique por imposibilidad sólo de presente, pero se pudiere consumir después el delito con otros medios o en circunstancias diversas; la pena será de un tercio a dos quintos de la que se impondría si el delito se hubiera consumado; III.- Cuando se deje de consumir por imposibilidad absoluta, se impondrá una multa de diez a mil pesos”.

Como se aprecia tanto en el texto legal como en el de la exposición de motivos, de corte subjetivista, fue tomada en cuenta la peligrosidad del sujeto.

Código Penal de 1929

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales promulgado el 2 de septiembre de 1929, cuya fecha de entrada en vigor fue el 15 de diciembre de ese mismo año, conocido como “Código de Almaraz Martínez”, de corte positivista redujo de cuatro a dos los grados de la ejecución del delito: consumado y tentativa o conato, excluyendo al delito imposible por omisión de texto expreso que lo sancione.

“Artículo 22.- Hay 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 debieren producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento.”

Código Penal de 1931

El Código Penal para el Distrito Federal y Territorios Federales en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal, promulgado el 14 de agosto de 1931, con fecha de entrada de vigor el 17 de septiembre de 1931, la comisión redactora estuvo encabezado por José Angel Ceniceros, quien había criticado severamente el código anterior. Su denominación fue modificada el 31 de diciembre de 1974 para quedar como Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal.

En este año, se publicó en el Diario Oficial de la Federación del 18 de mayo de 1999 un decreto que modificó tanto la denominación como el ámbito de aplicación del Código Penal para quedar como Código Penal Federal. Así mismo, se publicó en la Gaceta Oficial del Distrito Federal del 17 de septiembre de 1999 una reforma que también modificó tanto la denominación como el ámbito de aplicación del Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal promulgado en 1931 con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación hasta el 31 de diciembre de 1998 (sin considerar las hechas el 8 de febrero, 17 y 18 de mayo de 1999 por el Congreso de la Unión), para quedar como Código Penal para el Distrito Federal.

A continuación cito el texto de los artículos 12 y 63 del ambos códigos penales vigentes y cómo éstos han sido reformados a la fecha, de acuerdo a las publicaciones hechas en el Diario Oficial de la Federación.

ARTICULO 12

14 de agosto de 1931

Artículo 12.- La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste 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."

14 de enero de 1985

"Artículo 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

10 de enero de 1994

"Artículo 12.- Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo 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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos".

ARTICULO 63

14 de agosto de 1931

"Artículo 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 debiera imponérseles si el delito se hubiere consumado."

15 de enero de 1951

"Artículo 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 debiera imponer de haberse consumado el delito salvo disposición en contrario."

10 de enero de 1994

"Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará, juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario."

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior."

13 de mayo de 1996

"Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará, juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario."

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado."

Iniciativa de reforma de diciembre de 1997

(Actualmente en estudio en el Senado de la República)

"Artículo 63.- Al responsable de tentativa punible se le aplicará, juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción que se le debiera imponerse de haberse consumado el delito que se quiso realizar, salvo disposición en contrario.

En los casos de tentativa en que no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, cuando éste fuera determinante para la correcta adecuación típica, se aplicará hasta la mitad de la sanción señalada en el párrafo anterior.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a la pena mínima y podrá llegar hasta las tres cuartas partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado."

Para algunos autores como el profesor Gustavo Malo Camacho⁹⁰ no quedó claro si el delito imposible estaba previsto en la fórmula del artículo 12, en cambio para el profesor Raúl Carrancá y Trujillo sí quedó comprendido el delito imposible, al decir que: "... como el precepto comentado requiere que la consumación no se realice por causas ajenas a la voluntad del agente, entendemos que en los ejemplos citados y en todos los de delito imposible, se ofrece la condición; por lo que la fórmula de la tentativa comprende también al delito imposible."⁹¹

⁹⁰ Op. cit., pág. 217

⁹¹ Op. cit., pág. 64

IV.- ANTECEDENTES HISTORICOS PRELEGISLATIVOS

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES DE 1958

La comisión redactora fue integrada por los juristas Celestino Porte Petit, Ricardo Franco Guzmán, Francisco Pavón Vasconcelos y Manuel Río Govea. En la exposición de motivos, esta comisión manifestó: "... por cuanto al Delito Imposible, se expresa que la Comisión se alejó de 'toda consideración técnica', para referirse exclusivamente a la peligrosidad revelada por el agente":

"Artículo 13.- Los actos preparatorios serán punibles cuando manifiesten en forma unívoca el dolo del agente.

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

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

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

"Artículo 50.- Al responsable de actos preparatorios punibles, se le aplicará hasta la mitad de la sanción que debiera imponérsele si el delito se hubiere consumado.

Al responsable de tentativa punible o de un delito imposible, se le aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponérsele si el delito se hubiere consumado."

PROYECTO DE CODIGO PENAL TIPO PARA LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1963

Elaborado por una comisión integrada por los juristas Celestino Porte Petit, Luis Fernández Doblado, Luis Porte Petit Moreno y Olga Islas de González Mariscal, siendo presidida por el Dr. Fernando Román Lugo, asesorada por el Dr. Luis Garrido.

"Artículo 17.- El delito es imposible por inidoneidad de los empleados o por inexistencia del bien jurídico u objeto material."

"Artículo 66.- Al responsable de tentativa o delito imposible, se le deberá aplicar de tres días hasta las tres cuartas partes del máximo de la sanción señalada en la ley al delito que el agente quiso realizar."

ANTEPROYECTO DE CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL DE 1989

"Artículo 17.- También es punible la tentativa cuando el delito no se puede consumir, por inidoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material.

Si la tentativa deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible.

Artículo 68.- En caso de delito imposible se impondrá hasta la mitad de la pena prevista para el delito que se quiso cometer.

V.- COMPARACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS

A.- CON LA TENTATIVA ACABADA

Para establecer las "similitudes y diferencias" entre la tentativa y el delito imposible, se debe tomar alguna de las dos posturas existentes al respecto; la dualista, en la que se contempla a ambas figuras en forma independiente, o bien la monista en la que la tentativa en estricto sentido es el género y el delito imposible es una especie. De antemano daré mi punto de vista, al considerar que el delito imposible es una especie de la tentativa.

Algún sector de la doctrina así como nuestro derecho positivo da un tratamiento diferente a ambas figuras, por lo que expondré la comparación entre el delito imposible y la tentativa acabada.

Dentro de las similitudes, se tiene que sólo hay cabida para los delitos dolosos, en ambas no existe consumación, la conducta que el sujeto intenta (el verbo del tipo) se encuentra tipificada, en ambas existe peligrosidad del sujeto en forma manifiesta.

Como diferencias, se encuentran la idoneidad de la acción o medios, es decir, en la tentativa la acción o medios empleados son idóneos o adecuados para la realización del delito, mientras que en el delito imposible éstos son inidóneos para la producción del resultado. En la tentativa el objeto jurídico se encuentra presente, en tanto en el delito imposible éste puede ser que no exista o bien, que ocasionalmente no se encuentre. La falta de consumación en la tentativa se debe siempre a causas ajenas a la voluntad del agente.

Más adelante me permitiré explicar la apreciación que se debe realizar en cuanto al delito imposible para poder encuadrarlo dentro de la tentativa, pero si a ambas figuras las apreciamos en forma ex-post se puede afirmar que ambas figuras resultan inidóneas, ya que de lo contrario sí se consumaría el delito.

	Tentativa	Delito Imposible
Culpabilidad	Dolo	Dolo
Punibilidad en los códigos penales (Federal y para el D.F. vigentes)	Sí	No
Medios empleados	Idóneos	En algunos casos inidóneos
Objeto jurídico	Presente	Puede estar o no presente (inexistencia o falta eventual)
Consumación	No por causas ajenas a la voluntad del agente	No por medios inidóneos o falta de objeto jurídico.
Conducta y resultado típico perseguido por el sujeto	Sí	Sí
Peligrosidad del sujeto manifestada	Sí	Sí

B.- CON EL DELITO PUTATIVO

Para Zaffaroni, el "Delito putativo se llama a todos los casos de error al revés (Binding), en que el sujeto cree que existe lo delictivo objetivo y en realidad, falta."⁹² A este concepto es necesario excluir el error de derecho, quedando entonces el error de prohibición al revés, en el que el sujeto cree que su conducta es contraria a la norma penal.

⁹² ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal, Parte General, 1ª edición en México, Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1986, págs. 582 y 583.

Para el profesor Pavón Vasconcelos, es la "conducta o hecho realizado en la falsa creencia de su carácter delictivo. El sujeto se encuentra en estado de error respecto a la conducta o hecho que ejecuta, cuando en la realidad su proceder, positivo o negativo, resulta ser lícito y por ello adecuado al derecho. Como bien expresa Porte Petit Candaudap, en el delito putativo la norma penal que se cree violada no existe, pero por el error en que el sujeto se encuentra 'existe en la mente del mismo'."⁹³

Al respecto, citó la siguiente tesis jurisprudencial que establece las diferencias entre delito tentado, putativo e imposible:

DELITO TENTADO, PUTATIVO E IMPOSIBLE. El delito se constituye por un conjunto de elementos materiales, normativos y subjetivos y tratándose del delito tentado, la conducta desplegada por el agente debe consistir en la ejecución de actos encaminados directa y necesariamente a la consumación del delito, que no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente. No es dable confundir en la doctrina lo que es un delito putativo con un delito imposible. El primero significa la ausencia de tipo en la ley punitiva y el error en que se encuentra la persona que tiene la creencia de que está delinquiriendo; en el segundo si existe tipo en la ley punitiva, pero su realización es imposible.

Amparo directo 5545/57. José Valdez Olaguez y coag. 29 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Sexta Época, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XVI, Segunda Parte, Página 102.

En el delito putativo el error recae sobre la existencia de la norma penal, en tanto en el delito imposible, el error recae sobre los medios o el objeto como elementos del tipo.

⁹³ Diccionario de Derecho Penal, Op. cit., pág. 308

También se tiene que en el delito putativo no existe prohibición respecto de la conducta, ni el resultado es tratado de evitar por la norma penal; y en el delito imposible el objetivo del autor es la causación de un resultado típico.

	Delito Putativo	Delito Imposible
Culpabilidad	Delitos dolosos	Delitos dolosos
Punibilidad en los códigos penales (Federal y para el D.F. vigentes)	No	No
Medios empleados	Idóneos	En algunos casos inidóneos
Objeto jurídico	Existente	Puede estar o no presente (inexistencia o falta eventual)
Alcance del resultado querido por el sujeto	Sí	No
Conducta y resultado típico perseguido por el sujeto	No, existe falta de tipo.	Sí, aunque falte algún elemento del tipo (medios u objeto)
Error	De prohibición al revés	Sobre las circunstancias del hecho

V.- JUICIO DE IDONEIDAD EN EL DELITO IMPOSIBLE

La idoneidad es la capacidad o aptitud para producir el resultado (en cuanto a la acción o medios empleados) y tratándose del objeto jurídico que éste sea capaz de resentir el peligro o daño.

A.- IMPOSIBILIDAD EN CUANTO A LA ACCION O MEDIOS EMPLEADOS

La imposibilidad se refiere a la inidoneidad, es decir a la incapacidad de la acción o de los medios para producir el resultado.

Se suele diferenciar la inidoneidad de la acción a la de los medios empleados. Para los objetivistas, el juicio de idoneidad debe darse en cuanto a la acción, por lo que se refieren a acción inicialmente inidónea, al respecto Scarano Luigi⁹⁴ critica dicho acerto al decir que la idoneidad no es un carácter intrínseco de la acción.

La acción se constituye de diversos actos que deben ser valorados en su conjunto, por lo que el juicio de idoneidad debe recaer en este caso sobre los medios empleados.

TIPOS DE INIDONEIDAD

La "imposibilidad" ha sido estudiada y clasificada por diferentes estudiosos del Derecho, y no existe un criterio uniforme al respecto, todo depende de la corriente que se adopte. Dentro de las clasificaciones que se han dado, se le ha dividido en:

- a) absoluta o relativa
- b) objetiva y subjetiva
- c) intrínseca y extrínseca
- d) inicial y sucesiva

⁹⁴ SCARANO, Luigi, *Il tentativo*, La Tentativa, trad. Luis E. Romero Soto, Ed. Temis, Bogotá, Colombia, 1960, pág. 181

A pesar de los argumentos que tratan de explicar cada una de estas clasificaciones, se pueden encuadrar en absoluta o relativa.

IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA

"Para Carrara son absolutamente inidóneos los medios que no habrían tenido nunca potencia de violar el derecho agredido sobre cualquier sujeto pasivo a que se dirigiesen".⁹⁵

La imposibilidad absoluta de los medios se refiere a todos aquellos que por su naturaleza no puede existir una relación causal con el resultado, que no pueden ni podrán producir el resultado.

En realidad no existen los medios absolutamente inidóneos ya que cuando se aprecia el caso en concreto, éstos se pueden tornar medios completamente idóneos. Así verbigracia, el sujeto que quiere privar de la vida a otro y para ello utiliza azúcar, en principio dicha sustancia es inocua para producir la muerte, pero si el sujeto pasivo es diabético, entonces el medio se convierte en idóneo, capaz de producirle la muerte.

IMPOSIBILIDAD RELATIVA

Soler cita en su obra a Francesco Carrara, al respecto diciendo este último que son: "relativamente inidóneos aquellos que no hayan tenido en sí capacidad de

⁹⁵ SOLER, Sebastián, Op. cit. pág. 263.

conducir a término el delito querido, por las condiciones del sujeto pasivo sobre el cual se dirigía la acción delictuosa, por excepciones circunstancias que acompañaron el hecho, pero que habrían bien podido y podrían conducir al cumplimiento del delito, si hubiesen sido dirigidos o se dirigiesen sobre otros sujetos pasivos, o se acompañaren de otras circunstancias."⁹⁶

En este tipo de imposibilidad, resulta ser que el medio tiene en sí mismo una idoneidad general para la producción del resultado, pero por las circunstancias particulares se torna incapaz de producir el resultado.

Manzini hizo diferencia entre la inidoneidad relativa y la insuficiencia de medios, argumentando que en la inidoneidad relativa falta potencia causal en la acción, en tanto la insuficiencia de medios es la falta de fuerza en el medio para la producción del resultado querido. Al respecto, opino que la insuficiencia de medios queda agrupada en la inidoneidad relativa. Como ejemplos, se tiene la administración de una dosis menor a la necesaria de veneno, el disparo de un arma de fuego de corto alcance efectuado a una distancia impropia.

También existe la inidoneidad en los medios por causas de ignorancia, superstición y error. Como ejemplo de los dos primeros, se tiene a una persona que quiere privar de la vida a otra por medio "exorcismos" o "brujería", en estos casos no propongo que se sancione las conductas que hayan desplegado, siempre y cuando por

⁹⁶ Ibidem

sí misma no constituyan un delito, ya que el grado de peligrosidad que se llega a manifestar es mínimo. En tanto tratándose del error, el sujeto activo tiene la posibilidad de rectificarlo y producir el resultado, denotando un mayor grado de peligrosidad.

Es siempre determinante el fin que el sujeto se propone para el despliegue de su conducta y el desarrollo de la misma, por lo que no existen medios absolutamente inidóneos.

B.- IMPOSIBILIDAD EN CUANTO AL OBJETO

En este rubro se tiene que distinguir la falta de objeto jurídico y cuando éste existe pero no se encuentra presente al momento del desarrollo de la acción delictuosa.

IMPOSIBILIDAD ABSOLUTA

Al respecto existen opiniones encontradas, ya que hay quienes argumentan que punir la acción (idónea) dirigida a un objeto (jurídico y material) inexistente, es sancionar el pensamiento. Pero de acuerdo a la postura doctrinal que se tome, esta afirmación no es tan sólida, por ejemplo si aplicamos la analogía, se tiene la incriminación de los actos preparatorios y la sanción a la premeditación, los que

también a veces resultan difíciles de escudriñar y probar, sin que por ello queden fuera del campo del Derecho Penal.

La inidoneidad absoluta por falta de objeto, se da cuando el objeto jurídico protegido por la norma penal no existe. Citaré como ejemplos algunos ya conocidos en la doctrina: El sujeto que dispara contra un sujeto creyéndolo vivo, pero que minutos antes ya había muerto; cuando se realizan maniobras abortivas en una mujer no embarazada; el sujeto que desea robar a un transeúnte y éste no tiene objetos de valor.

La falta de objeto jurídico es considerada por algunos como causa de atipicidad, en virtud de que no se puede ejecutar la acción nuclear del delito por falta de objeto.

Tanto el Código Penal Federal como el del Distrito Federal establecen en el artículo 15 fracción II la exclusión del delito por atipicidad.

(Código Penal Federal)

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

II. Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate;

..."

(Código Penal para el Distrito Federal)

"Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

II. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate;

..."

En torno al delito imposible, éste es uno de los problemas fundamentales, ya que la conducta dolosa, el querer del sujeto activo si se encuentra tipificado como

delito, por lo que es antijurídica, pero al momento de desplegar dicha conducta el objeto jurídico no está presente o es inexistente aunque minutos antes sí existía, lo que frustra la consumación del delito, dejando impune la perversidad manifiesta.

IMPOSIBILIDAD RELATIVA

Existe inidoneidad relativa en cuanto al objeto cuando éste sí existe en el mundo fáctico, pero no se encuentra presente al momento del despliegue de la conducta, es decir existe en el espacio, pero no en el tiempo.

Jiménez de Asúa, cita como ejemplos de la imposibilidad relativa del objeto pasivo material de la acción, los siguientes: "basta pensar en la colocación de una bomba, que estalla cuando se calculó, en la hora en que debía hallarse en el lugar (por ejemplo: en la cama bajo la cual se instaló la máquina infernal) la enemiga y deseada víctima, que por una acaecimiento imprevisto no estaba en su casa; o en el supuesto del ladrón que entra en un domicilio para apoderarse de un objeto valioso sin saber que había sido trasladado a la caja fuerte de un Banco pocas horas antes."⁹⁷

La distinción entre absoluta y relativa, para algunos debe conducir necesariamente a que en el primer caso el delito imposible no debe ser punible, pero considero que no es tan acertado este criterio, dicha clasificación no es tan relevante para determinar el grado de peligrosidad del sujeto y el parámetro de sanción

⁹⁷ Op. cit., pág. 491.

aplicable, puede suceder que en el caso de imposibilidad relativa de los medios se nos revele la falta de resolución por parte del sujeto para cometer el delito; en cambio, tratándose de la imposibilidad absoluta en donde el sujeto agotó todos los medios idóneos y hasta quizá perversos para lograr el fin, el objeto jurídico al momento no existía nos revela un grado de peligrosidad bien definido.

CAPITULO TERCERO

LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE

CAPITULO TERCERO

LA NECESIDAD DE SANCIONAR AL DELITO IMPOSIBLE

El delito imposible, la tentativa, así como otros temas del Derecho Penal no han encontrado una opinión común en la doctrina. Expondré algunas teorías que han tratado de fundamentar los motivos por los que debe sancionarse a dichas figuras jurídicas.

I.- POSTURAS DOCTRINALES

A.- CORRIENTE OBJETIVISTA

Para esta corriente es esencial la puesta en peligro del bien jurídico. En el delito consumado el resultado es la causa de la acción y de su punibilidad (la existencia de una lesión al bien jurídico), en tanto para la tentativa se requiere la existencia de un peligro, como Francesco Carrara lo resumió al decir: "el crimen consumado no puede existir si no existe daño, de la misma manera no puede haber tentativa si no existe peligro"⁹⁸; por lo que en principio este sector de la doctrina rechaza la punibilidad del delito imposible argumentando la inexistencia del peligro. No consideraban la voluntad del agente, sino el peligro que se produjera con la acción desplegada (*nullum crime sine iniuria*).

⁹⁸ Programa del Curso de Derecho Criminal, Op. cit., pág. 138

La necesaria relación de causalidad entre la conducta y el resultado deseado o propuesto fue seriamente atacada, toda vez que no puede existir esa relación causal en virtud de la falta de resultado, lo que también puso en tela de juicio fue la punibilidad no solo del delito imposible sino de la misma tentativa "idónea".

Con el objeto de defender la punibilidad de la tentativa, Mittermaier reorientó el concepto de la peligrosidad de la conducta medida por la causalidad, pero no en relación a la consumación del delito, sino en relación a la potencia que dicha conducta pudiera tener; diciendo que: "no toda tentativa entraña causalidad potencial. ... no será peligrosa la tentativa en la que los medios empleados carezcan de capacidad causal",⁹⁹ este autor establece entonces la distinción de tentativa peligrosa y tentativa no peligrosa (idónea e inidónea).

A raíz de estos conceptos se hizo el fraccionamiento entre imposibilidad absoluta y relativa, lo que posteriormente fue debatido por los subjetivistas, siendo en perjuicio de los propios objetivistas, puesto que se encontraron con dificultad en delimitar cuando nos encontramos frente a cada uno de estos tipos de imposibilidad, de acuerdo a lo ya expuesto en el capítulo anterior, dando como respuesta que es necesario estudiar el caso en concreto y que le corresponderá al juzgador establecer la clase de inidoneidad.

⁹⁹ SOLA RECHE, Esteban, La llamada "tentativa inidónea" del delito, aspectos básicos, Editorial Comares, Granada España, 1996, pág. 18.

El concepto de causalidad potencial resultó ser ambiguo, a falta de resultado la acción resultaba objetivamente vista "no peligrosa", por lo que Von Liszt introduce una nueva propuesta respecto de cómo debe apreciarse "la acción peligrosa", es decir, la perspectiva bajo la cual se debe observar la acción. Ahora la cuestión a determinar, es en qué momento se debe llevar a cabo ¿vista *ex-ante* o *ex-post*? y qué calidad se le debe exigir al sujeto que realizará la observación.

La perspectiva *ex-ante*, se refiere al momento de la acción, situando al observador en la posición del autor; se discutió ampliamente si ese observador debe tener la experiencia de un "hombre medio", un "experto" en el ámbito en que la acción se desarrolla o bien recurrir a la experiencia lograda por la humanidad. En general se ha adoptado la postura de que el observador debe tener la experiencia de un hombre medio, esto es razonable, puesto que la norma jurídica no está dirigida a personas con conocimientos especiales; y para efectos del juicio de peligro de la acción se le deben proporcionar los conocimientos que el autor de la conducta tenía al momento de la acción, sin que se le dé a conocer los efectos de dicha conducta.

La perspectiva *ex-post* se realiza una vez que la acción ha sido desplegada y se conocen sus efectos.

"La postura clásica sigue siendo lo que se desde Von Liszt y Look se conoce como 'pronóstico posterior' (*prognosis posterior*), es decir aquel procedimiento

consistente en que el juez se sitúa en el 'momento de la acción', juzgando como si ésta tuviese que producir aún sus efectos, es decir, el juez no tendrá en cuenta la experiencia derivada del desarrollo del hecho y juzgará 'ex-ante', haciendo abstracción de aquella experiencia".¹⁰⁰.

Me permito relatar un ejemplo clásico del delito imposible, visto con ambas perspectivas:

Un sujeto desea privar de la vida a otro, para ello adquiere un arma, lo acecha, conoce su rutina, se introduce a su domicilio a la hora en que éste duerme y una vez que lo ve acostado en su cama efectúa varios disparos en contra de él, pero resulta que éste había fallecido minutos antes por un infarto.

Visto *ex-ante* por un "hombre medio" sin que se la haga saber que el "sujeto pasivo" había fallecido y que en el lugar de dispararle a un hombre vivo, el agente le disparaba aun cadáver, este observador dirá que la acción es peligrosa y que se le debe sancionar o castigar al agente que la realiza, ya que creará que se acaba de cometer homicidio.

Visto *ex-post*, dándole al observador todos los elementos, es decir que éste tenga conocimiento de que el "sujeto pasivo" ha fallecido, es decir que se trata de un

¹⁰⁰ ESCRIBA GREGORI, José María, La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal, Editorial Bosch, Barcelona España 1976, págs. 90-91

cadáver, que no existe objeto ni bien jurídico, posiblemente según su susceptibilidad se incomode pero estará seguro de que no hay peligro para el supuesto "sujeto pasivo", que la acción no le resulta peligrosa.

Con el esquema del pronóstico posterior, resultó innecesaria la distinción entre tentativa inidónea e idónea.

Liszt manifestó que: "La tentativa es la manifestación de la voluntad dirigida a la ejecución del hecho y tiene su esencia en el carácter peligroso de la manifestación de voluntad; de donde se deduce que la tentativa no peligrosa no es tal tentativa, y por consiguiente no es punible."¹⁰¹

Esta definición da visos de corriente subjetivista, al referirse a la manifestación de la voluntad dirigida a la ejecución del hecho, por lo que algunos lo han situado entre las teorías mixtas o intermedias.

B.- CORRIENTE SUBJETIVISTA

La base de esta corriente consiste en la "manifestación de la voluntad" exteriorizada (voluntad delictiva), no es relevante que la acción sea objetivamente peligrosa, tampoco importa si el medio o el objeto son inidóneos, ya que sostienen que el autor los tomó por idóneos.

¹⁰¹ JIMENEZ DE ASUA, Luis, Op. cit., pág. 489

Fue Von Buri quien fundamentó la base de la punibilidad de la tentativa, argumentando que lo relevante es la voluntad del autor, respecto del pensamiento de este jurista, el autor Esteban Sola Reche dice: "... desde la teoría de la equivalencia de las condiciones; entiende que la única conclusión significativa que puede extraerse de la no producción del resultado es que la conducta constitutiva de tentativa, en las condiciones dadas, no era causal. Expresamente niega la significación de la idea de peligro, toda vez que constituye una abstracción contradecible por la realidad, e identifica entonces lo inidóneo con lo no causal, por lo que solo pueden existir tentativas inidóneas. Únicamente puede justificarse entonces la punibilidad de la tentativa en la manifestación del autor contra la ley".¹⁰²

Respecto de la tesis de la equivalencia de condiciones, Sebastián Soler dice que, "el hecho mismo de que en toda tentativa el resultado no se produzca, demuestra que no puede hablarse de idoneidad de los medios, toda tentativa es, por definición inidónea; falta en ella la condición que habría determinado el evento; las condiciones restante son indiferentes. Luego, la punibilidad tampoco en este aspecto puede fundarse en un *peligro objetivo*, sino solamente en la voluntad."¹⁰³

En resumen, esta corriente doctrinal reconoce únicamente la manifestación de la voluntad delictiva exteriorizada por la conducta del autor que según su concepción tanto el objeto como los medios son idóneos.

¹⁰² Op cit., págs. 27 y 28.

¹⁰³ Op cit., págs. 259 y 260

La crítica a esta postura es su amplitud, ya que puede abarcar a la tentativa irreal (por superstición).

C.- CORRIENTE POSITIVISTA

Esta corriente es partidaria de la punibilidad del delito imposible. El jurista Ignacio Villalobos se refiere a lo que Rafael Garófalo y Enrico Ferri decían: "La impunidad del delito imposible es tan absurda moral y socialmente, que el jurista tranquiliza su conciencia agregando que de todos modos el reo de tentativa imposible será castigado por su propia acción . . . si ésta realiza los elementos de otro delito (por ejemplo violación de domicilio o daños), pues de lo contrario se ocuparía de él la policía."¹⁰⁴

El fundamento que sostiene esta corriente es la peligrosidad del delincuente. Garófalo "quien usa la palabra temibilita, para designar la "perversidad constante y activa del delincuente y la cantidad del mal previsto que hay que temer por parte del mismo delincuente".¹⁰⁵

Se debe sancionar al delito imposible por la voluntad delictiva exteriorizada, al respecto el autor Ricardo Juan Cavallero cita a Garófalo: "desde el momento que no

¹⁰⁴ Dinámica del Delito, op. cit., pág. 194

¹⁰⁵ Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Ed. Porrúa y U.N.A.M., Vol. 4 (Letras P-Z), México 1995, Pág. 2371.

existe daño no es posible castigar más que la voluntad, por tanto, poco importa que ésta se haya servido de un medio que no ofrecía probabilidades de éxito. Cuando un proyecto no se ha podido realizar, la falta debe atribuírsele al agente, el cual no ha previsto la circunstancia que impide la realización de aquél. ... La cuestión de la tentativa con medios insuficientes no es tal desde el momento en que la medida de la penalidad está en la perversidad criminal. Si la tentativa es bastante para revelar al delincuente, lo mismo que le hubiera revelado la realización del delito, no hay diferencia entre una y otra, sean o no suficientes los medios, lo que hay que investigar primero es si la voluntad se ha manifestado en forma indudable, y después, si esta voluntad es peligrosa, porque la perversidad que no lleva a la acción no reclama represión alguna por parte de la sociedad.... En efecto, la elección de los medios puede acusar la falta de energía o la torpeza del agente, como cuando éste imagina que puede envenenar a un hombre con azúcar o sal común, o disparando un arma a distancia inverosímil. En estos casos no habría delito, no a causa de insuficiencia del medio, sino porque esta insuficiencia es una prueba de que el agente no es capaz de cometer el delito, este individuo no tiene mas que veleidades del delito, pero el hecho es inofensivo, la pretensión penal por tanto será absurda".¹⁰⁶

En relación al pensamiento de Ferri, el profesor Pavón Vasconcelos, lo cita cuando éste recuerda el caso Laurent, juzgado por la Corte de Agen: " 'Un padre perverso, impulsado por motivos de interés, resuelve matar a su hijo, y mientras éste se encuentra trabajando en el campo prepara y carga un fusil para darle muerte

¹⁰⁶ Op. cit., págs. 91 y 92

cuando vuelva del trabajo. Pero el hijo regresa de modo imprevisto a la casa y descarga el arma, colocándola en el mismo sitio en que estaba antes, sin que el padre se dé cuenta. Al volver el hijo por la noche, dispara el padre contra él a dos pasos de distancia.'... Comentando el caso expresa: 'Ahora bien, como quiera el joven salió ileso, y dado que con un fusil sin cargar no es posible dar muerte a un hombre, la teoría objetiva sobre el delito intentado concluye sosteniendo que la conducta de Laurent no es delictuosa, aunque sí inmoral. Y lo mismo en el caso del que penetra en la habitación donde duerme una persona que ha elegido como víctima y dispara contra ella, siendo así que había muerto ya hace algunas horas a causa de un aneurisma o por otro motivo. No es posible matar a un hombre muerto, dice el jurista, que sólo tiene en cuenta la objetividad jurídica de la infracción. Pero se trata tanto en el caso Laurent como en el otro, de un delincuente de peligrosidad indudable, responde el criminalista que valúa el acto en el autor. En el primero y segundo de estos ejemplos no sólo no existe daño alguno, sino que tampoco se da objetivamente el peligro. Pero tanto en uno como otro existe la peligrosidad del delincuente. De ello resulta moral y jurídicamente indudable la necesidad de una sanción represiva contra el sujeto; esto fue lo que hizo el tribunal de Agen condenando a Laurent a pesar de las abstracciones contrarias de la <<lógica jurídica>>.'¹⁰⁷

¹⁰⁷ PAVON VASCONCELOS, Francisco, Breve Ensayo sobre la Tentativa, 5a. ed., Editorial Porrúa, México, 1998, págs. 40 y 41.

II.- FUNDAMENTOS PARA PENALIZAR AL DELITO IMPOSIBLE

A.- COMPARATIVO A LOS DE LA TENTATIVA

1.- POR EL PELIGRO CORRIDO

Este fundamento es de criterio objetivo, basta recordar a Carrara quien habló del peligro corrido por el bien jurídico. La Doctrina Clásica hizo la diferenciación entre el peligro abstracto y peligro concreto.

Con respecto al delito imposible, en principio este criterio no es aplicable, ya que tanto en los casos de imposibilidad por medios inidóneos o bien por falta de objeto jurídico no se ha corrido ningún riesgo.

Pero cabe señalar que en nuestro Derecho Positivo existen varios tipos penales que contemplan el peligro en abstracto o también denominados peligro presunto, es decir en los que no existe un peligro corrido pero que por efectos de la ley existe un presunción *iuris et iure* de la existencia de un peligro derivado de la ley y que no se exige la comprobación de éste para la integración del tipo. Como ejemplo de éstos, se tiene "la portación de arma prohibida", "la asociación delictuosa", "acopio de armas" y "el abandono de menores".

A continuación cito algunas tesis que ha sostenido la Corte, en donde se aprecia el concepto de peligro abstracto.

DROGAS ENERVANTES. Si la acusada tenía en su poder la droga, en tal cantidad, que crea la presunción fundada de que con la misma realizaba actos de suministro y tráfico, ello implica que tal conducta ilícita ponía en peligro la salud privada y pública, independientemente de la lesión concreta que haya causado, pues es bien sabido que el contenido del injusto típico está constituido por la lesión concreta que se produce al interés protegido por el Derecho o por el hecho de poner en peligro al mismo, tratándose de lo que el Derecho material designa como peligro abstracto, pues en ilícitos de la categoría del inculpativo, la simple posesión agota el tipo delictivo, sin que sea necesaria la lesión concreta del bien jurídico que protege.

Primera Sala, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXII, Página 104

Amparo penal directo 3875/54. Por acuerdo de Primera Sala, de fecha 8 de junio de 1953, no se menciona el nombre del promovente. 6 de octubre de 1954. Unanimidad de cinco votos. Ponente: Teófilo Olea y Leyva.

ASOCIACION DELICTUOSA. CONFIGURACION DEL DELITO DE. El delito de asociación delictuosa es un delito "per se", independiente de los delitos que para su realización hayan concertado los asociados; es decir, el delito se consuma por la sola participación en la asociación o banda y no en los hechos punibles concretos que la misma lleve a cabo, pues se trata de un delito de peligro abstracto y doloso; luego, para que éste se configure no es necesario que se cometan otros delitos diversos, ya que en otras palabras, el delito de que se trata se integra con el solo convenio asociacionista, sin ningún acto ejecutivo.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: XI-Enero, Página 228.

Amparo directo 425/92, Maribel Benítez Álvarez. 13 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.

PORTACION DE ARMA DE FUEGO, CONFIGURACION DEL DELITO DE. La circunstancia de que el acusado manifestara que el arma afecta a la causa no podía usarse, por encontrarse en mal estado mecánico, no obsta para tener por configurado el delito de que se trata, puesto que basta

que se justifique que el activo portó un arma de las determinadas en la ley especial aplicable, como la de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada y Fuerza Aérea nacionales, para tener por comprobado el cuerpo del delito en cuestión, en razón de que el bien jurídico tutelado por este tipo penal, no es solamente el peligro abstracto de la vida e integridad personal de los ciudadanos, sino también la paz y seguridad, por lo que aun cuando el arma afecta a la causa estuviera descompuesta, y no pudiera prácticamente crear peligro abstracto contra la vida e integridad corporal, sí afecta la paz y seguridad de las personas, toda vez que los pasivos fueron amedrentados con el arma, lo que indudablemente afectó su paz y tranquilidad y motivó que solicitaran el auxilio de la policía.

PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.
Tribunales Colegiados de Circuito, Octava Época, Semanario Judicial de la Federación
Tomo III Segunda Parte-2, Página 551.

Amparo directo 247/89. Fernando Agustín Espinoza Cardoso. 28 de abril de 1989. Unanimidad de votos.
Ponente: Elvia Díaz de León de López. Secretaria: Silvia Lara Guadarrama.

ARMA DE FUEGO. PORTACION DE UNA NO UTILIZABLE COMO TAL. El porqué de haber erigido en tipo la conducta que implica la portación de armas de fuego fue no solamente el peligro abstracto de la vida e integridad personal de los gobernados, sino también la paz y seguridad de los mismos. Por lo tanto, la portación de una pistola sin proyectiles o sin el cargador, aun cuando fácticamente no crea el peligro abstracto contra la vida e integridad corporal, sí afecta la paz y seguridad de las personas, pues si quien la porta la muestra con ánimo de amedrentar (pues no lo podrá tener de privar de la vida o lesionar mediante disparo) sin duda que puede afectar la paz y tranquilidad de las personas, en virtud que ellas ignorarían la imposibilidad de utilizarla como arma de fuego. En consecuencia, siendo diversos los bienes jurídicos tutelados por la figura materia de la condena, resulta intrascendente que la pistola que alguien porte no pueda ser utilizada para disparar, por la falta de cargador o proyectiles.

Primera Sala, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 139-144 Segunda Parte, Página 10.

Amparo directo 1677/80. Mariano Aceves Bustos. 8 de Agosto de 1980. 5 votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos. Secretario: Javier Alba Muñoz.

NOTA (2): Esta tesis también aparece en:
Informe de 1980, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 8, página 7, con el rubro "ARMAS DE FUEGO. PORTACION DE UNA QUE POR ALGUN MOTIVO NO PUEDE UTILIZARSE COMO TAL".

ASOCIACION DELICTUOSA, AUTONOMIA DEL DELITO DE. El delito de asociación delictuosa es un delito per se, independiente de los delitos que para su realización hayan concertado los asociados; es decir, el delito se consuma por la sola participación en la asociación o bando y no en los hechos punibles concretos que la misma lleve a cabo, pues se trata de un delito de peligro abstracto y doloso.

Primera Sala, Séptima Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 65 Segunda Parte, Página 13.

Amparo directo 5608/73. Juana González García y María Gutiérrez Martínez. 2 de mayo de 1974. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva.

Séptima Epoca, Segunda Parte:

Volumen 61, Pág. 39. Amparo directo 4360/73. José Rodríguez Álvarez. 31 de enero de 1974. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Abel Huitrón y A.

ARMAS, ACOPIO O ACUMULACION DE. Debe estimarse que el acopio o acumulación de armas tiene el carácter de delito si para hacerlo la persona poseedora de las armas no obtuvo el permiso reglamentario o la acumulación de armas no es hecha con un fin fíctico, puesto que tal delito es de los considerados como de peligro abstracto.

Primera Sala, Séptima Epoca,, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 34 Segunda Parte, Página 17.

Amparo directo 2667/71. Arturo González Marín. 7 de octubre de 1971. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Ernesto Aguilar Álvarez.

2.- POR VIOLACION A LA NORMA JURIDICA

Fue Vincenzo Manzini quien defendió este criterio para la punibilidad de la tentativa, diciendo que: "la tentativa es punible no por otra cosa, sino por constituir violación voluntaria de un precepto penal, cualquiera que sea el criterio político-penal aceptado en la formación de la ley ... agregando que el concepto de tentativa, lo mismo que el de delito consumado, no debe ser puesto en relación con el daño eventual o real, público o privado, sino con la esencia misma de la norma penal contra

la cual la actividad individual se ha dirigido. Y entonces cualquiera comprende que en la tentativa no se tiene un mero peligro de violación, sino una violación propia del precepto contenido en la norma."¹⁰⁸

La norma jurídica debe tener fundamentos prelegislativos, ésta fue la crítica que recibe Manzini al respecto.

"El punto de vista alternativo considera que las infracciones de una norma, cuyo incumplimiento está amenazado con una pena, será ya relevante y justificará la intervención del Derecho Penal. Los partidarios de esta concepción entienden que la función del Derecho Penal es la protección de bienes jurídicos, pero reaccionando ya frente a las acciones disvaliosas (acciones que lesionan normas)... Todo autor de una tentativa exterioriza una voluntad criminal que no llega a lesionar un bien jurídico sólo por casualidad y por ello no hay razón para que el Derecho Penal decline entrar en acción a la espera de que el autor tenga más suerte."¹⁰⁹

En el delito imposible se habla de atipicidad, por falta de alguno de los elementos del tipo o porque se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos de la descripción típica. En la tentativa "idónea" también se puede hablar de que la conducta no se adecua en su totalidad al tipo penal, sin embargo ésta es regulada y

¹⁰⁸ MANZINI VICENZO, Tratado de Derecho Penal, trad. Sentis Melendo, Tomo III de las Teorías Generales, 1ª ed. en español, Editorial Ediar, Buenos Aires, Argentina 1948, pág. 177.

¹⁰⁹ BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, Lineamientos de la Teoría del Delito, 2ª ed., Buenos Aires Argentina, Editorial Hammurabi, 1986, pág. 15

sancionada, porque el legislador la ha plasmado en la ley, quedando así como conducta antijurídica.

Hoy por hoy, este criterio no es aplicable en ambos códigos penales vigentes a que me he referido en el presente trabajo, para el delito imposible, pero la propuesta de este trabajo es que se establezca en dichos ordenamientos jurídicos penales tanto federal como para el Distrito Federal una sanción a esta figura jurídica, y entonces se tendrá una antijuridicidad especial en la que sólo importará la realización de actos contrarios a Derecho, siendo aplicable entonces este criterio para su punibilidad.

3.- POR LA PELIGROSIDAD DEL SUJETO

El jurista Luis Rodríguez Manzanera dice que: "Desde el punto de vista criminológico, el concepto de peligrosidad comprende dos fenómenos diversos: la capacidad criminal y la adaptabilidad social. La primera es la potencia, la aptitud y la inclinación de una persona para cometer conductas antisociales, producidas por una conjunción de factores criminógenos. La adaptabilidad social es la capacidad del sujeto para ajustarse a las normas de convivencia, para aclimatarse al medio social.

A partir de esta diferencia, se reconocen cuatro formas clínicas de estado peligroso:

- a) capacidad criminal muy fuerte y adaptabilidad muy elevada (forma más grave: delitos de cuello blanco, financiero, industrial, corrupción política, etc.);

- b) capacidad criminal alta y adaptabilidad incierta
(menos grave, son fácilmente identificables: criminal profesional, reincidente, etc.);
- c) capacidad criminal leve y adaptación débil
(delitos leves, inadaptados caracteriales, raterías, etc.), y
- d) poca capacidad criminal y adaptabilidad elevada
(forma ligera de estado peligroso, delincuentes pasionales y ocasionales).

Se han reconocido diversas formas de peligrosidad: así la peligrosidad genérica, que hace referencia a todo tipo de ilícitos, y la específica, cuando se dirige a una determinada categoría o grupo de conductas antisociales.

Por peligrosidad general o social se entiende la actitud o tendencia de una persona para dañar intereses socialmente relevantes, aunque no estén protegidos por la ley; la peligrosidad criminal es la probabilidad de que un sujeto cometa un delito, o reincida el mismo. Por lo general se considera la peligrosidad criminal como la forma más grave de peligrosidad social.

La peligrosidad puede ser, desde el punto de vista jurídico, presunta o comprobada. Es presunta cuando, una vez comprobada la realización de determinados hechos, o de ciertas características del sujeto, debe ordenarse una agravación de la pena, o la aplicación de una medida de seguridad, no debiendo el juzgador examinar la existencia real de la peligrosidad, pues ésta ya ha sido supuesta

por el legislador. Será comprobada cuando el magistrado debe, antes de actuar, comprobar la existencia concreta de la peligrosidad del agente." 110

Para Francesco Antolisei: "la peligrosidad del delincuente no se origina de una acción, sino de la personalidad misma del hombre ...es la probabilidad de que una persona realice acciones delictuosas, y en este sentido, es la notable aptitud o capacidad de una persona para causar delitos". 111

Enrico Altavilla, al referirse a la distinción de peligrosidad del delincuente y de las acciones dice: "se tiene peligrosidad de las acciones cuando el comportamiento del agente es tal que haga considerar probable la realización de un resultado temido; y se tiene peligrosidad del delincuente cuando la persona es tal que haga considerar probable que ella cometa acciones perjudiciales. La primera implica relaciones entre el comportamiento humano y determinado resultado; la segunda, relaciones entre una persona y determinada conducta."112

Retomando estos conceptos y relacionándolos con el delito imposible, la peligrosidad que revela el sujeto en lo casos ya citados como ejemplos es patente, toda vez que éste exterioriza con actos materiales su intención delictiva, dejando de ser la peligrosidad una simple probabilidad, es por ello que este criterio sí sirve de fundamento (actualmente prelegislativo) para sancionar al delito imposible.

110 Diccionario Jurídico Mexicano, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 8ª. ed., Editorial Porrúa, Vol. 4 (Letras P-Z), México 1995, pág. 2371.

111 ANTOLISEI, Francesco, La acción y el resultado en el delito, trad. José Luis Pérez Hernández, 1ª. ed. Castellana, Editorial Jurídica Mexicana, México 1959, págs. 204 y 205.

112 ALTAVILLA, Enrico, La Culpa, el delito culposos, sus repercusiones civiles, su análisis psicológico, 4ª. ed., Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1987, trad. José J. Ortega Torres, pág. 599.

B.- OTRAS CONSIDERACIONES

1.- FINES DEL DERECHO PENAL Y POLITICA CRIMINAL

Coincidiendo con la opinión del profesor Ignacio Villalobos¹¹³, el Derecho Penal como Derecho Público, tiene como objeto proteger a la organización social, aun cuando no se patentice por daños o peligros para una persona o para un bien concreto, de lo contrario quedaría en la esfera del derecho privado. Asimismo, estimo que el género de los bienes que tutela el Derecho Penal se encierran en los rubros de paz social, bien común y seguridad. El Derecho Penal debe de tomar en cuenta las necesidades e intereses del sistema social.

El legislador prohíbe conductas por ser malas en sí, esa prohibición recae sobre la intención criminosa, al sancionar el delito se pune el querer matar, etc., así que no sólo es objeto de la norma penal la efectiva lesión al bien jurídico.

Si la misión del Derecho Penal es la protección de los bienes jurídicos, debemos preguntarnos ¿Cómo pueden ser éstos afectados?, la respuesta es: se lesionan cuando el delito es consumado; se ponen en peligro concreto en el caso de la tentativa "idónea" y son agredidos o perturbados cuando existe el fin de dañarlos y al realizarse los actos tendientes a ese propósito sólo se ponen en peligro abstracto, trátese pues del delito imposible.

¹¹³ Dinámica del Delito, Op. Cit., pág. 195.

Considero oportuno recordar que el dolo se encuentra presente siempre en el delito imposible, característica que por política criminal se debe considerar al igual que la peligrosidad de la conducta (ex-ante).

En el supuesto de que no se sancione al sujeto que ha denotado peligrosidad en el delito imposible, se estará afectando a la sociedad, dando oportunidad al sujeto a que lo vuelva intentar y corra con más suerte, es decir que si encuentre el objeto jurídico o bien que con tanta frustración por falta de medios idóneos, adquiera experiencia o pericia y lo realice no sólo poniendo en peligro los intereses de la sociedad, sino dañándolos. Por lo que se hace necesario la intervención del Derecho Penal con el fin de que se prevengan dichas conductas a través del establecimiento de sanciones en la norma penal. La eficaz protección a los bienes jurídicos se logra por medio de la conminación a los individuos de una sociedad (otro fin del Derecho Penal es la prevención).

2.- TEORIA DE LA IMPRESION O ALARMA SOCIAL

A la teoría de la impresión, también se le conoce como "alarma social" o "disminución en el sentimiento de seguridad entre los miembros de la sociedad", esta teoría basa la punibilidad de la tentativa en la intención del sujeto activo y su conducta pero no en sí misma, sino respecto al efecto que se da sobre la comunidad.

"En el menoscabo del sentimiento de que la paz jurídica está asegurada, encuentra esta teoría el daño para la comunidad tanto en la tentativa idónea como en la inidónea, agregándose en la primera la puesta en peligro para el bien jurídico protegido, hallándose el fundamento de esta concepción en la misión de la prevención general que suele atribuirse al Derecho Penal. (comparten esta teoría Jürgen Baumann, Bielfeld, Wessel, Rudolphi)"¹¹⁴

Esta teoría es aceptada en forma mayoritaria en Alemania, no se trata de una teoría nueva, al respecto el autor Alejandro Colanzi, dice que: "Romagnosi sostenía que 'la tentativa causa un daño injusto, al perturbar el goce de la seguridad que tiene derecho a disfrutar la sociedad y sus miembros. Por tanto, será justo irrogar una pena a la tentativa, considerándola tan sólo como causante del temor que infunde injustamente'. Carmignani afirmaba que 'la opinión de la propia seguridad se disminuye en los ciudadanos cuando, si bien se trata de subversión contra bienes meramente privados, de toda forma, como tales subversiones provienen de la malicia de los hombres, los ciudadanos, aunque no fuesen ellos los golpeados en su propia persona, tienen justa razón para suponer que tarde o temprano les acezcan a ellos semejantes, daños' este autor sostiene que el delito siempre produce un 'daño público', ya que produce una disminución de la opinión de la propia seguridad y no sólo proveniente de la lesión a la seguridad".¹¹⁵

¹¹⁴ CAVALLERO, Ricardo Juan, Op. cit., págs. 99 y 100.

¹¹⁵ COLANZI, Alejandro, *El delito imposible y la doctrina de la Seguridad Nacional: La combinación perfecta*, Criminalia, Año LV, Nos. 1-12 Enero-Diciembre, México, 1989, pág. 246.

Por su parte Jeseck, citado por el autor Rafael Alcácer Guirao opina que: "el fundamento del castigo de la tentativa, es ciertamente, la voluntad contraria a la norma de conducta, pero la punibilidad de la exteriorización de al voluntad dirigida al delito, sólo podrá ser afirmada cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y resultar dañados los sentimientos de seguridad jurídica y con él, la paz jurídica."¹¹⁶

Esta teoría ha sido catalogada como excesivamente subjetiva ya que se le cuestiona que se debe entender por "disminución en el sentimiento de seguridad entre los miembros de la sociedad".

Considerando los postulados de esta teoría, es aplicable tanto al delito consumado, a la tentativa "idónea" como al delito imposible, en este último en un plano prelegislativo, ya que el legislador debe ser sensible a las necesidades y aclamos de la sociedad. También sirve esta teoría para delimitar y negar la punibilidad de la tentativa "irreal".

¹¹⁶ ALCACER GUIRAO, Rafael, Juicio de adecuación de la conducta y punición de la tentativa, Información y Análisis Jurídicos, Periódico ABZ Editores, Año II No. 37, México, Enero 1997, pág. 19.

CAPITULO CUARTO

EL DELITO IMPOSIBLE ANTE EL DERECHO

CAPITULO CUARTO EL DELITO IMPOSIBLE ANTE EL DERECHO

I.- DERECHO COMPARADO

A.- DERECHO EXTRANJERO

1.- ARGENTINA CODIGO PENAL (LEY No. 11221)

Artículo 42.- "El que con el fin de cometer un delito determinado comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, sufrirá las penas determinadas en el artículo 44. "

Artículo 43.- "El autor de tentativa no estará sujeto a pena cuando desistiere voluntariamente del delito."

Artículo 44.- "La pena que correspondería al agente, si hubiere consumado el delito, se disminuirá de un tercio a la mitad.

Si la pena fuere de reclusión perpetua, la pena de la tentativa será reclusión de quince a veinte años.

Si la pena fuese de prisión perpetua, la de tentativa será prisión de diez a quince años.

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

2.- **BOLIVIA**
CODIGO PENAL (DECRETO LEY No. 10426)

Artículo 8.- "El que mediante actos idóneos o inequívocos comenzare la ejecución del delito y no lo consumare por causas ajenas a su voluntad, será sancionado con los dos tercios de la pena establecida para el delito consumado."

Artículo 10.- "Si el resultado no se produjere por no ser idóneos los medios empleados o por impropiedad del objeto, el juez sólo podrá imponer medidas de seguridad."

3.- **COSTA RICA**
CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE COSTA RICA DE 1941

Artículo 24.- "Hay tentativa cuando se inicia la ejecución de un delito, por actos directamente encaminados a su consumación y ésta no se produce por causas independientes del agente."

No se aplicará la pena correspondiente a la tentativa cuando fuere absolutamente imposible la consumación del delito, en tal caso se impondrá una medida de seguridad."

4.- CUBA

CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE LA REPUBLICA DE CUBA

Artículo 26.-

E) "Cuando los actos realizados por el agente o los medios empleados por el mismo para la realizar su propósito de cometer un delito determinado son absolutamente inadecuados para producirlo, el Tribunal podrá declarar al agente en estado peligroso y adoptar, en cuanto al mismo, cualquiera de las medidas de seguridad que se establecen en el libro IV."

5.- ESPAÑA

Antes de la entrada en vigor del "nuevo" Código Penal promulgado por la Ley Orgánica 10/1995, sí estaba sancionado el delito imposible en forma expresa, de acuerdo al texto siguiente:

A) CODIGO PENAL (Anterior al de 1995)

Artículo 52.- "A los autores de tentativa se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito"

B) *LEY ORGANICA 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.*

En la doctrina española se está discutiendo si el delito imposible quedo impune con la siguiente fórmula:

Artículo 15. -

"1. Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

2. Las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio."

Artículo 16. -

"1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.

2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada,

bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.

3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta."

Artículo 62.- "A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado."

6.- **HONDURAS**
CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA DE HONDURAS (DECRETO 144-83)

Artículo 15.- "Hay tentativa cuando, con la intención de cometer un delito determinado se realizan actos inequívocos de ejecución y no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Artículo 16.- "Si la tentativa se efectuaré con medios inadecuados o sobre objetos impropios, podría atenuarse la pena o declararse no punible el hecho, según la peligrosidad revelada por su autor."

7.- PERU
CODIGO PENAL

Artículo 16.- "En la tentativa el agente comienza la ejecución de un delito, que decidió cometer, sin consumarlo.

El Juez reprimirá la tentativa disminuyendo prudencialmente la pena. "

Artículo 17.- "No es punible la tentativa cuando es imposible la consumación del delito, por la ineficacia absoluta del medio empleado o absoluta impropiedad del objeto."

6.- URUGUAY
CODIGO PENAL DE LA REPUBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY (LEY No. 9155)

Artículo 5.- "Es punible el que empieza la ejecución de un delito por actos externos y no realiza todos los que exige su consumación, por causas independientes de su voluntad.

El desistimiento voluntario exime de responsabilidad, salvo que los actos ejecutados constituyan, por sí mismos, un delito.

Se hallan exentos de pena los actos inadecuados para cometer el delito, o porque el fin que se propone el agente es absolutamente imposible o porque resultan absolutamente inidóneos los medios puestos en práctica por él.

En tales casos el juez queda facultado para adoptar medidas de seguridad respecto del agente, si lo considera peligroso."

País	Criterio de Peligrosidad	Pena de Prisión	Medida de Seguridad	Observaciones
Argentina	X	X		No establece qué es delito imposible. De acuerdo al grado de peligrosidad la pena se puede reducir o eximir.
Bolivia			X	
Costa Rica		X	X	Condiciona la sanción de medida de seguridad, tratándose de imposibilidad absoluta.
Cuba	X		X	En los casos de imposibilidad absoluta se aplica como sanción una medida de seguridad.
España (*)		X		No define al delito imposible.
Honduras	X	X	X	De acuerdo al grado de peligrosidad revelado por el autor, la pena se puede atenuar o eximir.
Perú		X	X	No sanciona los casos de imposibilidad absoluta.
Uruguay	X	X	X	Es facultativo para el juez la aplicación de sanción, tratándose de imposibilidad absoluta.

(*) Código anterior al de 1985

B.- DERECHO MEXICANO

1.- CODIGOS PENALES DE LOS ESTADOS DE:

a) BAJA CALIFORNIA SUR CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA SUR

Artículo 20.- "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente, los actos que deberían producir el delito, si ésta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente, o cuando no se pudiera realizar el delito por inexistencia del bien jurídico u objeto material."

Artículo 83.- "La pena o medida de seguridad en caso de tentativa punible será de hasta las dos terceras partes de la que correspondería si el delito que el agente quiso realizar se hubiere consumado."

b) COAHUILA CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE COAHUILA DE ZARAGOZA

Artículo 26.- "Se equipara al tipo de delito en grado de tentativa y se aplicará la penalidad prevista en el artículo 109 de este Código, salvo disposición específica, cuando la resolución de cometer un delito se manifieste por la

exteriorización parcial o total de una acción univoca de ejecución, si no obstante encontrarse el bien jurídico en condiciones de ser lesionado, el delito no se consuma por error en la idoneidad de los medios empleados; o cuando el bien jurídico u objeto, existente, pudo haber estado en el lugar y la ocasión en que el hecho se realiza.

No se configuraran las hipótesis del tipo señalado en el párrafo anterior, cuando el error en la idoneidad de los medios empleados se deba a superstición o motivos similares; o cuando aquél sea provocado deliberadamente por otro."

Artículo 109.- "El delito en grado de tentativa y el de consumación imposible, se castigarán con la pena de un medio del mínimo hasta un medio del máximo del delito que se trataba de consumir.

En los casos de tentativa punible de delito grave así calificado por la ley, la autoridad judicial impondrá una pena de prisión que no será menor a las dos terceras partes de la pena mínima y podrá llegar hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista para el delito consumado."

c) **GUANAJUATO**
CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE GUANAJUATO

Artículo 18.- "Hay tentativa punible aún en los casos de delito imposible, cuando la imposibilidad resulta del objeto en que se quiso ejecutar o del uso de

medios no idóneos para consumarlo, debido a error del agente. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible.

La pena aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la sanción que correspondería si el delito se hubiere consumado."

d) **HIDALGO**
CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE HIDALGO

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

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

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

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

Artículo 104.- "En el caso de delito imposible, se aplicará hasta una tercera parte de las penas que deberían imponerse si el delito se hubiere consumado."

e) **MICHOACAN**
CODIGO PENAL DEL ESTADO DE MICHOACAN

Artículo 11.- "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si la ejecución se interrumpe o el resultado no se produce por causas ajenas a la voluntad del agente.

Si el autor desistiere o impidiere voluntariamente la producción de un resultado, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados constituyeren por sí mismos delitos.

Cuando una persona ha hecho uso de medios idóneos con el propósito de cometer un delito, pero éste resulta de imposible realización, por inexistencia del bien jurídico u objeto material, el hecho será considerado como tentativa punible.

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

Artículo 55.- "Al responsable de una tentativa punible o de un delito imposible, se le aplicará hasta las dos terceras partes de la sanción que debiera imponérsele si el delito se hubiere consumado."

f) **QUERETARO**
CODIGO PENAL PARA EL ESTADO DE QUERETARO

Artículo 15.- "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando u omitiendo, en parte o totalmente la conducta que debería producir o evitar el resultado, si aquéllas se interrumpen o el resultado no acontece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Quando el delito no se pudiera consumir por inexistencia del bien jurídico titulado o del objeto material, no será punible la tentativa, a no ser que se trate de delitos contra la vida o la salud personal. Pero aún en estos casos, no será punible la tentativa cuando el agente emplee medios notoriamente inidóneos.

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena ni medida de seguridad alguna a no ser que los actos ejecutados u omitidos, constituyan por si mismos el delito, en cuyo caso se impondrá la pena o medida señalada por éste."

Artículo 73.- "Cuando el delito no se consume, por ser imposible en los términos del párrafo segundo del Artículo 15 de este Código se aplicará al imputado hasta un tercio de la pena que le correspondería al delito que quiso realizar o la medida de seguridad que corresponda."

g) QUINTANA ROO
CODIGO PENAL DEL ESTADO DE QUINTANA ROO

Artículo 15.- "Además del delito consumado, también es punible la tentativa del mismo.

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

Existe delito imposible, cuando los medios empleados no sean idóneos para producir el resultado o por inexistencia del bien jurídico u objeto material.

Si el sujeto desistiere espontáneamente de la ejecución o impidiere la consumación del delito no se impondrá pena o medida de seguridad alguna, a no ser que los actos ejecutados u omitidos constituyan por sí mismo delitos."

Artículo 58.- "La pena o medida de seguridad en caso de tentativa será de hasta las dos terceras partes de la que correspondería si el delito que el agente quiso realizar se hubiere consumado.

En el caso de delito imposible a que se refiere el párrafo tercero del Artículo 15 de este Código, el Juez podrá aplicar al agente, a su discreción y considerando la personalidad de aquél, hasta una tercera parte de la pena que correspondería al delito que quiso realizar o la medida de tratamiento en internamiento o en libertad que corresponda.

Quando en los casos de tentativa no fuere posible determinar el daño que se pretendió causar, se aplicará hasta dos años de prisión o hasta cincuenta días multa según proceda."

2.- CODIGO DE JUSTICIA MILITAR

Artículo 105.- "Los delitos serán punibles en todos sus grados de ejecución. Estos son conato, delito frustrado y delito consumado."

Artículo 106.- "El conato consiste en ejecutar uno o más hechos encaminados directa e inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto

que la constituye si esos hechos dan a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios cuál es el delito que el agente tenía (sic) intención de perpetrar; si no lo dieran a conocer, tales hechos se considerarán como actos puramente preparatorios que serán punibles cuando por sí solos constituyan delito.

El frustrado es aquel en que el agente llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por imposible, porque los medios que se empleen son inadecuados o por otra causa extraña a la voluntad del agente."

Artículo 159.- El delito frustrado se castigará:

I.- Cuando el delito no se consume por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible o porque son evidentemente inadecuados los medios empleados, con un tercio a dos quintos de la pena que se impondría si el delito se hubiera consumado, y:

II.- cuando el delito no se consume por causas extrañas a la voluntad del agente diversas de las que se expresan en la fracción anterior, con dos quintos a dos tercios de la se aplicaría si se hubiera consumado el delito.

El juez tendrá el cuenta lo dispuesto en los artículos 146 y 147."

Entidad Federativa	Criterio de Peligrosidad	Pena de Prisión	Medida de Seguridad	Observaciones
Baja California Sur		X	X	
Coahuila		X		No sanciona la imposibilidad por falta de objeto. Hace referencia expresa a la tentativa irreal y por agente provocador. (sin sancionarla).
Guanajuato		X		Hace referencia expresa a la tentativa irreal. (sin sancionarla).
Michoacán	X	X		Exige que los medios sean idóneos aunque no exista bien jurídico u objeto material. Para la aplicación de la pena considera la peligrosidad del autor y el grado de ejecución del delito.
Querétaro		X	X	Sanciona el delito imposible por medios inidóneos. Sólo sanciona al delito imposible por falta de objeto o inexistencia del bien jurídico tratando de delitos contra la vida o salud personal, a menos que los medios sean también absolutamente inidóneos.
Quintana Roo		X	X	

II.- JURISPRUDENCIA EXISTENTE

En este rubro citó las tesis aisladas y jurisprudenciales emitidas por el Poder Judicial Federal relativas al delito imposible, algunas sí lo consideran punible, aunque en realidad la mayoría adopta el sentido contrario.

DELITO IMPOSIBLE. Para resolver los casos de delito imposible, deben distinguirse dos hipótesis: a) Delitos imposibles en que el agente emplea medios idóneos para la consumación, siendo ésta irrealizable materialmente por circunstancias del todo extrañas, por ejemplo: una persona que dispara su arma de fuego (medio idóneo) contra persona muerta a quien creía viva; como en esta hipótesis el homicidio imposible lo es por causas totalmente ajenas al agente, el hecho debe ser clasificado y punible dentro del grado de tentativa; y b) Delitos imposibles en que el agente emplea procedimientos indudablemente inadecuados para obtener la consumación, como cuando una persona, deseando privar de la vida a otra, por su rudeza o ignorancia le propina sustancias inocuas o utiliza exorcismos; esta hipótesis no debe punirse ni incluirse dentro del grado de tentativa, porque la inconsumación del propósito se debe al empleo de medios tan torpes y equivocados, que de modo racional no pueden calificarse de "hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito", porque su ejecución a nada conduce. En la primera hipótesis se trata de un verdadero delincuente que puede causar daños graves; en la segunda se trata de una

persona quizás moralmente corrompida, pero que no representa ninguna peligrosidad por su falta de adecuación criminal. La no punibilidad de la tentativa inacabada por causas propias de la voluntad del agente, se justifica por razones de política criminal favorecedoras del desistimiento.

Primera Sala, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXIX, Página 27.

Amparo directo 1869/52. 4 de julio de 1956. Cinco votos.

Amparo directo 1879/52. 4 de julio de 1956. Mayoría de tres votos.

ABORTO, TENTATIVA IMPOSIBLE DE. El cuerpo del delito de aborto, en grado de tentativa, no quedó justificado si el sujeto pasivo no estaba en estado de preñez, no pudiendo haber muerto del producto, y sería un delito imposible.

Primera Sala, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXVII, Página 1201.

Amparo penal directo 9977/49. 18 de marzo de 1953. Unanimidad de cinco votos. Relator: José Castro Estrada.

TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. Aun cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaran no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la

voluntad del agente, que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, aquél que en la consumación "fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon". El propio precepto no define la tentativa; pero señala en qué casos es punible: "cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista la tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa.

Primera Sala, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXV, Página 614.

Amparo Directo 133/1945, Sec. 1a.- Leblanc Alfonso H. y coags.- 27 de julio de 1945.- Unanimidad de cuatro votos.

DELITO TENTADO, PUTATIVO E IMPOSIBLE. El delito se constituye por un conjunto de elementos materiales, normativos y subjetivos y tratándose del delito tentado, la conducta desplegada por el agente debe consistir en la ejecución de actos encaminados directa y necesariamente a la consumación del delito, que no

se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente. No es dable confundir en la doctrina lo que es un delito putativo con un delito imposible. El primero significa la ausencia de tipo en la ley punitiva y el error en que se encuentra la persona que tiene la creencia de que está delinquiriendo; en el segundo si existe tipo en la ley punitiva, pero su realización es imposible.

Primera Sala, Sexta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Volumen XVI, Página 102.

Amparo directo 5545/57. José Valdez Olaguez y coag. 29 de octubre de 1958. 5 votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

TENTATIVA IMPOSIBLE POR FALTA DE OBJETO (LEGISLACION DEL ESTADO DE SONORA). Si la intención del sujeto activo del delito iba encaminada a robar al pasivo dinero de sus bolsillos del pantalón, pero este carecía de numerario, es evidente que no pudo existir la tentativa del delito de robo, si precisamente el objeto del mismo lo constituía el dinero que supuestamente poseía la víctima; de ahí que se este ante una tentativa imposible de robo, pues no se puede sustraer lo que no existe, y esto es así, por la falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminosa.

TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Tribunales Colegiados de Circuito, Séptima Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo: 187-192 Sexta Parte, Página 169

Amparo directo 543/83. Félix García Bravo. 13 de noviembre de 1984. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Gregorio Vázquez González.

TENTATIVA IMPOSIBLE POR FALTA DE OBJETO. (LEGISLACIONES DEL DISTRITO Y TERRITORIOS FEDERALES, Y DEL ESTADO DE DURANGO). El artículo 6o. del Código Penal del Estado de Durango, cuyo contenido es idéntico al del artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, aplicable en toda la República en materia federal, no contempla los actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un no delito, sino de un hecho típico definido por la ley como delito; luego entonces, si el acusado amenazó a la víctima con privarla de la vida si no entregaba una suma de dinero en hora y lugar prefijados, y el sujeto pasivo sólo llevó a ese sitio un sobre cerrado, sin dinero ni valores en su interior, se debe afirmar que el apoderamiento del sobre por parte del procesado, constituye una tentativa imposible de robo, porque no se puede robar lo que no existe, y tampoco se puede empezar a robar lo que no existe. Por lo mismo, la conducta es atípica por falta de objeto material sobre el que pudiera recaer la intención criminosa.

Sala Auxiliar, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 23 Séptima Parte, Página 97.

Amparo directo 3663/65. Federico Obregón M. 24 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios Vargas.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, NO CONFIGURADO. Si en el caso a quien se imputa el delito de homicidio en grado de tentativa, reconoce que tuvo la intención de privar de la vida a determinada persona cuando ésta pasó por el frente de su casa a bordo de un vehículo y admite además haberse introducido a

su domicilio a tomar una arma de fuego y dirigirse al lugar en que estaba estacionado el automotor, pero al llegar se percata de que en su interior no se encontraba nadie y hasta entonces realiza un disparo, es indiscutible que su conducta no se traduce en un acto ejecutivo de la figura típica del homicidio, habida cuenta de que para el momento en que exteriorizó su conducta no tenía a su alcance el objeto del delito, por no hallarse ya en el lugar requerido para ello, estando por tanto en presencia del delito imposible o tentativa inidónea.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Octava Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo XIV-
Octubre, Tesis XI. 2o. 112 P, Página 309

Amparo en revisión 16/94. Jesús Díaz Barriga Salinas. 24 de agosto de 1994. Unanimidad de votos.
Ponente: Juan Díaz Ponce de León. Secretario: Gustavo Solórzano Pérez.

TENTATIVA, FORMAS DE LA. La actuación antijurídica del reo, puede quedar encuadrada en la tentativa, bien a título de frustración, porque el delito era imposible por falta de objeto, o como delito intentado, siendo viable la consumación; y no hay delito consumado si, por las pruebas del sumario, no puede decirse que el reo consumó el delito, que agotó la materia del mismo que llegó a perfeccionarlo dentro de la causación material.

Primera Sala, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CIII, página 2123

Amparo penal directo 9821/49. Aguilar Barradas Crispín. 6 de marzo de 1950. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

TENTATIVA PUNIBLE. REQUIERE UN PRINCIPIO DE EJECUCION. Aun cuando la conducta realizada por los acusados se hizo consistir en que, comisionados por una tercera persona, estuvieron "ofreciendo en venta" la marihuana relacionada con la causa, la cual era propiedad de este último, sujeto. Sin embargo, tal actividad del "ofrecimiento en venta de la droga" no puede por sí sola encuadrarse dentro de la figura típica de la tentativa por constituir tan sólo un acto preparatorio y no ya un principio de ejecución del delito. A este respecto la Suprema Corte de Justicia ha sostenido el criterio de que "la tentativa punible, para surtirse, no requiere de meras actitudes que permitan suponer con más o menos fundamento que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución de ese delito, el cual no llega a su consumación por el concurso de una fuerza extraña al autor que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente; estos actos, que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, que individualizan la tentativa, ordinariamente se identifican como tales en cuanto constituyen medios idóneos o aptos para causar la lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a la determinación subjetiva previa adoptada por el autor, y por no llegar a la meta propuesta entraña un mero peligro a dicho bien" (V. Apéndice de Jurisprudencia de 1985, Pág. 578). Y aunque lo anterior se sostuvo con referencia a la modalidad de compra en grado de tentativa del delito contra la salud, lo mismo debe sostenerse respecto a la modalidad de venta, pues así como la sola promesa de compra no es, de acuerdo con el anterior criterio, "un acto ni directa ni inmediatamente dirigido a la consumación, sino mero acto previo o

preparatorio", en igual sentido debe entenderse el acto por el cual únicamente se ofrece en venta la droga. No pasa desapercibido el hecho de que el anterior criterio se sostuvo sobre la base de los elementos propios de la tentativa, sustraídos de una definición que actualmente no rige, ya que el artículo 12 del Código Penal Federal, después de la reforma publicada en el Diario Oficial del catorce de enero de mil novecientos ochenta y cinco, ya no define a la tentativa como "la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", sino que ahora se habla de que "existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente". Sin embargo, esta nueva redacción del precepto citado, no excluye ninguno de los elementos de la anterior definición, a saber: a) La intención de cometer un delito; b) La ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación del mismo; y c) El resultado que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Sólo que ahora, la nueva redacción admite específicamente la hipótesis del delito intentado por omisión o inejecución y reafirma la necesaria idoneidad de los medios de cometerlo, al referirse a la ejecución de la conducta que debería producirlo o a la omisión de la que debería evitarlo.

Primera Sala, Séptima Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 217-228 Segunda Parte, página 72

Amparo directo 5065/86. José Flores Ambríz y otro. 16 de febrero de 1987. 5 votos. Ponente: Luis Fernández Doblado. Secretario: Alfredo Murguía Cámara.

FRAUDE, TENTATIVA DE. DELITO PROVOCADO (LEGISLACION DE CHIHUAHUA). En los términos del artículo 369 del Código de Defensa Social, la tentativa necesariamente implica un principio de ejecución del artificio, de la maquinación o del engaño que deben procurarse por parte del activo para obtener el lucro a que se refiere la segunda parte de la disposición legal invocada; y no puede hablarse de la existencia de cualquiera de éstas situaciones, cuando el pretendido sujeto pasivo es sabedor de la falsedad afirmada. En la tentativa, el bien jurídico que protege la descripción de la conducta delictiva, es puesto en peligro a virtud de la conducta del sujeto activo; y no puede hablarse de que el patrimonio del denunciante haya sido puesto en peligro cuando desde el momento en que se presentó con el acusado, iba con el preconcebido fin de sorprenderlo, y en ningún momento hubo por parte de este último el engaño, la maquinación o el artificio. En la tentativa de fraude se requiere el engaño y la no obtención del lucro, es decir, se requiere el principio de ejecución de la conducta descrita; en el caso examinado no hay acto ejecutivo: se está en presencia de lo que doctrinariamente se conoce como delito imposible, no tanto por falta de idoneidad en el medio, cuanto por ausencia del bien jurídico, ya que desde un principio sabía el denunciante que su patrimonio no iba a resultar afectado y era imposible que se le engañara.

Sala Auxiliar, Quinta Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo CXXIV, página 385.

Amparo penal directo 1037/48. Garay Zúñiga Juan de Dios. 25 de abril de 1955. Unanimidad de cinco votos. La publicación no menciona el nombre del ponente.

III.- APLICACION DE LA TEORIA DEL DELITO

Para consolidar los conceptos vertidos en el presente trabajo cuya propuesta es la necesidad de sancionar al delito imposible, me referiré a los elementos del delito, expuestos con anterioridad aplicados a la figura que nos ocupa.

Mediante la conducta que el autor despliega, se encuentra el delito en la fase ejecutiva del iter criminis, por lo que queda excluido los argumentos de que en delito imposible lo que se quiere es sancionar es el pensamiento. La manifestación de la voluntad delictiva pueda darse en esta figura mediante una acción o una omisión impropia, excluyendo a la omisión simple o propia.

De la falta de resultado material resulta la inexistencia del nexo causal, esto también se da en la tentativa "idónea", de primera intención resulta aparente, porque tanto en la tentativa como en los delitos de mera actividad existe la presunción de un resultado, denominado jurídico o formal. Los casos de ausencia de conducta son dables en esta figura.

Como segundo elemento tenemos a la tipicidad, entendida como la adecuación de la conducta al tipo penal, de acuerdo a esta definición y al criterio

de que la tentativa es un amplificador del tipo penal, también lo es para el delito imposible. Pero de acuerdo a la fracción II de los respectivos artículos 15 de ambos códigos penales vigentes, la falta de uno de los elementos del tipo o la demostración de la inexistencia de alguno de los elementos de la descripción típica, lo excluye, entendida como una causa de atipicidad por falta de objeto jurídico.

Me resulta necesario recalcar que la aplicación de dicho precepto el juez lo realiza haciendo la valoración ex-post, mientras que cuando se realizó la conducta el sujeto estaba cierto de la existencia del bien jurídico u objeto material, y/o de que los medios empleados eran los adecuados, ya que de lo contrario se debe suponer que el sujeto es inimputable como lo explicaré más adelante.

En el caso de que se incorpore una sanción al delito imposible en los códigos penales vigentes tanto federal como para el Distrito Federal, ya no se podrá hablar de atipicidad para éste.

Respecto de la antijuridicidad, es mayoritariamente aceptado que es la transgresión a la norma penal, esto es en un sentido formal de acuerdo a la teoría dualista, por lo aplicaría al delito imposible ya que actualmente no existe una norma penal que lo sancione. Pero tratándose de la antijuridicidad material, considero que en efecto el delito imposible resulta antijurídico por la rebeldía manifestada por el agente en contra de los intereses de la sociedad. El aspecto

negativo de este elemento, es decir, las causas de justificación no operan en el delito imposible.

La imputabilidad como elemento del delito, es entendida como la capacidad de entender y de querer en el campo del Derecho Penal. Para que se le considere imputable al sujeto que realiza un delito imposible, éste debe tener la mayoría de edad penal y gozar de sus capacidades mentales que permitan advertir la comprensión de su actuar y del resultado propuesto.

Anteriormente comente que en el caso, en el que el sujeto activo del delito imposible estuviese cierto de la inexistencia del bien jurídico u objeto material, o bien de que los medios resultan inidóneos al momento de realizar su conducta, se pudiera hablar de una causa de inimputabilidad, toda vez que quien quiere privar de la vida a un cadáver con la convicción de que el ataque lo realizará sobre un cadáver, indudablemente nos hace presumir de la existencia de un trastorno mental, el cual es una causa de inimputabilidad, así como la minoría de edad, en su caso.

Otro elemento del delito es la culpabilidad, ya sea que se trate de la teoría psicologista (nexo intelectual entre el sujeto y el hecho), o bien, la teoría normativista (juicio de reproche), se aceptan como especies al dolo, la culpa y la preterintención.

En el delito imposible al igual que en la tentativa "idónea", no se puede hablar de culpa ni de preterintención, encuadrando el dolo en virtud de que el sujeto quiere y acepta el resultado aunque éste no se verifique, por lo que encamina su actuar a la producción del resultado prohibido por la norma penal.; la intención del agente es lesionar al bien jurídico y la exteriorización de sus actos implica la perturbación o afectación del mismo.

La ausencia de culpabilidad se da por error esencial e invencible y por la no exigibilidad de otra conducta. En algunos casos de delito imposible el sujeto activo tiene una falsa apreciación de la realidad, como es el caso de la inexistencia del bien jurídico u objeto material, o bien al seleccionar los medios que empleará para la realización del delito propuesto.

En general y en relación a la inexistencia del bien jurídico, considero que se trata más bien de la falta de uno de los elementos del tipo, que un error invencible sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal. Por lo que hace a los medios empleados opino que en la mayoría de los casos el error es vencible, por lo que operaría la punibilidad como si se tratase de un delito culposo. La exclusión del delito imposible por error, no debe justificar la peligrosidad del propósito delictivo, el dolo. Tampoco opera la no exigibilidad de otra conducta.

Sobre la punibilidad, actualmente el delito imposible resulta impune, ya que el legislador no ha establecido una sanción en la ley, pero entendido este elemento como el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta,

el delito imposible debe punirse por los argumentos ya desarrollados que son: la peligrosidad del sujeto, la afectación o perturbación al bien jurídico; la alarma social y una vez que se establezca en la ley por violación a la norma penal.

Como excusa absolutoria considero que sólo en la tentativa irreal (por supersticiones, creencias antinaturales, etc..) se puede referir a ésta en virtud de la mínima temibilidad revelada en caso de que no exista una causa de inimputabilidad.

De acuerdo a la clasificación del delito a que hice referencia en el primer capítulo de este trabajo, el delito imposible puede ser:

Por su conducta:	de acción o de comisión por omisión
Por el daño que causa:	de peligro abstracto
Por el resultado:	resultado formal
Por su duración:	instantáneos
Por el elemento interno:	dolosos
Por su estructura:	simples o complejos
Por el número de sujetos:	unisubjetivos o plurisubjetivos
Por el número de actos:	plurisubistentes
Por la forma de persecución:	de oficio o de querrela

IV. PROPUESTA DEL TEXTO QUE SANCIONE AL DELITO IMPOSIBLE

Propongo la adición de los párrafos segundo, tercero y quinto al artículo 12 y reforma a las fracciones II y VIII del artículo 15 tanto del Código Penal Federal como del Código Penal para el Distrito Federal, para quedar de la siguiente manera:

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

También es punible la tentativa cuando el delito no se pueda consumir por:

a) inidoneidad en los medios empleados; b) inexistencia o falta de objeto jurídico tutelado o del objeto material.

Si la imposibilidad deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no será punible.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito.

Cuando el delito no se consume por ser imposible en los términos del segundo párrafo de este artículo, el Juez además de lo establecido en el párrafo que antecede, podrá aplicar a su discreción y considerando la peligrosidad revelada por el agente, hasta un tercio de la pena que le correspondería al delito que quiso realizar o la medida de seguridad que corresponda.

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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

ii. Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate; con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12 de este Código;

Vii.- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

A) Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; excepto cuando se trate de la inexistencia del objeto jurídico o material; o

B) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

...”

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

1. El delito imposible o tentativa inidónea es realmente tentativa, es decir, se trata de una especie del género tentativa, en virtud de que se intenta la consumación del delito. Siendo tentativa también admite los grados de inacabada o acabada.
2. Existe gran discrepancia entre las teorías objetivista y positivistas; la primera se postula en contra de la punibilidad del delito imposible fundándose en el peligro corrido, mientras que la segunda están en pro de su punibilidad, basándose en la peligrosidad revelada por el sujeto.
3. El que realiza un delito imposible tiene trazado un fin y para ello realiza la conducta, es decir exterioriza su voluntad criminal, (quiere y acepta el resultado), siendo patente el dolo.
4. El juicio de peligrosidad de la conducta opera visto *ex-ante*, en donde la conducta sí resulta peligrosa. Para realizar este juicio, se debe tomar en cuenta las circunstancias que le eran conocidas al agente al momento de realizar la conducta, ya que tanto para él como para quien realice en esas circunstancias el juicio de peligro, el delito le aparece como posible.
5. Existen conductas que son sancionadas por la presunción legal de que el bien jurídico ha sido puesto en peligro a lo que se denomina peligro abstracto, esto

es para salvaguardar los intereses de la sociedad, como son la paz, el bien común y la seguridad, los que deben prevalecer sobre los tecnicismos legales.

6. El agente revela peligrosidad con su conducta, la cual es contraria a los intereses de la sociedad, por lo que considerando las misiones que tiene el Derecho Penal, entre otras la protección de los intereses de la sociedad, la prevención para impedir la voluntaria realización de conductas antisociales y preservar el orden jurídico, el delito imposible debe sancionarse.
7. Si bien es cierto que en delito imposible los bienes jurídicos no reciben una efectiva lesión en sentido amplio, también lo es que dichos bienes reciben una afectación mediante perturbación.
8. El delito imposible es una realidad, un hecho que manifiesta la peligrosidad del sujeto que lo realiza, perturba al bien jurídico y causa impresión en la comunidad; por lo que los fundamentos para el establecimiento de una sanción al delito imposible en la norma penal son la peligrosidad del sujeto, la afectación o perturbación al bien jurídico tutelado (peligro abstracto) y la alarma social. Una vez que se incorpore al ordenamiento legal también lo será la violación a la norma penal.
9. En virtud de los fundamentos para sancionar al delito imposible, resulta innecesario el *distinguo entre imposibilidad absoluta y relativa*. En tanto esta

distinción puede servir de referencia para la individualización de la pena por parte del juzgador que conozca del caso en concreto.

10. Al delito imposible le es aplicable la teoría del delito, actualmente con las salvedades respecto de la tipicidad y el error. Siendo que estos supuestos son salvables con las reformas que se proponen, amen de que tratándose del error éste no debe justificar la peligrosidad del sujeto, ya que en delito imposible esta "excluyente" realmente no destruye al dolo.
11. En el delito imposible existe una conducta dolosa y aunque resulte actualmente atípica por no encontrarse en el ordenamiento legal su sanción, el sujeto al momento de realizarla considera que si llegará a la consumación del ilícito, considerándola típica y antijurídica.
12. En los códigos penales de diversas entidades federativas de la República, se sanciona acertadamente al delito imposible, esto ha devenido en los últimos tiempos, en virtud de la tendencia de reconocer que el despliegue de la conducta peligrosa realizada por el agente tiene un fin preordenado igualmente peligroso.
13. Es necesaria la inclusión de un amplificador de los tipos penales para aquellas conductas denominadas delito imposible o tentativa inidónea, pudiendo ser el texto propuesto en este trabajo:

Adición de los párrafos segundo, tercero y quinto al artículo 12 y reforma a las fracciones II y VIII del artículo 15 tanto del Código Penal Federal como del Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

También es punible la tentativa cuando el delito no se pueda consumir por: a) inidoneidad en los medios empleados; b) inexistencia o falta de objeto jurídico tutelado o del objeto material.

Si la imposibilidad deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no será punible.

Para imponer la pena de la tentativa el juez tomará en cuenta, además de lo previsto en el artículo 52, el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo del delito

Cuando el delito no se consume por ser imposible en los términos del segundo párrafo de este artículo, el juez además de lo establecido en el párrafo que antecede, podrá aplicar a su discreción y considerando la peligrosidad revelada por el agente, hasta un tercio de la pena que le correspondería al delito que quiso realizar o la medida de seguridad que corresponda.

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 a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

Artículo 15. El delito se excluye cuando:

...

II.- Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate; con excepción de lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 12 de este Código;

....

VIII- Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible;

Sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal; excepto cuando se trate de la inexistencia del objeto jurídico o material; o

Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta.

Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo dispuesto por el artículo 66 de este Código;

..."

14. La tentativa (irreal) derivada de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, no debe ser punible por razones evidentes de política criminal y en algunos casos por causas de inimputabilidad.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

- ALTAVILLA, Enrico, *La Culpa, el delito culposo, sus repercusiones civiles, su análisis sociológico*, trad. José J. Ortega Torres, 4ª ed., Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1987.
- ANTOLISEI, Francesco, *La acción y el resultado en el delito*, trad. José Luis Pérez Hernández, 1ª. ed. castellana, México, Editorial Jurídica Mexicana, 1959.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, 2ª ed., Buenos Aires Argentina, Editorial Hammurabi, 1986
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl, *Código Penal Anotado*, 18ª ed., México, Editorial Porrúa, 1995.
- CARRARA, Francesco, *Derecho Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso , 1ª ed. en México, México, Editorial Harla, 1993.
- CARRARA, Francesco, *Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Vol. I*, Bogotá, Colombia, Editorial Temis, 1971
- CASTELLANOS TENA, Fernando, *Lineamientos Elementales de Derecho Penal*, 38ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- CAVALLERO, Ricardo Juan, *El Delito Imposible, la tentativa inidónea en el Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires Argentina, Editorial Universidad, 1983.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio, *Código Penal Federal con comentarios*, 2a. ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- ESCRIVA GREGORI, José María, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho Penal*, Barcelona España, Editorial Bosch, 1976.
- FERREIRA DELGADO, Francisco, *Teoría General del Delito*, reimpresión, Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1990.
- FLORIS MARGADANT, Guillermo, *Derecho Romano*, 16ª. ed., México, Editorial Porrúa, 1989.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis, *La Ley y el Delito*, 1ª ed. en México, Ed. Hermes, 1986.

- KELSEN, Hans, *Teoría General del Derecho y del Estado*, trad. Eduardo García Maynes, 2ª ed., México, Editorial U.N.A.M., 1988.
- LOPEZ BETANCOURT, Eduardo, *Teoría del Delito*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998.
- MALO CAMACHO, Gustavo, *Derecho Penal Mexicano*, 2ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998.
- MANZINI, Vincenzo, *Tratado de Derecho Penal*, trad. Sentis Melendo, Tomo III de las *Teoría Generales*, 1ª ed. en español, Editorial Ediar, Buenos Aires Argentina, 1948
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Teoría General del Delito*, reimpresión, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1990.
- ORELLANA WIARCO, Alberto, *Teoría del Delito, Sistemas Causalista y Finalista*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Breve Ensayo sobre la Tentativa*, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Diccionario de Derecho Penal*, 1ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco, *Manual de Derecho Penal Mexicano*, 13ª ed., México, Editorial Porrúa, 1997.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino, *Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal*, 17ª ed., México, Editorial Porrúa, 1998.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, *Tipicidad*, 6ª ed., Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1997.
- REYES ECHANDIA, Alfonso, *Derecho Penal*, 11ª. ed., Santa Fe de Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1997.
- SCARANO, Luigi, *II tentativo, La Tentativa*, trad. Luis E. Romero Soto, Bogotá Colombia, Editorial Temis, 1960.
- SOLA RECHE, Esteban, *La llamada "tentativa inidónea" del delito, aspectos básicos*, Granada España, Editorial Comares, 1996.

SOLER, Sebastián, Derecho Penal Argentino, tomo I, 10ª Reimpresión, actualizado por Guillermo J. Fierro, Buenos Aires Argentina, Editorial Tipográficos Editora Argentina, 1992.

VILLALOBOS, Ignacio, Derecho Penal Mexicano, Parte general, 5ª ed., México, Editorial Porrúa, 1990.

VILLALOBOS, Ignacio, Dinámica del Delito, México, Editorial Jus, 1955.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, Manual de Derecho Penal Parte General, 1ª ed. en México, Cárdenas Editor y Distribuidor, 1986.

OBRAS DE CONSULTA

DICCIONARIO DEL USO DEL ESPAÑOL, GARCIA MOLINER, María Dolores, Vol. I, Editorial Gredos, Madrid España, 1991.

DICCIONARIO DE LA LENGUA ESPAÑOLA, Real Academia Española, Tomo I, 20ª ed., Editorial Espasa Calpe, Madrid España 1984, pág. 760

DICCIONARIO JURIDICO MEXICANO, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 8ª ed., Editorial Porrúa y U.N.A.M., Tomos 3 y 4 (Letras: I-O, P-Z), México 1995

REVISTA CRIMINALIA, COLANZI, Alejandro, El Delito Imposible y la Doctrina de la Seguridad Nacional: la combinación perfecta, Año IV, Nos. 1-12 enero-diciembre, México, 1989.

PERIODICO ABZ EDITORES, ALCACER GUIRAO, Rafael, Juicio de Adecuación de la Conducta y Punción de la Tentativa , Información y Análisis Jurídicos, Periódico ABZ Editores, Año II, No. 37, México, Enero 1997.

LEGISLACION CONSULTADA

Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1989

Anteproyecto de Código Penal para el distrito y Territorios Federales de 1958

Código de Defensa Social de la República de Cuba

Código de Justicia Militar

Código Penal de Bolivia (Ley 10426)

Código Penal de España Ley Orgánica 10/1995

Código Penal de la República de Argentina (Ley 11221)

Código Penal de la República de Costa Rica

Código Penal de la República de Honduras (Decreto 144-83)

Código Penal de la República del Perú

Código Penal de la República Oriental del Uruguay (Ley 9155)

Código Penal Federal

Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal.

Código Penal para el Distrito Federal

Código Penal para el Estado de Baja California Sur

Código Penal para el Estado de Coahuila de Zaragoza

Código Penal para el Estado de Guanajuato

Código Penal para el Estado de Hidalgo

Código Penal para el Estado de Michoacán

Código Penal para el Estado de Querétaro

Código Penal para el Estado de Quintana Roo

Proyecto de Código Penal Tipo para los Estados Unidos Mexicanos de 1963