

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD NACIONAL DE JURISPRUDENCIA

DELITO IMPOSIBLE

T E S I S

QUE, PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO,

PRESENTA

LUIS FLORES ESPINOSA

MEXICO, D. F.

1953



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.

A Lucy, mi esposa.

*A mi Padre, el
Sr. Ramón Flores Yépez.*

*A la memoria de mi madre, la
Sra. Cleofas Espinosa,
Mater Admirabilis...*

*AL Lic. Casiano Castellanos,
con gratitud sincera. . .*

A mis maestros:

Lic. Julio Klein y

Lic. Javier Alba Muñoz

con admiración y respeto.

A MANERA DE PROLOGO.

Inquietante es el problema. Los soluciones, las más encontradas. El instituto de la tentativa siempre ha sido para el Derecho Penal complejo e indescifrable. Pero más arduo y más complicado es el estudio y el examen del delito imposible.

Nuestra tesis comprende el estudio tanto de la tentativa como del delito imposible, estudio que lleva como pre-supuestos los estudios correspondientes al iter criminis y a la teoría del delito. Así nos trazamos nuestro plan de trabajo. Así lo hemos desarrollado.

Las soluciones a que, en conclusión, hemos llegado, es indiscutible que siendo propuestas por un aprendiz del Derecho Penal, pueden ser combatidas y, probablemente destruidas; sin embargo, hoy por hoy tales soluciones nos parecen a nosotros, por lo menos, sensatas. Desde luego admitimos que pueden ser superadas. Más aún, consideramos que son susceptibles de ser ratificadas o rectificadas por nosotros mismos.

Este es, en síntesis, el panorama que ofrecemos en nuestro trabajo. Nosotros lo juzgamos con serenidad reconociéndole todas sus deficiencias y todos sus defectos. Esperamos que sea juzgado con benevolencia.

Luis Flores Espinosa.

TITULO I

EL ITER CRIMINIS

CAPITULO I

GENERALIDADES

concepción, en la mente del individuo; concebida la idea criminal, el presunto delincuente delibera sobre cometer o no el delito; pesadas así las razones en pro y en contra, el delincuente decide y, en caso de que se decida por la comisión del delito, ejecuta, con lo que tenemos conformada la última fase, ejecución.

Para Carrancá y Trujillo, en el camino de la realización del delito, hay que distinguir: 1.—el aspecto interno en la producción del delito; 2.—el aspecto externo en la producción del delito. En el primer aspecto o momento encontramos tres fases: a) deliberación; b) voluntad y c) resolución. Mediante la deliberación el criminal una vez que ha sopesado el pro y el contra de su propósito, para convencerse a sí mismo de que debe delinquir, se resuelve a llevar a cabo sus fines criminosos, produciéndose de este modo la voluntad de delinquir que está dispuesta a ejecutar el delito. Afirma este mismo autor que en el segundo momento, o sea, en el de la producción externa del delito, se encuentran: 1.—actos de preparación del delito (envenenador que compra el veneno); 2.—la tentativa (cuando se realizan todos los actos externos de ejecución del delito sin poder lograrse su realización por causas ajenas a la voluntad del agente); y 3.—delito consumado (en el caso de que el delito quede realizado).

Sin embargo, en el iter criminis carecen de importancia jurídica las fases puramente subjetivas, puesto que para hablar de hechos punibles, precisa buscar la intención de cometer un delito a través de los hechos realizados por el sujeto, y esos hechos no son la mera manifestación de voluntad, sino que se trata de actos tendientes a la comisión de la figura delictuosa y la propia ejecución de esta figura. La manifestación de voluntad incriminable es la manifestación activa y actuante.

Considera Ramón Palacios que es mérito singular de Ferri y Vannini el haber destacado el carácter de frontera de la tentativa; que del primer estadio en el que el pensamiento no se pone, se llegó al que consagra los principios "nullum crimen sine lege" y "nulla poena sine crimene", que se encuentran consagrados en los artículos 14 y 16 de nuestra Constitución General de la República.

Como es fácil de advertir, en el camino que la acción criminal recorre, es susceptible la acción de poder detenerse en cualquiera de las fases que el iter criminis sigue en su desarrollo, hasta antes de llegar a la ejecutiva; en estas condiciones la acción se detiene sin que se haya logrado perfeccionar el objetivo propuesto. Entonces, según el grado de desarrollo alcanzado por la acción, se habla de tentativa. Pero, en general, para que pueda darse tentativa es indispensable que la figura delictiva de que se trate, admita una realización gradual, incompleta por consiguiente, en algunos de sus momentos o fases.

“Los delitos que admiten una serie de acciones, la fragmentación de la actividad que produce cambios en el mundo exterior, en obediencia a la decisión criminal, son los únicos en que puede darse la figura tentada; pero dónde la resolución manifestada es tentativa y dónde es irrelevante para su enjuiciamiento, es problema atinente a la teoría general del delito y a la dogmática jurídica.”

(2) Así diremos que la tentativa será posible siempre que la existencia del delito consumado depende de la alteración del mundo exterior que el sujeto activo pueda lograr, porque esas alteraciones o modificaciones pueden no ocurrir aunque el sujeto desarrolle una actividad tendiente a producirlas.

Cuando el acto reúne las condiciones exigidas por la figura delictiva, estamos en presencia de un delito consumado o perfecto. Carrara dice que cuando se logra el resultado final que se propuso, nos encontramos frente a un delito que él llama agotado, que se da cuando el sujeto, además, de realizar la acción delictiva, consigue el resultado final que se propuso.

(2) S. Soler.—Op. Cit.

CAPITULO II

TENTATIVA Y DELITO

CONSUMADO

La tentativa acabada es delito completo en el área subjetiva, "en el alma del autor". La resolución de cometer un delito constituye la base indispensable de toda responsabilidad penal, a causa de tentativa. En esa resolución deben aparecer contenidas todas las características del tipo que, de realizarse, dan lugar al nacimiento de la figura típica del delito consumado.

La distinción entre tentativa y delito consumado radica, objetivamente, en la producción o no del resultado delictuoso.

La tentativa punible no puede darse en un delito culposo. No obstante erróneamente se admite que conceptualmente la tentativa en un delito culposo existe, siempre que en una conducta culposa falte sólo el resultado necesario para la punibilidad de la misma. En realidad, no puede darse esta tentativa y de ninguna manera puede ser punible, desde el momento en que falta la resolución exigida por la ley para fincar la punibilidad.

Deliberadamente, en forma por demás breve, hemos hecho exposición de estos problemas. Nos ocuparemos detenidamente de ellos en el Capítulo último de esta Tesis.

De acuerdo con el artículo 42 del Código Penal argentino el acto de tentativa está caracterizado por un concepto esencial: debe consistir en el comienzo de ejecución de un delito determinado. Para Sebastián Soler comenzar la ejecución de un delito es iniciar la acción principal en la que el delito consiste.

En la tentativa hay dos elementos fundamentales: uno subjetivo que es la intención de cometer un delito, que en la tentativa es siempre dolo, y otro objetivo que es la manifestación externa, comienzo de ejecución.

La tentativa puede ser acabada e inacabada. La primera llamada también frustración es la que se da en los casos en que la realización del evento punible es impedido por circunstancias absolutamente externas y ajenas al autor, quien de su parte ha hecho todo lo necesario para que el resultado se produzca. Tentativa inacabada es aquella en la que el autor no ha hecho todo lo que por su parte es indispensable para llegar al resultado delictivo que se propuso.

Asegura Eusebio Gómez, que la tentativa es un delito incompleto, y que los elementos de la tentativa son: a) el fin de cometer un delito determinado; b) el comienzo de ejecución del mismo; y c) la falta de consumación del delito por circunstancias ajenas a la voluntad del agente.

Mezger dice que en los delitos propios de omisión se da la tentativa aunque después se obligue al sujeto a realizar la conducta exigida, pues ello en nada altera la naturaleza de la cosa; que en los delitos impropios de omisión (comisión por omisión) puede darse tanto la tentativa acabada como la inacabada, y que en los delitos cualificados por el resultado, se niega la posibilidad de una tentativa a menos que el resultado más grave haya sido admitido en la "resolución" del autor.

Este mismo tratadista considera que el delito aparece consumado cuando se realizan todas las características del tipo, y es tentativa cuando ciertamente ha principiado la ejecución del delito, pero esta ejecución queda en un trazo.

TITULO II

BREVE TEORIA DEL DELITO

NOCION Y CONCEPTO DE DELITO.—Es indudable que cada época y cada lugar, han tenido su concepto de delito, a grado tal que lo que ayer fue considerado como delito, hoy puede no serlo y viceversa, y lo que en un lugar se ha reputado como delictuoso, en otro distinto, puede no ser estimado como tal.

Autores de todas las latitudes del orbe, han pretendido definir el delito. Francesco Carrara, autor clásico, lo definió como la "infracción de la ley penal del Estado, promulgada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del hombre, positivo o negativo, moralmente imputable y políticamente dañoso". La Escuela Positiva concibió al delito como un fenómeno complejo, resultante de factores biológicos, físicos y sociales. Garófalo, de esta escuela, considera que el delito es la lesión de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, que hiere la medida media en que son poseídos por la comunidad. Enrique Ferri, también positivista "asegura que el delito es una acción punible determinada por móviles egoístas, que lesiona los sentimientos medios de la moral colectiva y pone en peligro las formas fundamentales de coexistencias social" (4)

Actualmente, la dogmática jurídica ha impuesto la teoría jurídica del delito. Representantes de esta teoría son Beling, Mayer, Mezger, Jiménez de Asúa y otros.

Beling fué el primero en definir al delito como una "acción típica, antijurídica, culpable, sometida a una adecuada sanción penal y que llena las condiciones objetivas de punibilidad". Max Ernesto Mayer dice del delito que es un "acontecimiento típico, an-

(4) Nociones de Derecho Penal.—Carlos Franco Sodi. Pág. 55

tijurídico e imputable." (5) El delito es una "acción típicamente antijurídica y culpable", según Mezger. Para el ilustre Maestro Julio Klein Quintana el "Delito es el hecho humano penalmente culpable". (6)

Como puede verse, de todo lo anterior, de conformidad con la teoría jurídica, los elementos que caracterizan al delito, son los siguientes: tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad y punibilidad. Nosotros no consideramos que el que el delito sea una acción del hombre, un acto, hecho o acontecimiento humano, constituya un tinte especial del delito, dado que hoy, unánimemente, se considera que sólo el hombre puede ser sujeto de derecho. Por tanto, únicamente nos ocuparemos de precisar los elementos característicos que hemos anotado, en forma por demás breve, ya que el estudio de cada uno de ellos, por sí solo podría dar lugar, por lo menos a un curso monográfico.

(5) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pág. 255.

(6) Julio Klein Quintana. Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal.—Pág. 88.

Una "de las calificaciones necesarias de todo delito es, conforme a la doctrina dominante, la tipicidad del hecho que la constituye. Por tipicidad se entienda la "adecuación del hecho a la descripción que de él hace la norma", por lo que se dice que la tipicidad es el "modo de manifestación de la antijuridicidad específica del hecho".

Sebastián Soler (7) al analizar los elementos de su definición del delito, dice que "la expresión típicamente contenida en ella, debe referirse a todos los elementos esenciales en el sentido que no toda acción ni toda ilicitud, ni cualquier culpabilidad, ni la adecuación a cualquier figura, son válidos para llevar a la consecuencia del delito, ésto es, a la pena, sino sólo aquéllas formas de acción, de antijuridicidad, de culpabilidad y de adecuación que, concurriendo en un caso dado, inciden todas y simultáneamente sobre el mismo hecho, haciendo perfecta y unitaria su subordinación a un tipo legal". Vemos así que este autor, al igual que Mezger, Beling, Mayer y otros pone de relieve la exigencia ineludible de que todo delito se encuentre especialmente configurado en la ley, exigencia que, de no darse, impide que cualquier conducta sea sancionable con una pena, la que sólo puede aplicarse cuando tal conducta encuadre perfectamente en la descripción que la ley de ella haga.

Nos hallamos, pues, en estas condiciones frente a una exigencia que en la dogmática jurídica se ha denominado con la palabra tipo, que no es más que "el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos, y a cuya realización va ligada la sanción penal." (8)

(7) Sebastián Soler.—Op. Cit. Pág. 168.

(8) Mezger. Tratado de Derecho Penal.—Tomo I Pág. 352.

CAPITULO II

TIPICIDAD.

tos. Así, matar, es el común denominador del delito de homicidio en sus diferentes formas: parricidio, infanticidio, uxoricidio, etc.

En conclusión, estamos en aptitud de afirmar que la tipicidad es el encuadramiento perfecto de la conducta delictuosa del agente al tipo descrito por la ley penal.

El creador de la moderna concepción jurídica del delito, Ernesto Beling, fue quien hizo destacar en forma preponderante el papel que desempeña la tipicidad como elemento primordial del delito, al introducir, por vez, primera, esta característica descriptiva del delito, empleando el vocablo alemán *tatbestand*, derivado de las voces *tat* que significa hecho y *bestehen* que denota consistir. *Tatbestand* es, pues, el hecho en que el delito consiste, lo que se traduce en el conjunto de elementos constitutivos del delito que deben ser distinguidos de otros elementos que, pudiendo aparecer en la definición son, sin embargo, innecesarios. (9)

La voz alemana a que nos hemos referido ha sido traducida— a nuestro idioma, indistintamente, por las voces “caso legal” o “caso penal” “delito tipo”, “cuerpo de delito”, etc.

En nuestra Constitución General de la República este elemento, tipicidad, ha quedado consagrado por el artículo 14, como un corolario a los viejos principios “*nullum crimen sine lege*” y “*nulla poena sine lege*”.

Beling concibe al tipo como una imagen o “figura rectora” jurídico-penal.

Max Ernesto Mayer (10) acepta la idea de Beling, a grado tal que la hace suya. No obstante, le imprime su sello personal, al negar que los tipos estén totalmente desprovistos de contenido valorativo y, al afirmar en consecuencia, que el tipo no es tan sólo una mera descripción objetiva, sino que es un indicio de la existencia de una acción antijurídica. “El hecho de que una conducta sea típica, dice, es ya un indicio de su antijuridicidad”. La alienidad de la cosa que se incluye, por ejemplo, en el tipo del delito robo, apunta ya, claramente, a la antijuridicidad. Véase de esta manera que para Mayer la tipicidad es un elemento cognitivo de la antijuridicidad.

Pensamos nosotros que el tipo no es más que un común denominador del delito, o mejor dicho, de determinado grupo de deli-

(9) Soler. Op. Cit. Pág. 162.

(10) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Pág. 296.

Es la antijuridicidad otro de los elementos considerados como esencialmente característicos del delito.

En la afirmación de Carrara, de que el delito es la infracción de la ley penal del Estado, ésto es, lo contrario al derecho, se apunta ya la idea de la antijuridicidad; sin embargo, el concepto de lo antijurídico no se aclara.

Carlos Binding dice que el delito no es lo contrario a la ley, sino más bien el acto que se ajusta a lo previsto por la propia ley penal. Esta idea es incuestionable que nos revela, luminosamente, un concepto de lo antijurídico.

Para Jiménez de Asúa es antijurídico "todo hecho definido en la ley y no protegido por las causas justificantes, que se establecen de modo expreso".

Mayer concibe la antijuridicidad como la infracción de las normas de cultura.

Julio Klein (11) estima que "La idea de antijuridicidad se nos presenta, pues, como una innecesaria y perniciosa sustantivación y reduplicación de las facultades y deberes, jurídicamente establecidos, para conducirse en el sentido de un delito determinado", porque considera "que el delito no es un hecho antijurídico, en el sentido en que lo ha entendido la doctrina; es decir, el delito no es la negación del Derecho penal objetivo, puesto que éste "cumple su función esencial", merced a la realización de aquél: sin la comisión de delitos el Derecho penal sería inerte".

Consideramos, en conclusión, que el término antijuridicidad, que crea problemas atinentes a su concepto, puede ser substituído por uno que resulta más adecuado: **ausencia de facultad o deber**

(11) Julio Klein, Op. Cit. Pág. 72.

CAPITULO III

ANTI JURIDICIDAD.

jurídico, pues de esta forma precísase, claramente y sin lugar a dudas, que lo antijurídico es, simple y sencillamente, una ausencia de "facultades y deberes, jurídicamente establecidos, para conducirse en el sentido de un delito determinado: el verdugo que priva de la vida a un reo de muerte, no es penalmente responsable del delito de homicidio, desde el momento en que cumple con un deber jurídico, es decir, porque en su conducta no aparece una ausencia de facultad o deber jurídico para conducirse en el sentido de la norma.

Aceptamos, pues, de esta manera, el concepto que de antijuridicidad sostiene Jiménez de Asúa y que se ha dejado transcrito, ya que es obvio que cuando se realiza un hecho catalogado por la ley como delito, si no hay ausencia de facultades o deberes jurídicamente establecidos, nos hallamos en presencia de causas que justifican la no incriminación del hecho.

Constituye la culpabilidad un elemento característico también del delito. Siguiendo al maestro Julio Klein, cuya concepción de la culpabilidad ha superado a la del insigne Edmundo Mezger diremos que "La culpabilidad es el conjunto de presupuestos de la pena que fundamentan frente al sujeto, la reprochabilidad personal del delito".

Más, como la culpabilidad descansa sobre los presupuestos, imputación y responsabilidad, dado que la imputación no es más que la referencia que la norma hace de un delito a un sujeto determinado, y la aptitud para poder ser sujeto imputable, es lo que se denomina responsabilidad, precisaremos estos conceptos: siendo la pena imponible sólo al causante de un delito que obró con dolo o culpa y siendo éstos referentes a la conciencia del agente, se requiere que en éste se dé una determinada capacidad psicológica, una cierta idoneidad espiritual que lo ponga en aptitud de ser sujeto del delito cuya comisión se le atribuya; en otras palabras, para que una pena se imponga a un agente se requiere que el hecho condicionante de esa pena, el delito, sea referible imputable a ese agente. Requiérese también que el agente o individuo imputable e imputado, tenga el deber jurídico de responder, de dar cuenta a la sociedad del hecho por él cometido y reputado como delito, ésto es, se exige que el agente además de imputado sea responsable.

Para que la culpabilidad pueda integrarse exigese, finalmente, que no exista a favor del agente responsable e imputado, física y moralmente, una causa de exclusión de la culpabilidad. A este respecto, pensamos con el Maestro Julio Klein, que no puede estimarse como elemento de la culpabilidad esta circunstancia negativa, "porque es contradictorio decir que algo se integra con aqué-

... de la ley, y en consecuencia, el delito de homicidio se consuma en el momento en que se produce la muerte del ofendido, independientemente de que el autor del delito haya o no sido castigado por la ley. En consecuencia, el delito de homicidio se consuma en el momento en que se produce la muerte del ofendido, independientemente de que el autor del delito haya o no sido castigado por la ley.

CAPÍTULO IV

CULPABILIDAD

... de la ley, y en consecuencia, el delito de homicidio se consuma en el momento en que se produce la muerte del ofendido, independientemente de que el autor del delito haya o no sido castigado por la ley. En consecuencia, el delito de homicidio se consuma en el momento en que se produce la muerte del ofendido, independientemente de que el autor del delito haya o no sido castigado por la ley.

El Derecho mexicano, a partir del Código Penal de 1929 rompió con el sistema tradicional y ya enunció a la culpa como forma de la culpabilidad.

Nuestro Código Penal vigente, en su artículo 80. clasifica a los delitos en intencionales y no intencionales o de imprudencia, y a continuación define ésta como "... toda imprevisión, negligencia, impericia, falta de reflexión o de cuidado que cause igual daño que un delito intencional".

DOLO.—Siguiendo a Jiménez de Asúa, diremos que "El dolo, que es paradigma del elemento subjetivo y la especie principal de la culpabilidad, representó un progreso encomiable en la evolución del Derecho penal. En el Derecho romano de la primera época y en el primitivo Derecho germánico, los castigos se descargaban por el mero resultado sin tener en cuenta la intención del agente.

"El dolo apareció con sus finas elaboraciones en el Derecho de Roma..."

Definición.—Dolo es el querer "la producción de 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". (14)

Clases de Dolo.—"En la actualidad sólo pueden y deben distinguirse estas cuatro clases de dolo: a) dolus directus; b) dolo con intención ulterior, mal llamado "dolo específico"; c) dolo de consecuencias necesarias, y d) dolo eventual" (15)

El dolo directo es el que corresponde propiamente a la definición que se ha dado.

Dolo con intención ulterior o específico es el que lleva en sí una intención calificada.

(14) Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 453.

(15) Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 453.

llo que lo excluye", y porque en todo caso deben "ser objeto de estudios diferentes la teoría de la culpabilidad (exposición del contenido de tal concepto) y la teoría de las causas de exculpación, que constituyen la antinomia de aquélla". (12)

Siendo, pues, la culpabilidad la necesaria relación de orden psicológico que debe mediar entre el delito y el delincuente, para que aquél pueda ser puesto penalmente a cargo del segundo furza es que la encontremos dividida en dos formas que se excluyen entre sí: culpa y dolo.

CULPA.—"Es un concepto jurídico penal que representa unitariamente los requisitos necesarios para que un delito no cometido, intencional o dolosamente, pueda ser puesto a cargo de su autor". (13)

Examinando este concepto, encontramos, en primer lugar, que la conducta de la secuela culposa (acción u omisión), es realizada voluntariamente (primer elemento de la culpa); en segundo lugar, tenemos que, en la culpa, la conducta causal es lícita penalmente hablando, ésto es, no constituye por sí misma, un delito; en último término, tiénese que con la conducta culposa se produce un resultado que coincide con un tipo delictivo.

Se señalan también como elementos de la culpa, los siguientes:

a).—evitabilidad del resultado que se produzca por parte del autor de la conducta, por medios lícitos. Si el resultado causado era inevitable, desaparece la noción de la culpa por falta de uno de sus elementos;

b).—previsibilidad del resultado. Es menester, para que pueda hablarse de culpa, que el resultado delictivo haya sido previsible por parte del delincuente. Háblase entonces de culpa consciente o con previsión, en la que siendo previsible el resultado, el sujeto no previó lo que, por ser previsible por el común de las gentes, debió haber previsto; y de culpa inconsciente o sin previsión, en la que no se prevenen esas consecuencias, ese resultado.

(12) Julio Klein, Op. Cit. Pág. 87.

(13) Julio Klein.—Apuntes de Clase.—1950.

"El dolo de consecuencias necesarias, no es un dolo eventual, ya que la producción de los efectos no es aleatoria sino irremediable". Jiménez de Asúa considera esta clase de dolo como una variedad del directo. En este dolo se producen efectos no deseados, pero que resultan necesarios para que se pueda realizar el efecto propuesto.

"Hay dolo eventual cuando el sujeto se representa la posibilidad de un resultado que no desea, pero cuya producción ratifica en última instancia". (16)

Dícese que la teoría de la representación es la apta para basar el *dolus eventualis*, lo que es inexacto, pues de aceptarse, la culpa con previsión se identificaría con este dolo, puesto que en ambos el sujeto se representa la posibilidad de la producción del resultado. Por eso y para precisar su diferencia con la culpa con previsión dice Jiménez de Asúa (17) que "el dolo eventual será la representación de la posibilidad de un resultado, cuyo advenimiento ratifica la voluntad".

Preterintencionalidad.—Para algunos autores existe un dolo preterintencional; para otros no se trata más que de un concurso de dolo y culpa. Según autores alemanes, españoles y argentinos, que se inspiran en la dogmática alemana, el delito preterintencional es una infracción calificada por el resultado. Nosotros, aceptamos la fórmula de concurso de dolo y culpa, por ser la que "nos permite resolver muchos problemas y dar sentido lógico a la expresión preter o ultraintencional, que de otro modo no la tendría".

(16) Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 461.

(17) Jiménez de Asúa. Op. Cit. Pág. 462.

Finalmente, como elemento también característico del delito, tenemos el que se denomina punibilidad, que no es más que la referencia que hace la ley a un hecho delictivo para aplicar, como consecuencia de una conducta, una pena. Es la punibilidad el acento que distingue al delito de otros hechos condicionantes de diversas sanciones jurídicas. La consecuencia jurídica del supuesto civil es la nulidad, la reparación del daño, etc. ; en el derecho penal, la consecuencia es una sanción que el estado impone y que se llama pena.

Llámanse condiciones objetivas de punibilidad ciertas circunstancias que, a veces, el legislador incluye en ciertos tipos penales, para que el delito de que se trate pueda integrarse: si un cheque es presentado fuera de tiempo para su cobro, no hay condición de punibilidad. Estas condiciones objetivas de punibilidad, no constituyen, en forma alguna, elementos del delito.

Elementos integrantes del delito son:

- 1) el sujeto del delito;
- 2) el objeto del delito, y
- 3) la acción con sus modalidades.

Hablaremos de estos elementos separadamente.

1.—**El sujeto del delito.**—Puede ser activo o pasivo.

a).—**Sujeto activo:** Modernamente, ya lo expresamos, sólo el hombre puede ser sujeto activo del delito. Las personas morales, las entidades federativas, etc., no constituyen sujetos activos del delito porque carecen de la aptitud, de la causalidad física para atribuirle la capacidad necesaria para modificar o no modificar el mundo externo, pues la realidad de estas personas es conceptual-jurídica. No obstante, estas personas así pueden ser sujetos pasivos del delito, según la naturaleza que presente el propio delito. Hemos afirmado que siempre para que haya delito se requiere la existencia de dolo o culpa. Por tanto, las personas morales, por no ser físicas, tampoco pueden cometer delitos.

En nuestro País la responsabilidad de las personas morales, indebidamente, fue aceptable en la legislación de 1929, inspirada principalmente en el Código Español de 1928.

El Código Vigente preceptúa en su artículo 11 que las sociedades serán suspendidas o disueltas en los casos previstos por la ley, siempre que uno de sus miembros o representantes ejecute un delito con los medios que ella le proporcione, en condiciones tales que resulte cometido en su nombre o en su representación, o que a ella le aproveche.

1) El delito de homicidio
2) El delito de lesiones
3) El delito de robo
4) El delito de fraude
5) El delito de falsificación
6) El delito de estupro
7) El delito de seducción
8) El delito de adulterio
9) El delito de incesto
10) El delito de bigamia
11) El delito de concubinato
12) El delito de coacción
13) El delito de extorsión
14) El delito de secuestro
15) El delito de tráfico de drogas
16) El delito de prostitución
17) El delito de explotación de la prostitución
18) El delito de explotación de la fuerza de trabajo
19) El delito de explotación de la fuerza de trabajo en condiciones de servidumbre
20) El delito de explotación de la fuerza de trabajo en condiciones de esclavitud

CAPITULO VI

OTRAS CUESTIONES ACERCA DEL DELITO.

En materia de responsabilidad de los autores de delitos, se debe tener presente que la responsabilidad es personal, es decir, que no se transmite por herencia, ni se adquiere por el hecho de ser autor de un delito. Asimismo, la responsabilidad es imputable, lo que significa que solo puede ser imputada a la persona que ha cometido el delito. En materia de causas de exclusión de responsabilidad, se debe tener presente que existen causas de exclusión de responsabilidad que operan de pleno derecho, como el error de hecho, el error de derecho, el error de persona, el error de objeto, el error de lugar, el error de tiempo, el error de modo, el error de resultado, el error de consentimiento, el error de identidad, el error de finalidad, el error de conocimiento, el error de intención, el error de dolo, el error de culpa, el error de negligencia, el error de imprudencia, el error de temeridad, el error de imprudencia grave, el error de imprudencia leve, el error de imprudencia leve con resultado de muerte, el error de imprudencia leve con resultado de lesiones, el error de imprudencia leve con resultado de robo, el error de imprudencia leve con resultado de fraude, el error de imprudencia leve con resultado de falsificación, el error de imprudencia leve con resultado de estupro, el error de imprudencia leve con resultado de seducción, el error de imprudencia leve con resultado de adulterio, el error de imprudencia leve con resultado de incesto, el error de imprudencia leve con resultado de bigamia, el error de imprudencia leve con resultado de concubinato, el error de imprudencia leve con resultado de coacción, el error de imprudencia leve con resultado de extorsión, el error de imprudencia leve con resultado de secuestro, el error de imprudencia leve con resultado de tráfico de drogas, el error de imprudencia leve con resultado de prostitución, el error de imprudencia leve con resultado de explotación de la prostitución, el error de imprudencia leve con resultado de explotación de la fuerza de trabajo, el error de imprudencia leve con resultado de explotación de la fuerza de trabajo en condiciones de servidumbre, el error de imprudencia leve con resultado de explotación de la fuerza de trabajo en condiciones de esclavitud.

Desde este punto de vista, de la modificación o no modificación del mundo externo, encontramos:

I.—Delitos de comisión o de acción que son aquellos en los que se viola una norma prohibitiva (no matarás);

II.—Delitos de omisión pura, que son aquellos en que el sujeto contradice una norma preceptiva (comparecerás ante mí. Yo, el Juez);

III.—Delitos de comisión por omisión, son los que violan tanto una norma preceptiva como una prohibitiva (Madre que no alimenta al hijo);

4.—Dícese que también elementos integrantes del delito son los llamados elementos objetivos, subjetivos y normativos. En realidad, estos elementos son integrantes de los tipos penales, pues los primeros son los que se refieren a la acción u omisión (relativos al tiempo y al lugar en que se da la acción u omisión); los segundos son cierta intención, que no es dolo, pero que acompaña siempre a la acción u omisión (por ejemplo: no se integra el delito de injurias cuando el autor lo comete sin la intención de herir el honor de una persona); por último, los normativos, pueden ser normativos-jurídicos y normativos-culturales. Normativos-jurídicos son aquéllos que entran en la valoración que se hace del delito de acuerdo con las reglas jurídicas y normativos-culturales, en los que tal valoración se verifica de conformidad con las reglas de cultura que rigen en determinado lugar.

5.—Clases de delitos.—Pueden ser los delitos básicos y cualificados. Como delito básico tenemos el homicidio y como cualificado o derivado, el de lesiones.

Hay delitos compuestos en los cuales se distinguen dos hipótesis: delito continuo y delito complejo. Continuo es aquél que se forma de la suma de varios delitos que tienen tales características que, si se considerarán aisladamente, en cada uno de los delitos que integran la suma, encontraríamos un delito consumado. En los delitos continuos hay identidad en los sujetos activo y pasivo e identidad en el tipo penal cometido; además, hay una misma intención criminal.

González de la Vega (18) dice que al referirse el mencionado artículo 11 a que los delitos sean cometidos por los miembros de una sociedad, implícitamente afirma que ésta no puede ser autora de hechos delictuosos. Sin embargo, en nuestro medio, el Código Penal de Yucatán que entró en vigor en 1938 acepta la responsabilidad de las sociedades, resolviendo además, el problema legal de su enjuiciamiento.

b) Sujeto pasivo del delito: Es la persona titular del derecho violado. De aquí resulta que pueden tener este carácter:

1º.—el hombre,

2º.—las personas morales,

3º.—el Estado, y

4º.—la colectividad, en cierta clase de delitos.

No en todo caso el sujeto pasivo del delito se identifica con el ofendido. Mientras el primero es siempre el titular del derecho violado y quien, generalmente, sufre el perjuicio, el ofendido tan sólo es la persona que en algunos casos resiente el daño. Ejemplo de sujeto pasivo lo encontramos en el propietario de la cosa robada. Ejemplo de ofendido lo tenemos en el hijo o cónyuge de la persona víctima de un homicidio.

2.—Objeto del delito.—Debe establecerse la distinción entre objeto del delito y objeto de la tutela penal. Objeto del delito es la cosa, el bien jurídico sobre el cual recae el delito mismo. El objeto de la tutela penal es el bien, el valor que el legislador quiso proteger con la creación en delito de la conducta que lesiona ese bien o valor. Verbi gratia: en el aborto, el objeto del delito es el feto, y el objeto de la tutela penal son los intereses demográficos del estado, de la maternidad y el derecho a la paternidad, protegidos por el legislador.

3.—La acción. Sus modalidades.—Siendo el delito una modificación o no modificación del mundo externo, prevista por la ley y sancionada también por ésta, es indudable que esa modificación o no modificación debe ser, necesariamente, consecuencia de una acción u omisión del hombre.

(18) Fco. González de la Vega.—Código Penal Comentado.

Delito complejo es aquél en que se da un concurso aparente de tipos: el fraude que se comete mediante falsificación de documento. En esta clase de delitos el accesorio se subsume al principal. En el ejemplo propuesto el delito de falsificación pierde su isonomía y se subsume al principal que es el de fraude.

TITULO III

DOGMATICA JURIDICA Y TENTATIVA

Plantease aquí el problema referente al momento en que se da la tentativa. Conforme al artículo 42 del Código Penal argentino, el acto de tentativa está caracterizado por un concepto esencial: debe consistir en el comienzo de ejecución de un delito determinado. Esta caracterización de la tentativa por el comienzo de ejecución corresponde a la fórmula del Código Francés de 1810, consagrada en su artículo segundo.

Para Sebastián Soler comenzar la ejecución de un delito es iniciar la acción principal en la que el delito consiste.

Hemos hablado de comienzo de ejecución de una acción delictiva. Consideramos necesario, obviamente, hacer referencia a la distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución. La importancia de esta distinción radica en que siendo punibles solamente las acciones que constituyen tentativa, las llamadas acciones preparatorias no son, por regla general, punibles.

Actos preparatorios o acciones preparatorias son aquellas actividades que por sí mismas son insuficientes para mostrar su vinculación con un propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico también determinado.

Es indudable que antes de ejecutar es posible, y a veces necesario, que se realicen otras acciones no ejecutivas, sino preparatorias. El que piensa robar prepara antes los instrumentos con los cuales ha de forzar la puerta, etc. He aquí los actos preparatorios.

En el Código Penal argentino hay dos casos en que la ley castiga los actos preparatorios: la tenencia de instrumentos conocidamente destinados a cometer falsificaciones, y la conspiración cuando fuere descubierta "antes de empezar su ejecución", es decir, la ejecución del delito de traición.

CAPITULO I

TIPICIDAD Y TENTATIVA

deslinde entre actos preparatorios y tentativa se obtiene sobre la base de la resolución del autor con arreglo a características objetivas de la acción, que se deducen formalmente del tipo legal y, a la vez, materialmente, del bien jurídico protegido por la ley.

Creemos con Manzini, que acto de ejecución es aquél que "... se convierte en causa que, poniendo directamente en obra un medio idóneo, para producir el efecto criminoso, bien concretando en todo o en parte un elemento material constitutivo del delito, inicia la violación efectiva del precepto principal, o bien, dirigiéndose a un acto que constituye circunstancia agravante material del delito mismo, viola un precepto accesorio y con ésto inicia la violación del precepto principal". (22)

La tentativa presupone que "el crimen o delito perseguido por el agente no haya llegado a lo consumación". (23) Para entender consumado un delito es necesario que la ley conciba una característica del tipo objetiva o subjetivamente; si ocurre esto último no se requiere para la consumación que dicha característica se haya realizado exteriormente. La exigencia de la no consumación del delito no excluye el que en determinadas circunstancias también pueda hablarse de tentativa, sobre todo cuando el resultado que ha surgido en la imaginación del agente, se produce en realidad, aun cuando dicho resultado pueda haberse producido en forma tal que no sea imputable al sujeto. Se impone, pues, distinguir entre tentativa acabada e inacabada. Esta distinción se refiere al término de la actividad desplegada por el agente. En la tentativa inacabada el autor aun no ha hecho todo lo que por su parte es indispensable para llegar al resultado delictivo que se propuso: apunta con el arma, pero aun no ha tirado del gatillo. Mientras que en la tentativa acabada el agente ha hecho todo lo que por su parte es necesario para lograr el fin propuesto, pero por causas extrañas este fin no llega a producirse: se suministra veneno, más esta sustancia aun no produce su efecto.

Hay problema para deslindar las dos especies de tentativa de que hablamos, acabada e inacabada, cuando en el hecho delictivo-

(22) Manzini. --Trattato --Tomo II. Pág. 372.

(23) Mezger. --Op. Cit. Pág. 223.

Para Carrara dos son las razones que fundamentan la impunidad de los actos preparatorios: su equivocidad y la ausencia del principio de ejecución. Actos preparatorios son los que no revelan de modo inequívoco la voluntad criminosa y aquellos que, no obstante, la prueba que reciben sobre el querer deciso, carecen del principio de ejecución. Esto es, para Carrara los actos preparatorios son equívocos, en tanto que los actos de ejecución, son unívocos.

Dice Ramón Palacios, (19) que para Manzini, una es la intención de preparar el delito y otra la intención de llevar a término el delito mismo. Los actos que cumplen aquélla resolución son siempre preparatorios, mientras que los cumplidos "con el exacto entendimiento de conducirlo a término", son actos ejecutivos.

Franz Von Litz también considera que según "el derecho francés, la línea divisoria entre preparación y consumación está constituida por el comienzo de la ejecución". (20)

Asegura Eusebio Gómez que, con posterioridad, Carrara sostuvo que es acto preparatorio aquél que permanece en el sujeto pasivo y acto ejecutivo, el que se desenvuelve sobre el sujeto pasivo de la consumación. (Carrara llamaba sujeto pasivo de la tentativa a aquél sobre el que recaían los actos de ejecución precedentes a la consumación, y sujeto pasivo de la consumación a aquél sobre el que recaían los actos productivos del delito: en el robo, según Carrara, la puerta que el ladrón rompe, la casa que asalta, etc., son el sujeto pasivo de la tentativa, porque derrivada la puerta y penetrando en la casa, el robo no se consuma; y el sujeto pasivo lo sería el objeto que el ladrón toma con intención de apropiárselo, pues con esa aprehensión sí se consuma el robo).

Nosotros pensamos con Mezger que "el delito aparece consumado cuando se realizan todas las características del tipo y es tentativa cuando ciertamente ha dado comienzo su ejecución, pero ésta queda en un dorso". (21) Mezger estima, también, que el

(19) Ramón Palacios.—La Tentativa. El Mínimo de Licitud Penal.

(20) Franz Von Litz.—Tratado de Derecho Penal.—Tomo III.—Pág. 7.

(21) Mezger.—Op. Cit. Pág. 195.

sino que por medio de la **incriminación de la tentativa nos dice que no solamente está prohibido matar, sino que también lo están las acciones que a ello tiendan; de manera que cuando se imputa una tentativa no se imputa un fragmento de la figura principal, sino que se imputa otro hecho típico y completo. Pero completo no en el sentido de la figura del delito, sino de la figura de la tentativa".**
(25)

Por último, diremos que la tentativa se halla tipificada como **figura autónoma en la mayoría de los códigos penales de los países civilizados del orbe.**

(25) Mezger.—Op. Cit. Pág. 243.

so han participado varias personas. Surge, entonces, el conflicto relativo a si la terminación de la tentativa ha de verse con arreglo al plan conjunto de los diversos participantes o en relación a cada uno de ellos, por separado, según su plan individual. Consideramos que, en este caso, deben aplicarse las reglas que se refieren a la complicidad correspectiva, mediante las cuales, siendo todos los participantes responsables por igual del hecho delictuoso, la terminación de la tentativa ha de contemplarse desde el punto de vista del plan conjunto de los diversos participantes.

Dícese que hay tentativa fallida o frustrada en el caso de que, tratándose de una tentativa acabada, la no producción del resultado sea segura.

Según Mezger hay casos en los cuales la realización del evento punible es impedida por circunstancias absolutamente extrañas y ajenas al autor, el cual, de su parte ha hecho todo lo necesario para que el resultado se produzca, conformándose así la figura denominada tentativa o frustración. Este mismo autor agrega que "la distinción exacta entre tentativa y delito frustrado solamente puede entenderse desde el punto de vista subjetivo, es decir, con relación al hecho penal propuesto por el autor, ya que externamente considerados todos los procesos de tentativa presentan el mismo aspecto de inconclusión. Hay frustración cuando el delito es subjetivamente consumado, es decir, lo es en relación al hombre que lo comete; pero no objetivamente, es decir, en relación con el objeto contra el cual se dirigía y a la persona que habría sufrido perjuicios. La circunstancia que impide la producción del efecto es, con relación al autor del hecho, fortuita; se encuentra fuera de sus previsiones y representaciones actuales. En la frustración, a diferencia de la tentativa el sujeto ha realizado todo lo que él concebía como necesario; no le queda más que hacer". (24)

Concluiremos esta parte afirmando que la existencia de un delito presupone la concurrencia de todos sus elementos. No se concibe la existencia parcial de un delito. "...el derecho no pune solamente la prohibición en el momento consumativo de la figura,

(24) Mezger.—Op. Cit. Pág. 224.

CAPITULO II

ANTI JURIDICIDAD Y TENTATIVA

Estudiaremos ahora cuál es la intervención que el elemento antijuridicidad tiene dentro de la figura de la tentativa.

Sentaremos, en primer término, que las normas jurídicas sólo pueden ser violadas en el mundo del ser, haciendo que ocurra en él lo contrario de lo que aquéllas quieren. Repetiremos, en segundo lugar, el principio relativo a que el sujeto activo de un delito es aquél que tiene la capacidad necesaria para modificar o no modificar el mundo externo. Y concluiremos, así, diciendo que todo delito debe ser, para que se considere como tal, modificativo o no del mundo externo.

Tratándose de la tentativa, ya dijimos, que el acto de tentativa está caracterizado por una nota esencial: debe consistir en el comienzo de ejecución de un delito determinado. Pues, bien, veremos ahora en esta parte, lo antijurídico que hay en el comienzo de ejecución de un delito determinado, ésto es, en la tentativa.

Resulta obligado, en este título, hacer referencia a las doctrinas que pretenden explicar la tentativa. Ellas son dos: la objetiva y la subjetiva.

Doctrina objetiva:—Para esta doctrina la exigencia de un comienzo de ejecución es ineludible a fin de que pueda hablarse de tentativa; es lo que hace inequívoco el acto y lo que acredita la idoneidad del medio empleado. El punto extremo de esta doctrina se encuentra en el fundamento sostenido por Carrara para la punibilidad de la tentativa: la existencia objetiva del peligro corrido por el bien jurídicamente protegido.

Doctrina subjetiva.—Esta doctrina es de origen alemán. Sebastián Soler, la define acertadamente al señalar que "Tiende a substituir la peligrosidad objetiva del hecho por la peligrosidad

subjetiva del autor". (26) Pretende esta doctrina alcanzar la intencionalidad delictiva en el propósito de cometer un delito aunque los hechos no hayan puesto efectivamente en peligro un bien jurídico determinado.

Garófalo, con criterio subjetivista, expresa que el hecho no tiene importancia sino como expresión de la voluntad del agente y recuerda que, según ya lo estableció el Derecho Romano, en la tentativa es la intención lo que tiene valor y no el hecho material.

Ferri, igualmente, estima que para hablar de tentativa es suficiente la manifestación de la voluntad criminal.

Opina Eusebio Gómez (27) que "la tentativa de delito consta de un elemento moral o subjetivo y de un elemento material u objetivo. El primero está representado por la intención que es exigida para la configuración de todo delito que no sea meramente culposos. El segundo elemento está representado por el comienzo de ejecución de un delito determinado y por la falta de consumación del mismo, a mérito de circunstancias fortuitas o independientes del autor".

Mezger afirma que sólo existen acciones que "ponen en peligro" un bien jurídico, pero no acciones que "intentan" lesionarlo. En otras palabras, que la tentativa es un "concepto que sólo puede ser determinado desde el punto de vista subjetivo del agente". (28)

Con Ramón Palacios (29) diremos nosotros que "... el peligro de la consumación preside el fin de la norma, más igualmente sin ese estado objetivo de peligro, insistimos, cómo podría justificarse la inclusión de esa actividad en el marco de los hechos punibles. Ahora bien; de la misma manera, quien consuma la tentativa ha violado las dos normas aludidas; no es peligro de violación al Derecho, sino efectiva transgresión de lo prohibido por los preceptos penales, y tan se lesiona el derecho con la consumación como la tentativa, pero incuestionablemente que la objetividad mues-

(26) S. Soler.—Op. Cit. Pág. 224.

(27) Eusebio Gómez.—Tratado de Derecho Penal.—Tomo II. Pág. 470.

(28) Mezger.—Op. Cit. Pág. 219.

(29) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 41.

tra de modo irrefragable el distingo, pues mientras la consumación ha satisfecho todos los requisitos del tipo, la tentativa es una desconformidad por razón del efecto querido, que falta.

"Sin embargo, la pregunta no es dubitativa, sobre si el que consuma la tentativa pone en peligro la norma penal o viola efectivamente ese precepto, pues admitido lo último, se indaga qué motiva la incriminación en el delito tentado. Es más, al destacarse el hecho de que la tentativa es un grado menor del delito, se encuentra la referencia a la total violación, y, por ello, es una referencia al peligro de la consumación...".

Agregaremos con este autor (30) que "El peligro temido no es una simple creación de la mente, sino que captable por medio de los sentidos por su realidad material, debe ser apreciada normativamente por el juzgador". "...que el peligro de la consumación tiene naturaleza normativa como el daño cuando son astisfechos los requisitos del tipo; que la tentativa no es una "simple expectativa del todo subjetiva", como afirman los sostenedores de la tesis contraria, pues el peligro temido, en ella, es captable por medio de los sentidos; es apreciación subjetiva en cuanto que sólo la mente humana, valida de las ciencias y de la lógica, puede pronunciar el juicio de probabilidad. El peligro no existe fuera de la Ley, como tampoco el daño es ajeno a la consideración jurídica, pero siempre la acción desplegada en cuanto produce un cambio en el mundo exterior incluida la comisión por omisión que en puridad es acción, es el asidero objetivo de la tentativa, siendo cuestión de Derecho el acertar sobre su encuadramiento legal".

En el Capítulo anterior hicimos resaltar la importancia de fijar el nacimiento, el principio de la tentativa. Pues bien, consideramos que el límite de la licitud penal muere en el principio de la tentativa y que "El máximo de la actividad permitida para el Derecho penal, es la que no capta el delito tentado. El mínimo del ilícito represivo, que recoge la norma es el principio de la tentativa: ella tira la línea divisoria entre lo permitido y lo prohibido, como minus".

(30) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 51.

CAPITULO III

CULPABILIDAD Y TENTATIVA

Hemos afirmado que la culpabilidad es la necesaria relación de orden psicológico que debe mediar entre el delito y el delincuente, para que aquél pueda ser puesto penalmente a cargo del segundo, y que se halla dividida en dos formas que se excluyen entre sí: culpa y dolo. Pues bien, siendo la tentativa un hecho tipificado por la ley como delictuoso, y antijurídico, además, falta estudiar ahora la función que el elemento culpabilidad desempeña en la tentativa.

Congruentes con nuestro pensamiento, diremos que la resolución de cometer un delito constituye la base indispensable de toda responsabilidad criminal a causa de tentativa. En tal resolución deben aparecer contenidas todas las características del tipo que, de realizarse, encarnarán en la realización típica del delito consumado. En la resolución de cometer un delito debe darse siempre dolo. Aquí la tentativa y el delito consumado coinciden, pues ambos son verificados dolosamente. Negamos, entonces, que exista tentativa punible de un delito culposo, a pesar de que Mezger, entre otros autores, acepta la posibilidad de que la tentativa se de en los delitos culposos cuando el autor admita culposamente, por ejemplo, la existencia de una legítima defensa (legítima defensa putativa culposa), porque en estos casos falta la resolución que la ley exige para que la tentativa sea punible.

Por tanto, afirmamos, es indispensable para el fundamento de la culpabilidad del agente y de la pena, que se manifieste, típica y antijurídicamente, la voluntad delictiva del autor.

Según Mezger (31) la tentativa es "un concepto que sólo puede ser determinado desde el punto de vista subjetivo del agente".

(31) Mezger.—Op. Cit. Pág. 219.

Dícese que hay tentativa absolutamente inidónea cuando la acción se verifica frente al objeto atacado (asesinato de un cadáver), o se emplean medios (se proporciona agua en vez de veneno) que, en ningún caso, pueden conducir al fin delictuoso propuesto, y que hay tentativa relativamente inidónea cuando tan sólo la especial situación del caso concreto impide la producción del resultado: tentativa de asesinato dirigida contra una persona que se ha protegido dentro de un automóvil a prueba de proyectiles. A este respecto Mezger estima que en la actualidad, en lugar de esta distinción, debe hablarse en estos casos de "ausencia del tipo", como característica de la impunidad de la conducta, y que sólo el injusto "tipo" y la puesta en peligro "tipo" son punibles. Nos ocuparemos de estas cuestiones en la última parte de nuestro trabajo.

La ley, ya lo dijimos, requiere que con el propósito de cometer un delito determinado, se comience su ejecución, la que debe considerarse con relación al delito propuesto. Para la doctrina objetiva, según lo anotamos, la exigencia de un comienzo de ejecución es ineludible, a fin de que pueda hablarse de tentativa, porque el comienzo de ejecución es lo que hace inequívoco el acto y lo que acredita la idoneidad del medio empleado.

En cambio, repetimos, la tendencia subjetiva trata de tomar en cuenta la intencionalidad delictiva, cualquiera que sea su grado de exteriorización, de suerte tal que resulta punible todo aquel acto por medio del cual el autor quiere llevar a ejecución inmediata el hecho, se acentúa, pues, la punibilidad del propósito de cometer un delito aunque los hechos no hayan puesto efectivamente en peligro un bien jurídico determinado. Esta tesis, dice Mezger (32) "tiende a sustituir la peligrosidad objetiva del hecho por la peligrosidad del autor".

Franz Von Litz afirma (33) que "La tentativa de delito es la manifestación de voluntad dirigida a la ejecución del hecho"; que hay tentativa cuando la manifestación de voluntad dirigida a la producción del resultado queda sin efecto; pero que también hay tentativa cuando no ha existido o no se ha producido una de las

(32) Mezger.—Op. Cit. Pág. 224.

(33) Franz Von Litz.—Op. Cit. Pág. 3.

circunstancias esenciales constitutivas del hecho (abstracción hecha del resultado), cuya existencia o producción había supuesto el autor. En ambos casos la esencia de la tentativa reside en la tendencia de la manifestación de voluntad, ésto es en la relación de lo realizado con lo no acontecido, relación que debe darse en el dolo del autor, en su temibilidad...

Para este autor, la esencia de la tentativa se halla en el carácter peligroso de la manifestación de la voluntad del autor, que siempre es dolosa.

Para Florián (34) "la ley penal se aplica al delincuente socialmente peligroso; ahora, cuando la voluntad delictuosa se ha manifestado objetivamente, corresponde averiguar si la manifestación de voluntad resulta reveladora de una individualidad temible, de una actividad peligrosa". Esta teoría de Florián se llama de la peligrosidad subjetiva en concreto.

A este particular, diremos que la absoluta inidoneidad de los medios empleados para llevar a cabo la tentativa, puede implicar, a veces, absoluta falta de peligrosidad del agente.

Expresamos ya que la tentativa no se da en los delitos culpables; pues bien, ahora aseguraremos que tampoco es posible que se dé en los delitos preterintencionales, por razón de que el agente no se propone, en ellos, el resultado que se produce y que va más allá de su intención.

Conclusión.—En efecto, dos son los elementos constitutivos de la tentativa: uno subjetivo y otro objetivo o material. El primero es siempre la resolución manifestada del autor que, en ningún caso, deja de ser dolosa; y el segundo elemento está integrado por la falta de consumación del delito, a consecuencia de circunstancias fortuitas o ajenas a la voluntad del agente.

Fícase, así, la culpabilidad de la tentativa en el dolo que aparece en la voluntad manifestada por el agente y que es plasmada en el comienzo de ejecución de un delito (univocidad de la acción).

(34) Florián,—Trattato; Vol. I. Pág. 653.

CAPITULO IV

TENTATIVA Y PUNIBILIDAD

Para Mezger "El concepto de una tentativa especialmente punible es sólo el producto de una larga evolución histórica". (35) Von Hippel, citado por este mismo autor, considera que "la punibilidad de la tentativa es signo de un derecho ya en cierto grado de desarrollo progresivo. En las antiguas épocas de la responsabilidad por el resultado, este pensamiento se desconoce, puesto que la tentativa no representa ningún daño material". (36).

En el derecho germánico vigente es castigado a causa de tentativa "el que ha manifestado su resolución de cometer un crimen o un delito por acciones que tienen un principio de ejecución de este crimen o delito, siempre que el crimen o delito propuesto por el agente no haya llegado a la consumación". (37)

Frente al problema de la fundamentación de la punibilidad de la tentativa, existen diversas posturas:

a) "Un nutrido grupo de eminentes penalistas sigue el criterio trazado antaño por el insigne Carrara, y fundamenta la punibilidad de la tentativa en el peligro corrido que es el de la consumación..." (38);

b) Manzini opina que el "inminente peligro actual de violación del derecho protegido por la norma principal, en que se trata de fundar el motivo de la incriminación, carece de sustentación jurídica, puesto que el concepto de la tentativa, al igual que el de la consumación vive en relación con la esencia de la norma pe-

(35) Mezger.—Op. Cit. Pág. 189.

(36) Mezger.—Op. Cit. Pág. 189.

(37) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 35.

(38) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 40.

nal; que la tentativa no es peligro de violación a la norma, sino verdadera, auténtica violación a esa norma. En todo caso, afirma, el peligro de la consumación es prelegislativo. . .” 39;

c) Fúndase también “la punibilidad de la tentativa en el peligro posible, ya sea en referencia a la víctima designada, ya a las cualidades del agente”.

No puede hablarse, en ningún caso, de que la fundamentación de la punibilidad de la tentativa estribe en el peligro corrido por el bien jurídicamente protegido ni en el posible peligro en relación a la víctima o a las cualidades del agente, y no puede hablarse, decimos con Manzini, porque la tentativa no es peligro de violación a la norma, sino verdadera, auténtica violación a esa norma, porque “el peligro de la consumación tiene naturaleza normativa como el daño cuando son satisfechos los requisitos del tipo; que la tentativa no es una “simple expectativa del todo subjetiva”, como afirman los sostenedores de la tesis contraria, pues el peligro temido en ella, repetimos, es captable por medio de los sentidos: es apreciación subjetiva en cuando sólo la mente humana, válida de las ciencias y de la lógica, puede pronunciar el juicio de probabilidad. El peligro no existe fuera de la ley, como tampoco el daño es ajeno a la consideración jurídica, pero siempre la acción desplegada en cuanto produce un cambio en el mundo exterior. . . es el asidero objetivo de la tentativa. . .” (40).

Se discute si para la tentativa han de establecerse sanciones idénticas a las aplicadas a los delitos consumados.

Crivellari, citado por Eusebio Gómez (41), sostiene que no es posible la identidad de penas para la tentativa y el delito consumado, que “a ello se oponen una razón de justicia y una razón política. Una razón de justicia, porque no es justo igualar el peligro de un mal a un mal ya producido. Una razón política, porque dada la paridad de la pena, el agente que no haya podido obtener el éxito criminoso., no tendría ningún interés en abstenerse de renunciar a su acción”.

(39) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 52.

(40) Ramón Palacios.—Op. Cit. Pág. 52.

(41) Eusebio Gómez.—Op. Cit. Pág. 468.

Manzini opina en igual sentido, por las mismas razones de justicia y de política, que argumenta Crivellari.

Garófalo propone que "la tentativa de un delito debe ser considerada como el delito mismo, cuando el peligro que dimana de una y otro, sea idéntico". (42).

Para Ferri la calidad y la cantidad de sanción defensiva que convenga el autor de una tentativa de delito, dependerá de los actos objetivamente cumplidos en relación con la mayor o menor peligrosidad personal que con ellos se haya manifestado.

Florián se declara partidario de la menor punibilidad de la tentativa con respecto al delito consumado, porque aparte del menor daño emergente del resultado material incompleto, la tentativa revela, dice, una menos enérgica voluntad criminosa.

Actualmente, sobre este problema no hay polémica. Unánimemente se sostiene el principio de que la tentativa debe sancionarse con una cantidad de pena menor que la asignada para el delito consumado.

Por otra parte, es indudable que puede existir el comienzo de ejecución "acompañado del ánimo de ejecutarla", pero esa ejecución puede quedar incompleta por:

- a) voluntad del propio autor (desistimiento); o
- b) por circunstancias ajenas a la voluntad del autor.

En este último caso, estamos en presencia de una tentativa inacabada que, ya hemos visto, es punible.

Nos ocuparemos ahora del primer caso, o sea, del que consiste en que por voluntad del propio agente, dirigida a interrumpir la ejecución del hecho delictuoso, quede incompleta su acción. Se configura de esta manera la llamada tentativa inacabada por desistimiento del autor.

Por lo general, la tentativa inacabada por desistimiento del agente, no es punible, aunque esta impunidad no impide que se punan los actos de ejecución realizados en cuanto ellos revistan, por sí solos, el carácter de delitos.

(42) Criminología.—Garófalo. Pág. 299.

Mas, para que el desistimiento sea operativo de la impunidad en esta tentativa, se requiere:

1.—que sea espontáneo, ésto es, consecuencia de la libre voluntad del autor; y,

2.—que el agente renuncie a la ejecución de la acción propuesta.

En la tentativa acabada, para que el desistimiento sea causa de no incriminación, se requiere, igualmente, espontaneidad del desistimiento e impedimento del resultado por propia actividad del autor. Sin embargo, en este caso, es necesario para que el desistimiento opere, que la acción no haya sido descubierta por nadie, que sólo la conozcan los autores. Para estos efectos, se entiende descubierta cuando un tercero ha reconocido su verdadera significación jurídica penal. Por otra parte, no es suficiente que el resultado no aparezca a causa de otros motivos. Si el veneno es devuelto por la víctima antes de que haya tomado el contraveneno que le proporcione el autor, se mantiene la punibilidad de la tentativa. En cambio, puede el agente servirse de fuerzas extrañas, por ejemplo, del médico, sin que con ello el impedimento deje de ser propio.

De acuerdo con Mezger, en el delito frustrado y en la tentativa inidónea acabada, el desistimiento es imposible.

El desistimiento libera, al que se desiste, de la pena que le corresponda por su acto de tentativa. El desistimiento de la tentativa es una causa personal de supresión de la pena.

TITULO IV

LA TENTATIVA EN LOS DELITOS IMPOSIBLES

CAPITULO I

EL DELITO IMPOSIBLE

Tratamos en esta parte de nuestro trabajo de la llamada tentativa de delito imposible.

¿Es verdaderamente una tentativa la tentativa de delito imposible? Si la tentativa es una figura accesoria del delito principal, pero que en cierto modo cobra vida autónomamente, el delito imposible es figura accesoria de la figura principal o es un delito autónomo? ¿Podemos decir que en nuestra legislación existe la figura de la tentativa de delito imposible? ¿La acción que realiza el agente en una tentativa de delito imposible es antijurídica, al igual que el resultado? ¿Cómo puede fundarse la culpabilidad de un agente en una tentativa de delito imposible? ¿Debe ser punible la tentativa de delito imposible? ¿La cantidad de pena con que se sanciona la tentativa debe ser igual a la aplicable a la tentativa de delito imposible? ¿Es correcto decir que en el delito imposible hay una tentativa de delito imposible? ¿Qué diferencias encuéntrase entre la tentativa y la tentativa de delito imposible?

De éstas y de otras cuestiones haremos el análisis en este Capítulo de nuestra Tesis.

De acuerdo con Eusebio Gómez, delito imposible es "aquel que, por inidoneidad de los medios empleados para cometerlo o por falta de objeto del mismo, no es susceptible de llegar a consumarse". (43).

Partiendo de esta definición, que aceptamos, tenemos que el delito imposible o tentativa de delito imposible se da en dos casos:

a) por inidoneidad de los medios empleados para cometerlo, y

(43) Eusebio Gómez.—Op. Cit. Pág. 475.

b) por falta de objeto del delito.

Examinando el primer caso, encontramos que la imposibilidad por inidoneidad de los medios empleados para cometer el delito, puede consistir:

I.—en una deficiencia intrínseca de la acción, físicamente considerada, y que puede residir tanto en la situación voluntaria como en el resultado material propuesto. En este caso la acción aparece de hecho inidónea para lograr el resultado jurídico lesivo, como cuando se intenta envenenar a alguien con azúcar;

II.—en una inadecuación de la acción a una figura legal, por no corresponder aquélla exactamente a la forma en que en la propia ley la figura está concebida. Aquí la acción aparece de derecho inidónea para constituir la figura delictiva aunque el resultado propuesto sea logrado, como cuando falta en el sujeto la calidad de empleado, comerciante, militar, etc., exigida por la ley.

Por falta de objeto del delito, tenemos que la imposibilidad para cometer el delito también radica en la inidoneidad del objeto, o mejor dicho, en un error cerca de la idoneidad del objeto o del sujeto pasivo, en caso de que, por ejemplo, se apuñale un cadáver.

Como puede verse, de todo lo anterior, en la llamada tentativa de delito imposible, se hallan dos elementos que determinan la imposibilidad, uno subjetivo y otro objetivo: el error y la idoneidad, respectivamente.

La concurrencia del error es esencial, pues la acción inidónea emprendida en el conocimiento de su inidoneidad "no puede constituir sino una acción penalmente irrelevante... El que sabe que el azúcar o envenena y que lo que da es azúcar, no puede tentar" (44) un homicidio.

En la diferenciación entre medio idóneo y medio inidóneo, existen dos corrientes diversas: una, que aprecia la idoneidad conforme al pensamiento del autor en el momento del hecho (teoría subjetiva), y otra que lo aprecia exclusivamente desde el punto de vista de la experiencia objetiva, (teoría objetiva), teniendo en

(44) S. Soler.—Op. Cit.

cuenta el fin propuesto, mas no "la creencia errónea del autor acerca de esa idoneidad". Toda exteriorización voluntaria inidónea para crear un peligro, es decir, que objetivamente no importe la posibilidad de un daño, según la doctrina objetiva, es un hecho impune; contrariamente, si lo que se destaca en primer plano es la voluntad criminal y en ella se encuentra el fundamento de la sanción, es indudable que, independientemente de la existencia real de peligro, de acuerdo con la doctrina subjetivista, el delito imposible debe castigarse.

En realidad para saber si hay idoneidad en la tentativa de delito imposible, debe distinguirse la idoneidad del medio empleado de la idoneidad del objeto sobre el cual recae la acción. A este respecto, háblase de medios absolutamente inidóneos y de medios relativamente inidóneos que nunca tienen la capacidad de violar el derecho de cualquier sujeto pasivo sobre el que se dirigiesen, y relativamente inidóneos aquéllos medios que carecen en sí de la capacidad para conducir a término el delito, en atención a las condiciones del sujeto pasivo hacia el cual se dirigía la acción delictuosa o por excepcionales circunstancias que acompañaran al hecho, pero que habrían podido o podían conducir al cumplimiento del delito, si hubiesen sido dirigidos o se dirigiesen sobre otros sujetos pasivos o se acompañaran de otras circunstancias. Dentro del pensamiento carrariano, tanto tratándose de medios absolutamente inidóneos, como ningún bien jurídico ha corrido un peligro real el delito imposible, por carecer, en consecuencia del elemento objetivo, no puede ser punible.

Esa distinción entre medios absolutamente inidóneos y medios relativamente inidóneos, de conformidad con nuestro pensamiento, carece de importancia, desde el momento en que debe atenderse para los efectos de la punibilidad al elemento subjetivo de la tentativa: resolución manifestada. Tan sólo desde el punto de vista de la causalidad puede tener alguna importancia.

Tampoco es aceptable la postura de Garófalo que pretende fundar la sanción criminal para el delito imposible no en el elemento objetivo, sino en la peligrosidad demostrada por el sujeto, dado que en última instancia, la peligrosidad no es un dato que

pueda constituir una referencia exacta, pues en potencia, todos somos delincuentes.

Florián deduce la peligrosidad subjetiva del agente de la peligrosidad objetiva, al decir que "...el delincuente no peligroso no debe ser castigado. De donde se sigue que si la inidoneidad del medio revela falta de temibilidad en el agente, tal inidoneidad quita a la tentativa todo carácter criminal..." (45). Por las mismas razones que expusimos con anterioridad, estimamos inaceptable esta opinión, pues la tentativa de delito imposible debe ser castigada, en todo caso, en atención a la resolución manifestada del agente, la que debe reunir determinadas condiciones que enseguida estudiamos.

De acuerdo con la moderna teoría jurídica del derecho penal, llegamos a la conclusión de que la tentativa de delito imposible es jurídicamente irrelevante y, por tanto, impune. Impune porque resulta incuestionable que debiendo ser típica no sólo la conducta del agente, sino también el resultado del hecho propuesto, como lo sostiene Javier Alva Muñoz, precisamente, por lo que se refiere a la tipicidad del resultado tiénesse que, tratándose de la tentativa de delito imposible, nos encontramos frente a un caso de atipicidad por no integración del tipo, por lo que aunque la conducta del agente sea típica, por conducir necesariamente a lo que Beling ha denominado "un nada jurídico", es por que la tentativa de delito imposible, es impune.

En relación con ésto, haremos notar que en el llamado delito putativo, también hallamos un caso de atipicidad, sólo que aquí la atipicidad es general por ausencia total del tipo y que, en cambio, en el delito imposible, a pesar de que existe el tipo del delito, se trata de un caso de atipicidad específica, ya que el tipo del delito no llega a integrarse en su totalidad.

Jurídicamente, pues, careciendo la tentativa de delito imposible de tipo, su incriminación resultaría una aberración jurídica. Sin embargo, en obvio de discusiones debemos decir que la tentativa de delito imposible, debe sancionarse, pero únicamente por razones

(45) Florián.—Op. Cit. Pág. 240.

de política criminal orientadas hacia una defensa social efectiva. Considerámos, sin embargo, que la sanción para este hecho debe ser mayor que la establecida por la tentativa común, por las razones que apuntaremos en la siguiente parte de este trabajo.

Ello es así porque si la ley castiga a un autor de un delito que no ha sido consumado, es porque el autor ha realizado un acto que es el primer paso para la consumación del delito. Si el autor ha consumado el delito, la sanción debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Por lo tanto, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado.

En consecuencia, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Esto es así porque el autor de un delito consumado ha realizado un acto que es el primer paso para la consumación del delito. Si el autor ha consumado el delito, la sanción debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Por lo tanto, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado.

En consecuencia, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Esto es así porque el autor de un delito consumado ha realizado un acto que es el primer paso para la consumación del delito. Si el autor ha consumado el delito, la sanción debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Por lo tanto, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado.

En consecuencia, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Esto es así porque el autor de un delito consumado ha realizado un acto que es el primer paso para la consumación del delito. Si el autor ha consumado el delito, la sanción debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado. Por lo tanto, la sanción para el autor de un delito consumado debe ser mayor que la establecida para el autor de un delito que no ha sido consumado.

CAPITULO II

DIFERENCIAS ENTRE LA TENTATIVA COMUN Y LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE. ...

Estudiados que han sido el instituto de la tentativa y el delito imposible, estamos en aptitud de precisar sus diferencias:

a) Tanto en la tentativa propiamente dicha como en la tentativa de delito imposible, encontramos el elemento tipicidad, aunque, en rigor, en ninguna se integra el tipo del delito;

b) En el comienzo de ejecución en que consiste la tentativa común tiénese lo antijurídico de la misma. En la tentativa de delito imposible, en la conducta del agente que llega in mente hasta la **consumación** del acto delictuoso, se nos ofrece el concurso del elemento antijuricidad; mas por lo que se refiere a la **consumación**, a una verdadera realización de ese acto de delictuoso en el mundo del ser, debido a la no integración de un tipo penal, el elemento antijurídico no existe;

c) Tanto en la tentativa común como en la tentativa de delito imposible la conducta del agente por ser siempre dolosa, es culposa.

d) Desde el punto de vista de la posible consumación del delito, tenemos que en la tentativa común existe la posibilidad de producción del resultado, mientras que en la tentativa de delito imposible, la posibilidad de producción del propósito delictivo, es nula, imposible;

e) Hemos afirmado que en todo delito para que pueda ser considerado como tal, se requiere que se dé una modificación o no modificación del mundo externo. Pues bien, desde esta referencia encontramos que en la tentativa común, en su comienzo de ejecución, es segura la modificación del mundo externo; en cambio, en la tentativa de delito imposible la modificación del mundo del ser es imposible, porque el resultado consecuencia de la con-

ducta del agente, aunque violatorio de normas de cultura, volvemos a decirlo, no es antijurídico;

CONCLUSION.—No siendo, como se ha visto, la tentativa de un delito imposible, antijurídica, y siendo la posible consumación real del resultado delictivo, imposible, al igual que la modificación o no modificación, a consecuencia de la conducta del autor, del mundo externo, impónese concluir que en la llamada tentativa de delito imposible, no hay propiamente una tentativa de delito; hay un delito que, por no haberse consumado, se quedó tentado; ésto es, no constituye la llamada tentativa de delito imposible una figura accesoria de la principal en que el delito consiste. En agente no sólo realiza actos de ejecución sino que, además, realiza la “consumación” del delito, aunque si bien es cierto que la “consumación” jurídicamente, por carecer de la integración del tipo penal, hace desaparecer todo hecho delictuoso. En la tentativa común al tentarse la realización punible, queda como una figura accesoria, que es punible por ser el comienzo de ejecución en que el acto queda, antijurídico. En tanto, que la tentativa de delito imposible al no lesionar ningún bien jurídico y no ser, por consiguiente, violatoria de derecho, queda en “un nada jurídico”.

Consecuentemente, pensamos que en el delito imposible no se da una tentativa propiamente dicha, pues la actividad del agente no se queda en el comienzo de ejecución, sino que llega hasta la realización de actos consumativos del delito. Se consuma un delito, mas se trata de un delito imposible de consumarse para los efectos de que de acuerdo con la dogmática jurídica, pueda ser considerado como un verdadero delito.

Es inadecuado, por las razones anteriores, decir que en el delito imposible se da una tentativa, pues lo que se da es un delito de características irrelevantes dentro del campo del derecho. En estas condiciones, proponemos que debe adoptarse para un hecho delictuoso imposible, la denominación de **delito imposible**.

Sólo por razones técnicas aplicables para la punición del delito imposible, nos explicamos el que se le considere a este delito como una tentativa de delito imposible.

CAPITULO III

EL DELITO IMPOSIBLE EN NUESTRA LEGISLACION

La primera referencia legal de delito imposible, la encontramos en el artículo 25 del Código Penal de 1871 que, textualmente, establece que: "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 se emplean".

Las razones que tuvo la Comisión Redactora de este Código para crear esta redacción, las expresa Martínez de Castro al decir que: "... cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo". Véase aquí, de inmediato, que la influencia de la escuela positivista fue la que informó el contenido del referido artículo 25, ya que se tomó en cuenta para la punición de estos hechos la peligrosidad revelada por el agente. El criterio nos parece equivocado, pues ya expresamos con antelación que la peligrosidad no puede servir de base alguna para fincar la culpabilidad ni mucho menos como condición para la punibilidad, desde el momento en que todos, potencialmente, somos delincuentes.

Nuestro Código Penal de 1929 hizo caso omiso de la figura de delito imposible. En su artículo 20 se ocupó única y exclusivamente de la tentativa común al establecer en este precepto que la tentativa es punible "cuanto el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente, por actos idóneos, y no practica todos los esenciales de ejecución que debieron producir el delito, por causa o condición que no sea de su propio y espontáneo desistimiento". Por eso se ha afirmado que este Código Penal contempló al delito imposible como un hecho penalmente irrelativo.

El artículo 12 de nuestro Código Penal vigente expresa que "...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".

Motivo de enconadas discusiones ha sido la interpretación de este precepto. Francisco González de la Vega, Carrancá y Trujillo, Rivera Silva y otros se han inclinado por sostener que el artículo en cuestión engloba el conato, el delito intentado y el delito frustrado establecidos por el Código Penal de 1871.

Para Ramón Palacios, este artículo sólo se ocupa y sanciona los actos preparatorios, no así de los ejecutivos, la frustración y el delito imposible, por virtud de que cada uno de estos hechos posee presupuestos lógicos distintos, "...decir, dice este autor, que la norma del artículo 12 reprime ejecución, frustración y delito imposible, es tan demoleдорamente ilógico, como que vacía en un molde lo que no puede en él caber, trastorna las esencias y riega a todos los vientos las enseñanzas de las escuelas, queriendo que fructifiquen hermanadas, en un agro que no puede ser común".

El maestro Celestino Porte Petit, en relación con el delito imposible, en la sentencia pronunciada por la Octava Sala del Tribunal Superior de Justicia del Distrito y Territorios Federales, en el asunto de Vera June Hunt, en el que él fue Magistrado Ponente, expresa que "Esta forma de tentativa es punible en los términos del artículo 12 del código penal, pues la expresión "actos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito" afilia el código a la teoría subjetivista, ya que aquella no puede tener otro significado que el vincular actos que se ejecutan, a la voluntad del sujeto, de realizar el delito, independientemente de que sea susceptible o no de realización... Basta que el sujeto tenga voluntad de realizar el hecho cuyo resultado típico se ha representado, para que se produzca el elemento culpabilidad, y que inicie la ejecución, para que ambos y por disposición expresa de la ley, sea ésta punible. Así es como el concepto de tentativa, concebido como acción culpable y punible, abarca la modalidad que la doctrina denomina delito imposible".

Nosotros consideramos que la redacción del mencionado artículo 12 es tan imperfecta que, en realidad, como asegura Ramón Palacios, sólo sanciona los actos preparatorios no así ni la tentativa común, ni el conato, ni mucho menos la llamada tentativa de delito imposible. La Comisión Redactora de este Código, seguramente en su afán de englobar en el artículo 12 en cita estas figuras, es indudable que incurrió en el error que señala Ramón Palacios, consistente en sancionar únicamente los actos preparatorios que, según hemos visto, no deben ser sancionables. Damos aquí por reproducido lo que respecto de estos actos expusimos en el Título precedente.

Ante la imperfección del artículo 12 de que hemos hecho mérito, la Comisión Redactora del Proyecto de Reformas al Código Penal (1949), integrada por penalistas de la talla de Celestino Porte Petit, Francisco Argüelles, Luis Garrido y Raúl Carrancá y Trujillo, han elaborado la correspondiente e imperiosa reforma al señalado artículo 12.

La nueva redacción de este artículo, que se propone, es la siguiente: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente".

A nuestro parecer, esta reforma tampoco puede decirse que comprenda la punición del delito imposible, pues ya asentamos que desde un punto de vista estrictamente jurídico, en el delito imposible, al menos en el delito imposible por el objeto, no tiene lugar una tentativa, por no quedarse la acción del agente en el comienzo de ejecución del delito. El delito imposible por el objeto en que recae es una figura íntegra y autónoma, a la que por falta de integración del tipo del delito, debe considerarse, ya lo dijimos, como la "nada jurídica". Demostrado ésto, no es jurídico entonces, decir que en la nueva redacción del artículo 12 se comprenda la tentativa de delito imposible. Solamente, por razones de conveniencia práctica, aceptamos el que se estime para los efectos de su punición, como una tentativa a la acción que tiene lugar en un delito imposible por el objeto. Y sólo por razones de política criminal aceptamos el que éste delito se sancione.

Por lo que ve al delito imposible por los medios empleados para cometerlo, consideramos que sí es factible que quede dentro de lo preceptuado por la reforma penal del artículo 12 en comento, ya que la imposibilidad por los medios, sí puede significar, en alguna forma, una tentativa, tal como lo hemos expresado con anterioridad.

En estas condiciones, con todo respeto, afirmamos que la reforma a que nos venimos refiriendo, no ha sido muy afortunada. Proponemos, en consecuencia, que se cree dentro de nuestro Código Penal la figura autónoma de delito imposible por su objeto, y que, por razones de política criminal se le sancione; y se le sancione no con la misma cantidad de pena destinada a la tentativa común sino con una sanción mayor, ya que en el delito imposible el agente no sólo llega a realizar actos enmarcados en el principio de ejecución del delito, sino que realiza actos ejecutivos propiamente hablando, los que ponen en evidencia la razón de la exigencia que aquí exponemos. En esta forma, Vera June Hunt, cuyo caso nos inspiró el tema de nuestra Tesis, no hubiera quedado impune, y la ola de criminalidad que nos ahoga, tendría un dique que puede representar, aunque sea de modo mínimo, la paz y la tranquilidad de nuestro pueblo.

CAPITULO IV

EL DELITO IMPOSIBLE EN NUESTRA JURISPRUDENCIA

Ha sido la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que frente al artículo 12 de nuestro Código Penal, que quiso comprenderlo y sancionarlo todo y no comprendió ni sancionó nada como no fuera, indebidamente, los actos preparatorios, el Tribunal que a través de algunas ejecutorias ha señalado alguna pauta al respecto.

En un caso, en ejecutoria visible en la página 212 del Apéndice al Tomo XXXVII del Semanario Judicial de la Federación, ha dispuesto que: "... la falta de objeto pasivo de la consumación hace desaparecer la tentativa, entendiéndose por sujeto pasivo de la consumación, todo aquello sobre lo que debe recaer el acto de ejecución, aunque firmemente resuelta a causar daño, sin la posibilidad de este daño inherente a la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el elemento moral como fundamento de la imputación".

No obstante, con anterioridad, nuestro Máximo Tribunal de Justicia había cometido el error garrafal de considerar que "la tentativa es punible, aun cuando se trate de un delito de imposible realización". (Anales de Jurisprudencia.—Tomo VI.—Pág. 283).

A nuestro juicio, ha sido el Tribunal Colegiado del Primer Circuito, el que ha fijado la interpretación judicial más correcta del artículo 12 de nuestro Código Penal vigente. Para comprobar nuestro acerto, a continuación transcribimos una parte del Considerando Tercero de la sentencia que este Tribunal pronunció al resolver la revisión interpuesta por Vera June Hunt: "... el artículo 12 del Código Penal más que definir la tentativa fija los casos en que es punible, y ordena que lo sea cuando se ejecutan hechos preparatorios encaminados directa e inmediatamente a la

en él lo que no comprende expresamente, ni prevalerse de que la legislación anterior sí sancionaba la tentativa de delito imposible, ni es explicable que, aun dentro de ese inaceptable camino de interpretación no se tome en cuenta que en la tentativa como la configura el artículo 12, por la sanción corporal hasta de los dos tercios de la pena para el delito consumado, se hubiera pretendido incluir la de delito imposible, y que no se incluyó, lo que explica, según la acertada opinión del Magistrado de la minoría, Licenciado Victoriano Anguiano la actitud del Ponente, quien para hacer sancionable la tentativa de delito imposible ha propuesto como miembro de la Comisión Revisora del Código Penal, la reforma adecuada. No consideramos necesario ocuparnos en detalle de la tesis de González de la Vega en que busca su apoyo la sentencia recurrida, pero sí debemos manifestar nuestra inconformidad para aceptarla sin reparos, porque si se admite como fundamento de la pena la intención, elemento subjetivo, ésta se manifiesta tanto cuando el delito es imposible relativamente por la inadecuación del medio empleado como cuando lo es en forma absoluta por la imposibilidad de realización. La sentencia recurrida al igual que el fallo de la Sala admiten que el feto murió en el claustro de la madre debido a asfixia non-natorum, o lo que es lo mismo que nació sin vida, pero afirmar que como existen indicios de que la acusada constriñó el cuello del cadáver con el propósito de privarlo de una vida que no tenía, cometió el delito de infanticidio en el grado de tentativa de delito imposible. Juzgado con el criterio que hemos expuesto anteriormente debe concluirse que dicha sentencia es violatoria de las garantías individuales consagradas por los artículos 14, 16 y 19 de la Constitución, porque no incluyéndose expresamente en el artículo 12 del Código Penal, como punible la tentativa de delito imposible, fue ilegal declararla formalmente presa por ese delito, aun cuando existieran en autos indicios bastantes de que la acusada constriñó el cuello del niño con el propósito de privarlo de la vida . . .”

realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente; tales hechos no son propiamente los que constituyen un comienzo de ejecución sino todos los que en alguna forma se relacionan directamente con la comisión del hecho delictuoso (planeación, preparación, etc.). Así, puede afirmarse que dicho artículo 12 **da mayor entidad a los actos preparatorios** que a los propios de la tentativa en sus grados diversos. Rigurosamente según el texto de tal artículo sólo son sancionables los actos relacionados directa e inmediatamente en el tiempo con la comisión del delito pero no los que concretaran un principio de su ejecución y menos aún la tentativa de un delito imposible. Confirma nuestro criterio Ramón Palacios V., en sus Breves Consideraciones sobre el Anteproyecto del Código Penal de 1931 cuando expresa: "En cuanto refiérese a la tentativa adviértese que el anteproyecto salva el hecho antijurídico de la creación de figuras accesorias por la Jurisprudencia: que ésta invariablemente ha sancionado la tentativa acabada y la inacabada con mérito en la interpretación que hace del artículo 12 del Código Penal en relación con el tipo penal a que se adose, sin reparar en que para la deficiencia legal sólo comprende los actos preparatorios como ha señalado con gran agudeza *Porte Petit*". Y lo confirma también el criterio de la Corte Suprema. Cuando dice: "La falta de sujeto pasivo de la consumación hace desaparecer la tentativa, entendiéndose por sujeto pasivo de la consumación todo aquello sobre lo que debe recaer el acto de ejecución por lo que el hallarla en la mera intención, aunque firmemente resuelta a causar un daño, sin la realidad de este daño, inherente a la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el principio moral como fundamento de la imputabilidad". *Semanario Judicial de la Federación*, Tomo XXXVII, página doscientos doce". Es rigurosamente exacto que el Código Penal de 1871, en forma expresa incluía como punible la tentativa de delito imposible y la sancionaba con simple pena pecuniaria, y que el artículo 12 del actual no repitió el texto del precepto relativo de aquel Código sobre el punto que nos ocupa, por lo que en sana lógica y ajustados al marco de estricta aplicación de la ley en materia penal, no es debido recurrir a forzadas interpretaciones del precepto para incluir

INDICE:

	Pág.
A Manera de Prólogo	11
Título I.—El Iter Criminis	13
Capítulo I.—Generalidades	15
Capítulo II.—Tentativa y Delito Consumado	19
Título II.—Breve Teoría del Delito	23
Capítulo I.—Introducción	25
Capítulo II.—Tipicidad	29
Capítulo III.—Antijuridicidad	33
Capítulo IV.—Culpabilidad	37
Capítulo V.—Punibilidad	43
Capítulo VI.—Otras Cuestiones Acerca del Delito	45
Título III.—Dogmática Jurídica y Tentativa	51
Capítulo I.—Tipicidad y Tentativa	53
Capítulo II.—Antijuridicidad y Tentativa	59
Capítulo III.—Culpabilidad y Tentativa	63
Capítulo IV.—Tentativa y Punibilidad	67
Título IV.—La Tentativa en los Delitos Imposibles	73
Capítulo I.—El Delito Imposible	75
Capítulo II.—Diferencias entre la tentativa común y la tentativa de delito imposible	81
Capítulo III.—El Delito Imposible en nuestra Legislación	85
Capítulo IV.—El Delito Imposible en nuestra Jurisprudencia	91
Bibliografía	95

BIBLIOGRAFIA:

SEBASTIAN SOLER. Tratado de Derecho Penal.—JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito.—JULIO KLEIN Q. Ensayo de una Teoría Jurídica del Derecho Penal.—JULIO KLEIN Q. Apuntes de Clase, 1950.—RAMON PALACIOS. La Tentativa. El Mínimo de Ilicitud Penal.—FRANZ VON LIZT. Tratado de Derecho Penal.—RAUL CARRANCA Y TRUJILLO. Derecho Penal Mexicano.—MEZGER. Tratado de Derecho Penal.—MANZINI. Trattato.—EUSEBIO GOMEZ. Tratado de Derecho Penal.—FLORIAN. Trattato.—CARLOS FRANCO SODI. Nociones de Derecho Penal.—FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. Código Penal Comentado.—FRANCISCO GONZALEZ DE LA VEGA. Derecho Penal Mexicano.—CARLOS FONTAN BALESTRA. Manual de Derecho Penal.