

426
20



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO**

FACULTAD DE DERECHO

EL DELITO IMPOSIBLE

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



México, D. F.

1991

FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE.

	pág.
INTRODUCCION.	I.
capítulo primero.	
ANTECEDENTES HISTORICOS.	1.
1.1. ANTIGUEDAD.	1.
1.2.1. CODIGO PENAL DE 1871.	6.
1.2.2. CODIGO PENAL DE 1929.	10.
1.2.3. CODIGO PENAL DE 1931.	15.
capítulo segundo.	
FINALIDAD Y FUNCION SOCIAL DEL DERECHO PENAL.	19.
2.1. EL DERECHO PENAL.	19.
2.1.1. EL FIN DEL DERECHO PENAL.	21.
2.1.2. LA FUNCION SOCIAL DEL DERECHO PENAL.	23.
capítulo tercero.	
GRADOS DEL DELITO INTENCIONAL.	26.
3.1. FASES DEL ITER CRIMINIS.	26.
3.1.1. FASE INTERNA.	28.
3.1.1.1. IDEACION.	29.
3.1.1.2. DELIBERACION.	29.
3.1.1.3. RESOLUCION.	30.
3.1.2. FASE EXTERNA.	32.
3.1.2.1. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCION.	40.
A) TEORIAS OBJETIVISTAS.	41.
B) TEORIAS SUBJETIVAS.	46.
3.1.2.2. CONSUMACION.	50.
3.2. LA TENTATIVA.	52.
3.2.1. LAS TENTATIVAS PUNIBLES.	55.
A) TENTATIVA PUNIBLE ACABADA.	55.
B) TENTATIVA PUNIBLE INACABADA.	57.

	pág.
3.2.2. LAS TENTATIVAS NO PUNIBLES.	58.
3.2.2.1. EL DESISTIMIENTO.	58.
3.2.2.2. EL ARREPENTIMIENTO.	61.
capítulo cuarto.	
EL DELITO IMPOSIBLE.	63.
4.1. FORMAS EN QUE SE PRESENTA EL DELITO IMPOSIBLE.	63.
4.1.1. INIDONEIDAD EN LOS MEDIOS EMPLEADOS.	64.
4.1.2. FALTA DE OBJETO JURIDICAMENTE TUTELADO.	72.
capítulo quinto.	
LA PUNIBILIDAD.	80.
5.1. CRITERIOS EN QUE SE PUEDE FUNDAR LA PUNICION DEL DELITO IMPOSIBLE.	80.
5.1.1. EN RAZON DEL PELIGRO CORRIDO.	80.
5.1.2. EN RAZON DE LA VIOLACION DEL MANDATO CONTENIDO EN LA NORMA.	81.
5.1.3. EN RAZON DE LA PELIGROSIDAD DEL SUJETO.	84.
5.1.4. EN RAZON DE LA DISMINUCION DEL SENTIMIENTO DE SEGURIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD.	86.
5.2. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.	86.
5.3. JURISPRUDENCIA.	91.
5.4. DERECHO COMPARADO.	95.
5.4.1. CODIGO PENAL BRASILEÑO.	95.
5.4.2. CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE CUBA.	96.
5.4.3. CODIGO PENAL ESPAÑOL.	96.
5.4.4. CODIGO PENAL SUIZO.	96.
5.4.5. CODIGO PENAL POLACO.	96.
5.4.6. CODIGO PENAL HUNGARO.	97.
CONCLUSIONES.	98.
CITAS.	100.
BIBLIOGRAFIA.	102.

INTRODUCCION.

En esta tesis pretendemos dilucidar las diferencias que existen entre Tentativa propiamente dicha y la tentativa de delito imposible, ya que presentan diversidad de elementos comunes -- la una con la otra, pero resultan diferentes en substancia, por lo cual, hay que aclarar estas diferencias para evitar la confusión que reiteradamente se ha presentado de tener al delito imposible como incluido dentro de la actual fórmula del artículo 12 - del Código Penal.

Hay tentativa de delito imposible cuando el sujeto activo de ésta se vale de medios inidóneos para producir el resultado deseado y tipificado por la ley penal como delito, o bien porque el objeto jurídico tutelado contra el cual se endereza la acción criminal del sujeto activo es inexistente o se encuentra ausente siendo entonces que por los mismos medios u objeto inadecuado, resulta imposible que se llegue a producir la lesión prevista en -- los tipos específicos, ni tampoco se da la puesta en peligro que fundamenta el tipo de la tentativa. El delito que es imposible -- desde su nacimiento se encuentra condenado al fracaso, a diferencia de la tentativa, en la cual dicho fracaso se produce por causas ajenas a la voluntad del agente, pero los medios de que éste se vale si son aptos para alcanzar el resultado, y su obrar malo se endereza contra un objeto jurídico tutelado que si existe y se encuentra presente cuando se producen las conductas que deberían llevar a la consumación.

Del análisis de diversas corrientes penales, descu-

briremos variadas opiniones en favor y en contra de la punibilidad del delito imposible, siendo las de corte clasista las que sostienen su impunidad en virtud de su impotencia para llegar al fin propuesto y así tomando un punto de vista objetivo relegan -- éste al campo de las conductas no sancionables por faltar la p^ues^{ta} en peligro de lo que se encuentra bajo tutela del derecho penal. Por otra parte, encontramos a los positivistas del derecho penal, los cuales adoptan una postura más criminológica que jurídica, y por ello consideran el asunto de manera subjetiva llegando a la conclusión de que toda conducta que sea reveladora de una mente criminal debe ser punible.

Sin encasillarnos en ninguna de las corrientes anteriores, si consideramos que se debe llegar a punir la tentativa de delito imposible, como lo demostraremos más adelante en el cuerpo de la presente tesis, pero mediante la especificación penal del delito imposible, y no tratando de forzar su reconocimiento dentro de la tentativa por ser ésta diferente del mismo, de manera tal que se necesita su propia tipificación dentro de nuestra legislación.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

1.1. ANTIGUEDAD.

El derecho romano penal fué un derecho de resultado, -- por lo que en el decir de todos los autores que al respecto han escrito, no tuvo nunca un concepto ni una definición de tentativa y mucho menos del delito imposible, mas existieron ciertas excepciones tanto de una como del otro en que podemos afirmar que si se llegó a tener una idea de estos, sin que ello constituya un antecedente firme.

Así pues dentro del derecho penal privado, se consideró que no había nada que perseguir sin que se produjera un daño, -- castigándose así solamente los delitos consumados.

Por lo que hace al derecho penal público, éste contemplo la persecución de la simple exteriorización criminal de ciertos actos, aunque estos fueran simplemente preparativos, como sucedió con los llamados delitos de læsa maiestatis en que a quien invitaba a otros a su comisión en conjunto, le era aplicable la pena del delito consumado.

Mas como ya habíamos dicho, esto no fue radical, ya que con la influencia Griega el derecho penal romano fue con el pasar del tiempo, especialmente desde Adriano, cambiando su postura y -- acentuando cada vez más el lado subjetivo del delito, esto es que creció su atención en el elemento voluntas en detrimento del elemento exitus, y por lo tanto el flagritum imperfectum, en general fue sancionado con una penalidad atenuada. Así nos dice Teodoro Mommsen, que en la poster del derecho penal romano, éste tuvo como base la ley moral, mutando su postura hacia el subjetivismo y -- dando mayor importancia a la voluntad. Señala la infracción consciente de la ley como un elemento del delito en el que se funda --

su caracter ético, con lo que se da relevancia a lo que después será la tentativa y basamiento para el delito imposible. Es el propio Mommsen quien nos aclara tal cuestión al señalar que en el caso del matrimonio entre hermanos, sin saber estos que lo son no había delito de incesto, de lo que se desprende que ya no se contempla puramente el resultado, sino que ya hay una atención especial a la voluntad, también señala, que en el caso de sorprender a alguien preparando un homicidio, se le sancionaría como si ya lo hubiese consumado, mientras que para otras situaciones a las que podríamos considerar como tentativas (recordamos que en Roma no se conceptualizo ni definió la tentativa) si se llegó a dar -- una penalidad atenuada.

Así el derecho penal romano sin tener un concepto de -- tentativa o de delito imposible, marca un remoto antecedente para el derecho moderno al cambiar su criterio del resultado por el de la voluntad.

En el derecho germano fue desconocida la tentativa así como el delito imposible, así nos dice Edmund Mezger: " En la época franca no encontramos un concepto general de la tentativa, pero sí la equiparación de la tentativa a la consumación en el delito flagrante y el castigo en los casos de exposición a peligro de la vida, de la paz general, etc." Ya en los siglos XIV y XV, - al decir del propio autor en referencia,; " parece haberse reconocido el concepto de la tentativa en el sentido moderno, sin que pueda decir, por lo demás, que existan entre esa época y la actual líneas inmediatas de correlación!"

Es en el medioevo, en el derecho italiano, donde se da un concepto de tentativa (conatus) más científico, describiéndola como: " cogitare, agere, sed non perficere", e impone un castigo menor. Consideran también la tentativa inidónea (delito imposible) y el desistimiento. Resulta relevante para llegar a tal concepción la jurisprudencia de la iglesia y la práctica cotidiana, la primera por ser esta institución quien dirigió la política del mundo occidental durante dicha época, y el aspecto pragmático por ser un elemento constructor del derecho en todos los tiempos.

Al decir de Pavón Vasconcelos, Las partidas distinguen para los delitos graves la tentativa y consumación aunque --- equipararon la sanción, salvo que se diera el desistimiento o el arrepentimiento, y citando a Q. Ripolles dice: "Si comenzase a se meter en obra, magüer non lo cumpliese, meresce ser escarmentado, bien así como si lo hubiese cumplido, porque non fincó por el de lo cumplir si pudiera".² Así podemos ver claramente que dentro de las partidas ya se comprendía la tentativa y si analizamos el concepto antes citado, podremos llegar a la conclusión de que este mismo, aun sin conocerlo abarca ya el delito imposible bajo cualquiera de sus formas, al señalar simplemente que no se llegue a consumir el obrar, porque esto no acaeció por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo..

En la Constitutio Criminalis Carolina de 1532 dictada por Carlos V ofrece una clara definición de la tentativa, dentro de la cual sin tener un preciso conocimiento del delito imposible se distingue ya éste de la tentativa como podemos ver en su defi-

-nición, la cual está comprendida en su artículo 178 y que Pavón Vasconcelos transcribe del tratado de Mezger: "Así, si alguien se atreve a realizar un acto malo mediante algunas obras externas -- que pueden ser apropiadas para la consumación del acto malo, y, sin embargo, en la consumación de dicho acto malo fuera impedido contra su voluntad con otros medios, será castigada penalmente -- esta voluntad maliciosa de la cual resulta, como se dice, alguna obra mala; pero en un caso más severamente que en otro, en vista de las circunstancias y forma de la cosa."³ Así esta definición, exige que las obras que se realicen sean apropiadas para la consumación del acto, y que dicha consumación sea impedida contra su voluntad, erradicando así toda posibilidad de incluirse aquí al delito imposible, pero si distinguió este, señalando un delito frustrado, equiparándose su sanción con la del consumado. Así es la "carolina" la ley que da las bases para que en el siglo XIX se desarrolle científicamente la tentativa, abriendo el campo para el propio estudio del delito imposible.

Es en dicho siglo cuando se abre el estudio del delito imposible, con la polémica que surge en torno a la tentativa inidónea, siendo el primero en tratarla Feuerbach, a propósito de la crítica al proyecto de Kleinschrod en 1804. Así, aparece como base de la pena, la peligrosidad objetiva y Tittmann sustenta la corriente opuesta de la peligrosidad subjetiva, pero triunfa la primera con la opinión determinante de Prusia la cual se fundamenta en el artículo segundo del código penal francés de 1810 retomado en el código prusiano de 1851 con un tipo objetivo de tentativa.

Así, viendo el estudio que Kohlrausch elabora sobre el periodo de discusiones de la tentativa inidónea, éste señala que; durante los trabajos de preparación del código penal de Prusia se estuvo hasta 1843 por la pena de la tentativa en atención a la intención, y que luego, por la influencia de los juristas renanos y prusianos, se exigió la imposición de una tentativa objetivamente tipificada, a lo que dicho autor en el proyecto oficial de 1925, a este respecto adhiere como un "craso error histórico".

1.2. CODIGO PENAL DE 1871.

Una vez consumada nuestra independencia, subsistió en México la legislación que imperó en éste como colonia Española, - misma que por sus características propias integradas durante el - periodo colonial, constituían una legislación propia de la Nueva - España e independiente de la de las demás colonias siendo hasta - 1857 con el Constituyente de tal año, cuando se determina dar sus - propias legislaciones a la República Mexicana. Así, es el estado - de Veracruz el primero que en virtud del Federalismo, en el año - de 1869 se otorga su propio Código Penal y Procesal, rompiendo -- con la unidad legislativa Nacional hasta entonces operante.

Es en 1868 cuando bajo el régimen de Don Benito Juárez - se integra una comisión redactora para un código penal, misma que - quedó integrada como sigue: Presidente, Antonio Martínez de Cas-- - tro, y como vocales Don José María Lafragua, don Manuel Ortiz de - Montellano y don Manuel M. de Zamacona.

Dicho proyecto fué aprobado y publicado el 7 de diciem- - bre de 1871, iniciando su vigor el 1 de abril de 1872. Consta de - 1150 artículos y un transitorio, siendo de corte notoriamente clá - sico, determinando la responsabilidad penal y moral, en el libre - albedrío, inteligencia y voluntad. Limita la libertad de los jue- - ces para determinar las sanciones catalogando rigurosamente las - atenuantes y agravantes. La pena es de caracter retributivo, y es - tablece el sistema penitenciario celular panóptico.

Siendo este código netamente clásico, no es posible --- - continuar con este estudio sin realizar una somera explicación de - los postulados de esta escuela para su mejor comprensión.

Parte del principio de retribución, al cual considera innato en el ser humano, como una necesidad de premio y castigo, aplicandolo al ámbito jurídico en un aplauso público o una reprobación general para el bien y el mal respectivamente. Bentham expone el mecanismo hedónico de la represión, siendo el hombre motivado en su conducta por su interés, las penas deben resultar de tal manera intimidatorias que produzcan en el hombre contingencia tal que le haga reprimirse de intentar el delito. Romagnosi por su parte se produce en el mismo sentido al señalar que es el derecho penal un mecanismo de defensa social, fin que realiza con la intimidación y reputa la pena como el último remedio para ello.

Pellegrino Rossi, sintetiza ambas corrientes aduciendo que existe un orden moral obligatorio para los hombres, el cual en tanto a las relaciones políticas y jurídicas de la convivencia humana, constituye un orden social que por lo mismo es obligatorio. La pena tiene un fin de justicia y como límite la utilidad.

El más prominente autor del clasicismo fue Carrara, --- quien consuma la fusión de estas corrientes para dar su estructura final a la escuela clásica, fundandose en el libre albedrío -- para explicar la legalidad de los delitos y de las penas; definiendo cuidadosamente las circunstancias de la responsabilidad; y examinando el delito en su aspecto interno, definiendo detalladamente las conductas y los tipos.

En términos generales podemos describir los postulados de esta escuela como sigue: 1. Es el delito la piedra angular del

del derecho penal; 2. Su método es deductivo; 3. No hay delito ni pena sin la previa previsión legal; 4. Sólo se puede sancionar al imputable penalmente; 5. La función de castigar es exclusiva del estado; 6. Las penas deben ser retributivas.

Así ahora podemos comprender mejor la gran extensión de nuestro código de 1871, al igual que el sentido de sus preceptos.

Con relación a la tentativa y al delito imposible, podemos decir que este primer ordenamiento penal propio de México alcanzó a cubrir tanto una como el otro.

Al decir del excelentísimo tratadista Mexicano don Raúl Carrancá y Trujillo, "El c.p. 1871 distinguió entre conato, delito intentado, delito frustrado y delito consumado (art. 18)". Y -- más adelante, en relación con el tema central del presente trabajo señala: "Llamó delito intentado al imposible o sea a la tentativa acabada en la que la frustración se debió a que el delito -- "fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon" (art. 25)."⁴De lo anterior continúa ensalzando el gran acierto de Martínez de Castro por la inclusión de este nuevo grado y para lo cual cita las propias palabras del legislador: "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".^{4is} Es así como Carrancá y Trujillo reconoce y vitorea esta innovación del código de 1871 sin que le incomode en lo más -- mínimo, como sucede con Ramón Palacios, el hecho de que tal precepto sea de corte positivista por atender en mayoría al aspecto

subjetivo del delito.

Resulta también plausible la clara distinción que hace este autor entre el delito frustrado, y el delito imposible, también denominado frustración impropia o imposible, siendo la primera, aquella en que se ejecutan todos los actos encaminados a la consumación del delito, pero que por la oportuna intervención de alguien o algo éste no produce el hecho deseado por el sujeto activo, mientras que en el segundo, como ya se dijo es imposible -- que se de el resultado, ya sea por su radical imposibilidad, ya bien por la inidoneidad en los medios empleados para su realización, pero es obvio que ante ambas tentativas resulta necesario no permitir la impunidad del sujeto activo en virtud de su peligrosidad.

En virtud de lo hasta aquí expuesto, no resistimos la tentación de transcribir el artículo 25 del ordenamiento penal en cuestión, por lo cual así lo haremos:

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

Es así como este código de corte clásico cubrió el tema que ahora estudiamos, con una correcta redacción e inegable técnica jurídica, que sabiamente tradujeron a nuestro derecho sus autores de su similar y modelo Español de 1870.

1.2.2. EL CODIGO PENAL DE 1929.

Es bajo el mandato del señor Presidente Portes Gil, -- en septiembre de 1929, en que el mismo haciendo uso de facultades que le fueron conferidas por el Congreso expidió el código penal para el Distrito y Territorios Federales que elaboró la comisión redactora integrada por los señores licenciados Ramírez Arriaga, Antonio Ramos Pedrueza, Enrique C. Gudiño, Manuel Ramos Estrada y José Almaraz. Dicho ordenamiento constó de 1228 artículos y 5 -- transitorios, iniciando su vigor el 15 de diciembre de 1929.

Este código de un supuesto corte positivista no realizó los postulados de dicha escuela por dos razones, según Celestino Porte Petit Candaudap, y que son; "a) obstáculos de orden Constitucional y b) errores de carácter técnico."

En el decir de don Raúl Carrancá y Trujillo, este código desafortunadamente padece de graves deficiencias de redacción y estructura, constantes reenvíos, duplicidad de conceptos y contradicciones, lo cual hizo difícil su traducción al mundo pragmático.

Así, en coincidencia con Porte Petit, Carrancá afirma que el código de 1929 no difirió grandemente del clásico de 1871. Y así cita al propio Almaraz, quien fue el principal redactor y -- más tenaz defensor de este código diciendo: "La Comisión acordó -- presentar un proyecto fundado en la Escuela Positiva", mas sin -- que tal afirmación se tradujera a la realidad, puesto que dicha --

ley continuó con una marcada postura objetivista ante el delito, de manera tal que simplemente resulto una denominación nueva aplicada a las cosas viejas. En un tono de severa crítica, dice Carrancá: "Ni siquiera olvidó el legislador de recoger en su articulado la debatida cuestión del discernimiento, de tan puro sabor clásico, pues reconoció valor de atenuante de 4a. clase a ser tan ignorante y supersticioso "que no se haya tenido el discernimiento necesario para conocer toda la gravedad del delito" (art. 59, fr. VI)." ⁵

De lo anterior, el autor citado, concluye que, el articulado de este código no traduce la inspiración positiva de sus redactores, sin modificar substancialmente el sistema anterior de 1871. Así es el mérito principal de este código, el abrir las puertas a la reforma penal integral en la Nación, reafirmando así el propio decir de José Almaraz, en el sentido que es el código de 1929 un ordenamiento de transición.

Sus principales aportaciones fueron: La responsabilidad social substituyendo a la moral (de notorio corte positivista.); la supresión de la pena de muerte; copia del sistema sueco las multas en función de la utilidad diaria del delincuente; la condena condicional; y la reparación del daño exigida de oficio por el ministerio Público.

Ahora bien, ya que hemos mencionado que el espíritu del legislador en este código fue el de crear un ordenamiento fundado en los postulados de la escuela Positiva, pasaremos a hacer mención de sus rasgos principales.

Curiosamente el iniciador de esta escuela positiva fue César Lombroso, y digo curioso porque no fue abogado sino médico con lo que se explica el que esta escuela tenga tan marcada orientación al aspecto subjetivo del delito, centrando su atención en el delincuente. Así Lombroso se dedicó al estudio del genio y el delincuente como seres anormales, explicando al segundo como producto de las neurosis epilépticas.

Basándose en el Darwinismo, estudio las anomalías anatómicas que presentan los cuerpos de delinquentes, imputando su conducta a tales diciendo que "los caracteres de los hombres primitivos y de los animales inferiores debían reproducirse en nuestro tiempo.", para describir después minuciosamente al criminal nato.

Enrico Ferri, discípulo en un tiempo de Carrara fue su más activo contradictor, exponiendo su doctrina del determinismo fisiologista, y desarrollándolo más que por éste, como un medio de ataque a las ideas clásicas, así expone: "las acciones del hombre buenas o malas, son siempre el producto de su organismo fisiológico y psíquico, y de la atmósfera física y social en que ha nacido y vive"; por ello propone medidas preventivas que hagan desaparecer las causas de la delincuencia y por ende los delitos.

Es él quien crea la teoría de la responsabilidad social igual para todos los hombres, por el simple hecho de vivir en sociedad.

El tercer gran representante del positivismo fue Garófalo quien se postula por las causas endógenas del delito, creando así lo que él llamaba el delito natural, considerando las penas de finalidad eliminatória; y manifestando especial preocupación

por la reparación del daño.

Así, podemos resumir los postulados que estos tres pensadores, máximos representantes de la escuela positiva expusieron, de la siguiente manera:

1. Centra su atención en el delincuente, pues el delito es solamente un síntoma que revela la peligrosidad de éste.

2. Las penas, en atención al principio de defensa social deben atender a la peligrosidad y no a la gravedad objetiva del delito.

3. Su método es inductivo experimental.

4. Todo aquel que infrinja la ley penal es responsable, sin consideración alguna de inimputabilidad.

5. Es más importante la prevención de los delitos que la represión de los mismos, por lo que son más importantes las medidas de seguridad que las penas que son de poca efectividad.

6. El juez puede determinar sanciones por tiempo indefinido según lo amerite cada caso en concreto.

7. Las penas son reformadoras de los infractores, o segregativas de los incorregibles.

Ahora bien, una vez señaladas las principales características de la escuela positiva, a la que se dice sintetizó el legislador del 29 en dicho código penal, veamos como fue que este ordenamiento trató a la tentativa y al delito imposible.

Así, en sus artículos del 20 al 28 este código trata el tema de la tentativa, definiéndola en su artículo 22 de la siguiente manera:

" Hay tentativa punible: cuando el agente inicia anteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que deberían producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento."

En materia de tentativa, este ordenamiento no distinguió entre arrepentimiento y desistimiento, juzgandolos sinónimos.

Así el código del 29 reduce los grados del delito a dos el delito consumado y el conato o tentativa.

Por lo que respecta a la fórmula "por actos idóneos", excluye la posibilidad de sancionar el delito imposible, al exigir que estos que inician la ejecución agredan el bien jurídicamente tutelado, y a este respecto el maestro Palacios Vargas dice: " una crítica merece el C. Penal de 29 siendo su autor el valeroso José Almaraz, de filiación positivista, era ahí lógico que incriminara la actividad preparatoria y el delito imposible del peligroso -en sus dos modalidades- y no lo hizo."⁶ es relevante la crítica que al respecto hace el Maestro Palacios, puesto que si el código tenía una filiación positivista, en atención a la peligrosidad manifiesta de quien realiza una tentativa de delito imposible, y de acuerdo con los postulados de dicha escuela, este se debía de sancionar como un medio de prevención del delito.

De esta forma, el mérito principal del código de 1929 fue el de abrir las puertas para la retorma penal integral en México, y quedando como un simple código de transición.

1.2.3. EL CODIGO PENAL DE 1931.

El infortunio del código penal de 1929 trajo consigo__ el que en un periodo menor a los dos años se redactara un nuevo - ordenamiento penal.

La comisión redactora la integran los licenciados José_ López Lira, José Angel Ceniceros, Luis Garrido, Alfonso Teja Za-- bre y Ernesto G. Garza, por designación del mismo Portes Gil, pro mulgandose dicho código el 13 de agosto de 1931 por el presidente Pascual Ortíz Rubio en uso de facultades concedidas por el congre so el 2 de enero del mismo año. Dicha comisión manifestó, que en virtud de las diversas fallas que el código de 1929 presentaba, - tanto de carácter técnico, como de operación e incluso de redac-- ción; se pensó necesario el iniciar la revisión de tal ordena--- miento.

El código de 1931 consta de 400 bis artículos y tres -- transitorios. Y tiene en su inicio diversos vicios a los que en - seguida haremos mención:

En la opinión del jurista mexicano J. Ramón Palacios V. toda esta legislación es inconstitucional, porque faltando que se reunieran los extremos del artículo 29 Constitucional; no es da-- ble la delegación de facultades del legislativo al ejecutivo, sin romper con el principio de la separación de poderes, como sucedió con esta ley.

En segundo término, no conto con una exposición de moti vos, con lo que no se puede hacer una interpretación real de di-- cho Cartabón.

Por último, como ya es costumbre en nuestro país, en la fe de erratas del código, que fue muy numerosa, se encuentran modificaciones substanciales, lo que traduce a la fe de erratas en una reforma informal, más que en lo que debería ser; una simple corrección de errores de carácter mecánico y tipográficos.

Además de lo dicho, hay que hacer mención de las múltiples reformas de que ha sido objeto, sin que por ello las pasemos a revisar una por una. De tal suerte, este ordenamiento punitivo ha sido objeto de innumerables reformas, al igual que se han creado diversidad de anteproyectos para su substitución, más no han tenido estos un buen éxito originando así el que el Código Penal de 1931 sea un colage, lo que nos lleva a concluir que ya es necesario que se elabore un nuevo código que dimanase de una misma fuente para su comprensión y aplicación sistemáticas.

En la opinión del Doctor Celestino Porte Petit " El Código Penal de 1931 para el Distrito Federal, contiene principios de la Escuela Clásica y Positiva, sosteniéndose que el Código Penal de 1931, tanto atiende a la teoría de la imputabilidad (Escuela Clásica), como a la de la Defensa Social (Escuela Positiva) aunque prevaleciendo esta última." ⁷

Al decir de don Raúl Carrancá y Trujillo, este código presenta innumerables ventajas, al dar un más amplio arbitrio Judicial, perfecciona la condena condicional; la tentativa; el encubrimiento; la participación; y la reparación del daño.

El Código de 1931 tiene la característica de ser un ordenamiento pragmático, que no creó de la nada sus preceptos, sino que por el contrario, son estos producto del estudio de sus antecesores y de las bondades o defectos que ellos llegaron a representar.

En materia de tentativa y delito imposible, el Código Penal de 1931, dejó al arbitrio del Juez el calificar los grados del delito, dejando de enumerarlos, y en el decir de Carrancá y Trujillo; " Con miras al aspecto subjetivo de la acción y al valor e importancia de los motivos, señaló a la tentativa punible - estos elementos: actos de ejecución, propósito evidenciado de delinquir y no consumación por causas independientes de la voluntad del agente; causas fortuitas y que pueden estar tanto en los hombres como en las cosas y en la naturaleza." de lo cual pasa a señalar el propio autor, que en su fórmula la comisión redactora englobó los grados de delito en simplemente dos: la tentativa y el delito consumado.

El artículo 12 del Código Penal de 1931 en su fórmula original dice: " la tentativa es punible cuando se ejecutan los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Del precepto antes transcrito, Palacios Vargas opina; -- que aunque el código de 1929 y el de 1931 reducen los grados de --

delito a simplemente el consumado y la tentativa, no es la misma solución la que dan uno y otro a esta última, ya que, el primero prevé y castiga el comienzo de ejecución, mientras que el segundo sanciona desde la preparación inequívoca, y por ello dice: " Si sanciona preparación el C. de 31, no comprende la frustración y - menos el delito imposible"⁸.

Por otra parte, Carrancá y Trujillo en contraposición a lo expresado por el maestro Palacios, en relación con la fórmula antes transcrita del artículo 12 dice: "encontramos que caben las siguientes tentativas punibles; 1, la tentativa inacabada (contacto)...; 2, el delito imposible (tentativa imposible o delito intentado)...; 3, la tentativa acabada (delito frustrado)"⁹.

En virtud de que el presente estudio que hacemos del Código Penal de 1931 es simplemente de carácter histórico, dejaremos por el momento el citado ordenamiento, mismo que será analizado a profundidad en los capítulos subsecuentes de esta tesis, ya con su articulado vigente, quedando lo aquí apuntado como un antecedente histórico del mismo.

FINALIDAD Y FUNCION SOCIAL DEL DERECHO PENAL.

2.1. EL DERECHO PENAL.

El Derecho Penal forma parte del todo integral que es el Derecho, quedando colocado dentro del Derecho Público puesto que sus disposiciones tienden a mantener el orden político y social de la comunidad en que imperan. Así, Celestino Porte Petit define el Derecho Penal como; " el conjunto de normas que determinan el delito, las penas y medidas de seguridad."¹⁰ mientras que el famoso criminalista español Eugenio Cuello Calón lo define como el "conjunto de normas que determinan los delitos, las penas que el Estado impone a los delincuentes y las medidas de seguridad que el mismo establece para la prevención de la criminalidad"¹¹

Así, podemos desprender de ambas definiciones, que existe un Derecho penal preventivo y otro represivo; siendo el primero el que tiene por misión evitar la criminalidad, para lo cual se dan las medidas de seguridad; mientras que el segundo, se encargará de imponer sanciones a todos aquellos que hayan trasgredido la Norma Penal.

Por otra parte, existe a su vez un Derecho Penal subjetivo y otro objetivo; entendiéndose al Derecho penal subjetivo como el jus puniendi, o sea la facultad de castigar, de la cual es el Estado quien tiene el Monopolio de su ejercicio mismo que no es irrestricto, pues se encuentra limitado por la propia ley Penal que debe preexistir al ejercicio de la sanción ya que de lo contrario, el estado en que no se realizare de manera tal sería el paraíso de los dictadores.

En un sentido objetivo el Derecho Penal es propiamente dicho la misma Ley Penal, es decir es el conjunto de normas jurídicas que dicta el Estado estableciendo los delitos, las penas y medidas de seguridad. Es pues el límite que se impone el mismo Estado a su facultad de castigar, estableciéndose así una seguridad Jurídica para todos los gobernados a quienes se dirigen tales normas.

2.1.1. EL FIN DEL DERECHO PENAL.

El fin de todo orden normativo de derecho en general es la protección de los intereses de la persona humana, o sea de los bienes jurídicos. Pero como todo orden jurídico sería ineficaz -- fuera de una colectividad humana, es entonces que tal tutela se debe presentar considerándose al ser humano inmerso en sociedad, y los intereses de éste que se protegen tienen como límite los de los demás individuos en lo particular y los de toda la sociedad - en general siempre y cuando tanto unos como los otros sean justos.

Pero el Derecho Penal no va a protegerlos a todos, sino solamente aquellos que dada su importancia sean merecedores de tutela - mediante la amenaza y ejecución de la pena, es decir, aquellos -- que por su jerarquía y difícil reparación al verse lesionados ameritan una defensa más rigurosa.

Pero al verse lesionado algún interés de alguna persona y que tutele el Derecho Penal, de una manera mediata o inmediata, se lesiona también el interés de la sociedad, por lo que al proteger el interés personal, se está protegiendo también el de la colectividad misma que no puede permanecer tranquila viendo que se está lastimando a alguno de sus miembros, ni tampoco puede estar segura al tener albergado en su seno individuos lesivos que dañan el orden de ésta y la paz pública.

Se encuentra una fuerte identificación entre los campos del Derecho Penal y el de la Moral, mas sin embargo, estos no son iguales. Como dice el Maestro Raúl Carrancá y Trujillo se consideran estos como círculos concéntricos de los cuales es mayor el de

la Moral. Así, es el hombre un ser moral y el derecho al operar -- en función de la actividad humana no puede dejar de ser moral, -- por lo que se dice que el Derecho contiene y tutela un minimum -- ético y el Derecho Penal contiene el minimum de ese minimum ético pero no por ello se pueden identificar los campos del Derecho Penal y de la moral, pues la moral se dirige a la conciencia del -- hombre, es interna mientras que el Derecho se dirige al obrar humano de donde deriva su caracter de exterioridad.

En conclusión podemos afirmar que la finalidad del Derecho Penal es la protección de los intereses de la persona humana -- que por su valor y difícil reparación ameritan el uso de penas -- para su tutela, así como el mantener la paz pública y el orden -- social en busca del sano desarrollo de la colectividad integral.

2.1.2. LA FUNCION SOCIAL DEL DERECHO PENAL.

Desde que se tiene noticia de la existencia del hombre sobre la tierra para su supervivencia se ha visto en la imperiosa necesidad de vivir en sociedad, siendo este orden colectivo su principal medio de protección contra elementos nocivos tanto al individuo como al grupo mismo. Así, de la necesidad que surge del individuo hacia la sociedad y por ser ésta una colectividad de individuos, aparece también una multitud de intereses dentro de ella, los cuales por ser diferentes unos de otros en algunas situaciones chocan mutuamente por lo que se necesita entonces que se ajusten y coordinen las diversas funciones y actividades de cada individuo para que sea posible la convivencia evitándose los choques y solucionando los conflictos que se lleguen a presentar. Es entonces que de la necesidad de solucionar estos conflictos para mantener unida a la sociedad y en orden surge el Derecho el cual organiza a la sociedad para que pueda desarrollarse el individuo y a su vez obtenga la protección que requiere. Es así como los individuos celebran un contrato social mediante el cual entregan al Estado su libertad y éste se las regresa pero limitada a cambio de la seguridad que necesitan para su desarrollo y conservación, valiéndose de la restricción que de esa libertad que le fue entregada para mantener el orden y la vida en común.

Siendo la misión principal del Estado la de mantener el orden, la convivencia y la coordinación de actividades de las sociedad; deberá para tales efectos dictar las normas necesarias y

garantizar su efectividad y vigencia por lo cual deberá castigar a todos aquellos miembros renuentes a obedecer este orden por el peligro que los mismos representan para la seguridad tanto de los otros miembros, como para la sociedad en general.

Ante la imperante necesidad de hacer prevalecer el orden social, resulta irrefutable el que ha sido el Derecho Penal - el primero en aparecer dentro de todas las sociedades por arcaicas que éstas fueren, ya que por mucho tiempo fueron las penas el único medio eficaz conocido para dirigir la conducta del pueblo gobernado.

Al evolucionar aparecen nuevos métodos para hacer respetar el orden impuesto, pero se mantiene hasta la fecha la pena como recurso para tutelar los más altos valores imponiéndose ésta como el freno a la conducta de los hombres.

Así el Derecho Penal se traduce en una sanción para su trasgresor, protegiendo con ello a toda la sociedad del elemento nocivo y a su vez se convierte en una amenaza para todos aquellos que en algún momento pensaran en violarlo.

A mayor abundamiento podemos agregar, que el hombre como zoonpoliticon en su desarrollo social realiza una serie de actos que atendiendo al valor del acto mismo o del resultado producido se pueden calificar de valiosos o reprochables, así el Derecho Penal protege a los valiosos y castiga a quien comete los negativos por ser estos contrarios al interés y desarrollo de la sociedad. Esta protección que da a los actos valiosos la cumple cuando sanciona las acciones que les son lesivas y por ello son disvaliosas.

La función social del Derecho Penal es entonces el salvaguardar la vigencia de los actos valiosos mediante la sanción de su violación buscando así el recto obrar de todo hombre inmerso en sociedad. Pero es más importante aún el que pueda garantizar su vigencia, ya que de lo contrario de nada serviría el que reglamentara la más amplia protección de los valores humanos si no hiciere valer esta protección.

Para cumplir debidamente con su función social el Derecho Penal no puede tampoco extralimitarse en su tutela ya que si así lo hiciera dejaría de ser un medio de defensa social para trocarse en un sistema de represión social como sucedería si se diera protección penal a acciones que no representan valores fundamentales de la sociedad, sino que por el contrario se encaminan a oprimir a ésta (el caso de los gobiernos tiránicos que se valen del orden penal para obtener sus fines).

En resumen el Derecho Penal socialmente desarrolla la función de ordenador de los más ceñidos valores sociales para el sano desarrollo de la comunidad, sancionando al trasgresor de la norma para así salvaguardar a la sociedad de su mal obrar y a su vez readaptándolo para que sea un individuo productivo para ésta.

También con la amenaza que tiene patente sobre todo aquel que pretenda trasgredir el orden previene la comisión de delitos y aleja al justo de tentaciones negativas. Es importante que dada la imperiosa necesidad del orden Penal éste no se extralimite pues de ser así se caería en la tiranía desvirtuándose así la función social de la ley penal e imposibilitándole a aseguir su fin.

GRADOS DEL DELITO INTENCIONAL.

3.1. FASES DEL ITER CRIMINIS.

Desde el siglo XIII en adelante los prácticos Italianos han revelado el iter criminis como el camino que sigue el delincuente para dar vida al delito. Así, si para que exista un delito debe haber un obrar humano, y para que se de dicho obrar humano debe haber voluntad, es pues lógico que todo delito debe por ello iniciarse en la mente de quien lo comete, traduciendo después a un obrar físico encaminando éste ya los actos a la realización del hecho previamente concebido solamente en la mente de su autor.

Tradicionalmente se distinguen entonces dos fases del iter criminis: la interna o subjetiva (también conocida como psíquica) y la externa u objetiva (también conocida como física).

Dentro de la fase interna podemos distinguir tres etapas que son a saber: la ideación, la deliberación y la resolución

Mientras que dentro de la fase externa la mayoría de los autores han comprendido como primera etapa la manifestación de la idea (proposición, conspiración e inducción), y como posteriores y ya comunes a todos los delitos dolosos la preparación, ejecución, y consumación, salvo en los delitos formales e instantáneos en los cuales solo caben la fase interna y la consumación por lo que toca a la externa.

Esta clasificación que aquí citamos es aceptada por todos los autores, aunque para algunos de ellos la manifestación de la idea criminosa no es más que un periodo intermedio entre la fase interna y la externa, o bien dan diferentes denominaciones a cada una de las etapas pero substancialmente son las mismas.

Resulta importante señalar que las fases del iter criminis y todo lo demás relacionado con éste son aplicables única y exclusivamente a los delitos dolosos, ya que resultaría perfectamente ilógico hablar de una fase interna con ideación, resolución o deliberación en lo que son los delitos culposos, puesto que si el delito es culposo tiene como nota característica la no intencionalidad del sujeto activo en la comisión del delito. No así en los preterintencionales en que si existe un iter criminis.

De acuerdo con lo anterior, quien se aventura a cometer algún delito iniciará con la simple idea de cometerlo, pasando de ahí a deliberar sobre como cometerlo con sus pros y sus contras, para finalmente decidirse a realizarlo (esto concreta la fase interna). Ya determinado a realizar el delito si no se siente capaz de ejecutarlo por si mismo buscara cómplices, para continuar con la realización de todos los actos que crea necesarios para alcanzar el resultado deseado y una vez que cuente con ellos entonces pondra en práctica los actos de ejecución. Si en este punto se ve cortado el camino del delito habrá tentativa, pero si no entonces sólo queda el paso final que es la consumación teniendo se así el delito consumado. De donde se desprende que los grados básicos del delito doloso seran el delito consumado y la tentativa.

3.1.1. FASE INTERNA.

Dentro de este periodo psíquico del proceso de formación del delito intencional podemos distinguir tres fenómenos evolutivos completamente internos que son: la ideación, la deliberación y la resolución. Estas tres etapas se realizan dentro de la mente del sujeto, por lo cual en ello interviene únicamente éste y es del producto de ellas de donde surgirá la resolución criminal de cometer el delito o no.

Efectivamente, la concepción de los actos delictivos, con el deseo de realizarlos al igual que la determinación a ellas encaminadas son factores que se producen en el interior del individuo pero que carecen de toda relevancia jurídica puesto que se encuentran dentro del claustro mental del sujeto y como el Derecho es orden normativo de relación interpersonal que solamente se encarga de conservar el orden social que es un orden meramente objetivo, no se puede afectar a éste por lo que un sujeto piense o desee mientras éste no exteriorice al mundo fenomenológico con las acciones necesarias para su realización esa resolución criminal por él deseada. Así vemos que en la actualidad conserva su vigencia la antigua sentencia de Ulpiano: "cogitationis poena nemo patitur". El pensamiento es pues libre; ajeno a la acción material del hombre y por ello no corresponde al Derecho la vigilancia de éste sino a la Moral. Mientras dicho pensamiento por muy reprochable que sea no se exteriorice mediante los actos necesarios para su ejecución éste quedara relegado exclusivamente al campo de lo psicológico o de la moral. Por ello esta fase interna del iter criminis siempre será impune.

3.1.1.1. IDEACION.

Este primer fenómeno se produce al surgir en la mente del sujeto la idea de cometer el delito.

Dentro de esta fase inicial del iter criminis nace en la mente del sujeto la idea de realizar el delito ajustando ésta a su voluntad, es decir, el sujeto como medio para la realización de algún propósito encuentra en su mente el delito como medio para llegar a tal. En esta fase no ha valorado aun los pros y los contras de dicho posible obrar, simplemente (como debe haber sucedido prácticamente a casi todos los hombres) se representa la idea de satisfacer una necesidad u obtener un beneficio mediante la comisión de un acto delictivo pero sin hacer un juicio valorativo respecto a éste, es simplemente acariciar una posibilidad -- hasta este momento.

3.1.1.2. DELIBERACION.

Por deliberación se entiende dentro del iter criminis -- según Pavón Vasconcelos-- "el proceso psíquico de lucha entre la idea criminosa y aquellos factores de carácter moral o utilitario que pugna contra ella."¹²

Dentro de ésta se observa como es la propia voluntad -- del sujeto de llevar a cabo la idea criminosa la que pugna contra las bases morales que éste tenga inmersas en su conciencia, así -- como los factores utilitarios y el temor de una posible sanción, -- consideraciones que pueden llevar al sujeto a abandonar la idea -- criminosa quedando ésta como una emoción y posteriormente como un simple recuerdo sin abandonar jamás el claustro mental del individuo. Así al respecto dice Ferri: "Esta primera fase interna puede, sin embargo, quedar incompleta, cuando la idea no sea crim--

nal (porque el sujeto piensa en otra cosa y no en el delito, o -- porque perdona u olvida, por ejemplo, la amenaza, la injuria o la instigación), o porque, aunque sea delictuosa y haya pasado por -- la conciencia, se extingue la causa de la repugnancia íntima del -- sentido moral o por la perversión de los posibles resultados dañ -- sos, o se convierte en deliberación volitiva de no actuar."¹³

De las consideraciones así expuestas por Ferri podemos -- inteligir que en esta deliberación en que triunfan las ideas inh -- bitorias sobre la idea criminosa queda interrumpida la fase inter -- na del iter criminis y por ello el iter criminis mismo. Pero por -- otra parte, puede suceder que dentro de esa valoración que el su -- jeto efectúa no sobrevenga perdón, olvido, ni ninguna otra consi -- deración que hagan al sujeto cambiar de opinión respecto de la -- idea criminosa, entonces ésta se llegará a formar en ya una vo --- luntad de obrar con lo que dentro de la misma deliberación el su -- jeto una vez vencidas las primeras consideraciones valorará la -- factibilidad de llevar a cabo su idea y de los medios con que --- cuenta y los que le son necesarios para su realización.

3.1.1.3. RESOLUCION.

Después de producida la idea criminosa y de librada la -- porfía psíquica de valores dentro de la mente del sujeto siendo -- ésta favorable a la idea criminal surge entonces la resolución de -- delinquir.

Es la resolución de delinquir la última etapa por la -- que transita la psique humana dentro de la fase interna. Y es con -- esta resolución con lo que se concreta dicha fase siendo su dura -- ción breve o prolongada dependiendo del ímpetu que se tenga en la -- idea y de la calidad de la lucha entre los factores positivos y -

negativos sobre los que delibera el sujeto persistiendo en ello - la idea criminosa y resolviendo delinquir. Sobre la duración de esta fase dice Ferri: "cuando la idea delictuosa llega a transformarse en voluntad de obrar, de manera más o menos precipitada, según las circunstancias de hecho y el tipo antropológico del delincuente (pasional, habitual, instintivo, loco consciente, etc.)." 14

Así se comprende que serán variables los factores y la duración de la fase interna del iter criminis dependiendo de las circunstancias y del sujeto, pero será ésta completa cuando se llegue a la resolución de delinquir.

Como ya se dijo mientras que la idea criminal permanece en la conciencia del sujeto ésta no viola en forma alguna el orden jurídico pues como ya se dijo el pensamiento no delinque -- hasta en tanto no se traduzca en un obrar lesivo al derecho, confirmandose el principio cogitationis poenam nemo patitur. Se podría decir que se ha llegado a punir el pensamiento cuando se habla de autoría intelectual del delito, pero como podemos ver fácilmente el autor intelectual del delito ha traducido su idea criminal al mundo fáctico a través del actuar de terceras personas, es decir obrando en longa manus por lo que no se puede hablar de que se sancione el pensamiento sino que por el contrario se castiga ese actuar que efectúa por medio de otras personas, y es en este caso una resolución manifiesta de delinquir y no la simple resolución interna de delinquir que comprende la fase interna del iter criminis.

3.1.2. FASE EXTERNA.

En esta fase externa u objetiva del iter criminis, distinguimos los siguientes momentos: resolución manifiesta, preparación, ejecución y consumación.

Es característica de la fase objetiva del iter criminis la traducción de la determinación criminal al mundo fenomenológico a través de acciones físicas abandonando así el mundo meramente subjetivo de las ideas y penetrando al de las acciones.

Resulta pues de tal evolución el paso de la idea interna de delinquir a la resolución manifestada la cual puede considerarse como el primer movimiento dentro de la etapa externa del iter criminis pues aunque no constituye un acto propiamente material la simple expresión de las ideas, esta resulta ya una externalización de la voluntad criminal y por ello se puede considerar como parte de la fase externa del camino del delito. Algunos autores como el connotado jurista Español Jiménez de Asúa colocan la resolución manifiesta en un plano intermedio entre las fases interna y externa del iter criminis, opinión que no coincide con lo antes expuesto.

Es pues esta manifestación de la resolución criminal; - el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza por medio de la palabra (sea ésta en forma oral o escrita) su idea -- resuelta de cometer un delito.

Por no consistir esta expresión lesión alguna a los bienes jurídicamente tutelados, no implica la misma ninguna infracción jurídica por lo cual ésta permanece en el campo de lo impune.

No obstante lo anterior, nuestra legislación entre otras ha llegado al grado de sancionar ciertas resoluciones manifiestas elevando éstas al carácter de tipos delictivos en virtud de la importancia de los bienes jurídicos que tutelan. Estos tipos delictivos son: las amenazas; la proposición para cometer traición a la patria; la conspiración para cometer traición, espionaje, rebelión, sedición y otros desórdenes públicos; la provocación de un delito; y la inducción o instigación. Así, fuera de estos casos expresamente tipificados, ni la inducción, ni la conspiración, ni la proposición pueden ser consideradas como delictivas.

Las amenazas se encuentran reguladas como un tipo específico en el artículo 282 del Código Penal que en lo conducente dice: "Al que de cualquier modo amenace a otro con causarle un mal en su persona, en sus bienes, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algun vínculo, y

II. Al que por medio de amenazas de cualquier género trate de impedir que otro ejecute lo que tiene derecho a hacer."

Es entonces la amenaza un delito autónomo en virtud de la lesión que esta implica a los bienes jurídicamente tutelados por la ley que son en este caso la libertad y seguridad del individuo, señalando al respecto Jiménez Huerta que las amenazas constituyen una privación de la libertad psíquica del sujeto pasivo hacia quien se dirigen las amenazas, y es en virtud de dicha privación de tal libertad que hace punible esta manifestación de

la resolución delictiva.

Otro de los tipos que nuestro Código Penal señala como punible para la manifestación de la resolución a delinquir lo --- constituye la proposición para cometer el delito de traición a la patria contenido bajo la fórmula del artículo 123 fracción XI que en lo conducente dice: " Se impondrá la pena de prisión... ..al mexicano que cometa traición a la patria en alguna de las formas siguientes:

XI. Invite a individuos de otro Estado para que hagan armas contra México o invadan el territorio nacional, sea cual fuere el motivo que se tome;..."

Por proponer debemos entender la simple invitación a delinquir o cooperar a delinquir. Es decir la invitación sería de quien se ha decidido a delinquir hecha a otros individuos para obtener su ayuda en la perpetración de dicho delito propuesto.

A diferencia de la proposición, la conspiración - dice Rodríguez Devesa- no cuenta con el presupuesto de una resolución criminal, sino que son los diversos individuos quienes conjuntamente llegan a ésta. No es uno el que propone sino todos los que en grupo deliberan y así alcanzan la resolución de delinquir. En conclusión la conspiración es el acuerdo de dos o más personas -- para delinquir.

Sobre la conspiración encontramos tipificada ésta en -- nuestro Código penal a aquella que se endereza para cometer traición a la patria, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo, sabotaje todos ellos contenidos en el título primero del libro --

segundo de dicho ordenamiento, y que regula específicamente bajo el rubro de conspiración el artículo 141 que dice: "Se impondrá - pena de uno a nueve años de prisión... ..a quienes resuelvan de concierto cometer uno o varios de los delitos del presente título y acuerden los medios de llevar a cabo su determinación."

Por consiguiente la conspiración presupone además de la resolución en concierto de delinquir, como la escogitación y determinación de los medios para efectuar su resolución. Luego entonces, no basta la aceptación o aprobación del sujeto sino que es necesaria una participación activa de éste en el concierto.

Se diferencia la conspiración de la asociación delictuosa en la perenidad de la segunda, ya que ésta se dirige a la perpetración de diversos delitos, y la conspiración solamente a la de alguno o algunos de los denominados Contra la seguridad de la Nación, pero con un fin determinado por lo que no se pretende con ésta una duración indeterminada, mientras que en la asociación delictuosa se desea delinquir sistemáticamente. A más de que el bien jurídico bajo tutela en el caso de la conspiración resulta sobre manera importante para la conservación del orden social y la paz pública, razones por demás valiosas para punirla.

Otra figura de la manifestación de la idea criminal que se ha tipificado como delito específico es la provocación de un delito, la cual regula el artículo 209 de nuestro ordenamiento Punitivo. Este precepto dice: "Al que provoque publicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán de tres días a seis meses..."

Claro es que aquí la sanción surge en virtud del daño psíquico que causa aquel que exalta la realización de algun deli-

to influenciando así al resto de la sociedad y demostrando de forma tal la intención de quebrantar o hacer quebrantar el orden jurídico ya establecido. Pone entonces con su conducta manifiesta - en peligro dicho orden, creciendo o decreciendo dicho riesgo en relación directa a la personalidad, prestigio e influencia de -- aquel que provoca al delito.

El artículo 13 fracción V dice: " Son responsables del - delito:

V. Los que determinen intencionalmente a otro a cometerlo."

Este artículo 13 fracción V contiene la instigación o - inducción aunque el código no se valga de tales términos para su definición. Efectivamente, instigar o inducir son todas aquellas - conductas humanas voluntarias, realizadas por el sujeto activo, - encaminadas a afectar el ánimo de aquel a quien se dirigen para - empujar su voluntad a cometer un hecho delictuoso. Por ello instigar no constituye la simple proposición, significa convencer -- mover la voluntad ajena a realizar lo deseado por la propia de -- aquel que instiga.

Tales actos de inducción rebasan el ámbito de la reso-- lución manifiesta, pues conllevan ya un obrar consistente en im-- pulsar la voluntad ajena hacia donde se dirige la propia.

Así, es claro que por lo que toca a los aspectos de pro - posición y conspiración, estos tipos específicos solo pueden ope - rar en los casos en que en función de los otros tipos por la ley_ expresamente establecidos son posibles, es decir; para los de --- traición a la patria en ambos supuestos; y espionaje, rebelión, - motín, sedición, terrorismo y sabotaje en el caso de conspiración

pero resultaría perfectamente ilógico pretender hablar de conspiración de robo, o proposición para cometer violación, y mucho menos el intentar enderezar la acción de la justicia por tales acciones. Es en estos casos la seguridad de la Nación la que se protege y por su elevada jerarquía el que se sancione penalmente a quienes atentan contra ella por cualquiera de estas formas posibles, extendiéndose en estos casos la facultad de sancionar aun a la simple manifestación de la resolución de delinquir.

Como ha quedado apuntado, salvo estas excepciones que consideramos acertadas, la manifestación de la resolución delictiva pertenece al campo de la impunidad.

La segunda manifestación que encontramos en la fase externa del iter criminis (para algunos autores la primera y para otros tantos inexistente por indeterminable) consiste en la preparación.

La preparación, dice Carrancá, "consiste en la manifestación externa del propósito criminal por medio de actos materiales adecuados."¹⁵ Así a mayor abundamiento podemos decir que estos actos preparatorios son aquellos que realiza el sujeto previos a la ejecución que éste mismo considera necesarios para su realización y obtención del fin criminoso perseguido.

Resulta extremadamente difícil diferenciar a los actos preparatorios de los actos de ejecución, pero ello no obsta para que se considere a los primeros impunes en virtud de su carácter preponderantemente equívocos, mientras que se consideran ya punibles a los segundos por el inicio de violación a la norma que estos representan.

Con referencia a esto, Carrancá afiliándose a la teoría de la univocidad de los actos dice: "La adquisición cuando es de cosa que tiene un destino equívoco no puede ser sancionada; no así cuando su destino es unívoco (la de la escalera no lo es; pero sí la de la máquina para falsificar moneda), caso que más bien es sancionable por considerarse como un comienzo de ejecución y quedar comprendido en la tentativa."¹⁶

Por su parte Pavón Vasconcelos siguiendo los postulados de la teoría objetivista dice: "Los actos preparatorios tienden a preparar el delito y sólo subjetivamente, contemplados desde el punto de vista del autor, es posible darles tal significación; exteriormente y de común nada revelan sobre la intención delictuosa del autor." y continúa diciendo: "...objetivamente nada descubren, por su naturaleza equívoca, sobre el propósito delictuoso."¹⁷

Siguiendo los postulados de dicha doctrina Welzel confirma lo anterior: "Lo que es siempre importante es que el enjuiciamiento del principio de ejecución resulta sobre la base del plan individual del autor (teoría objetiva individual), y no desde el punto de vista de un observador hipotético que no conoce el plan delictivo (teoría objetiva general). Ya que las vías para la realización del delito son de variedad ilimitada, el principio de ejecución depende siempre del plan individual del autor."¹⁸

De las discrepancias de tan reconocidos autores podemos ver lo complejo del problema en la diferenciación de los actos preparatorios de los de ejecución, por ello trataremos estos en un inciso aparte.

Por lo que toca a los actos de ejecución, por el momento simplemente dejaremos apuntado que son aquellos que por sí mismos manifiestan la intención delictiva de su autor de una forma objetiva, ya entrañan un peligro de lesión al bien jurídicamente tutelado e inician con la realización del verbo núcleo del delito. Aunque estos criterios no sean absolutos por el momento son suficientes y serán ampliados en su oportunidad. Así entonces vemos que por tales características los actos de ejecución son prácticamente unívocos y no se requiere para su apreciación el contemplarlos desde un punto de vista subjetivo, sino que por el contrario estos resultarán inequívocos objetivamente.

Dentro de los actos de ejecución Carrancá coloca ya a la tentativa, tema que por su relevancia trataremos también por separado.

La consumación viene a poner fin a la fase externa del iter criminis y al iter criminis mismo. Con ello se agota éste.

La consumación se da cuando la lesión del bien jurídicamente protegido se produce mediante la ejecución de todos los actos que el sujeto realizó para alcanzar tal fin.

Bettioli nos dice que hay consumación "cuando en concreto se han realizado todos los elementos constitutivos y se ha verificado la lesión, efectiva o potencial del interés protegido"¹⁹.

Siguiendo el criterio expuesto por Bettioli, habría que distinguir entre consumación de hecho y consumación jurídica puesto que dicho autor separa en lesión efectiva y lesión potencial del interés protegido, pudiendo darse entonces primero una consumación jurídica y posteriormente otra de hecho o simultáneamente, pero nunca la segunda antes que la primera ya que para que

se de la consumación dice el autor en cuestión, que el hecho realizado por el autor, debe llenar todos los requisitos señalados por la tipicidad en abstracto, lo que implica la posibilidad de que se de con posterioridad la consumación de facto a la jurídica pero nunca a la inversa.

En este orden de ideas resultaría válida entonces la distinción que hace Jiménez de Asúa respecto de un momento posterior a la consumación en el iter criminis, que sería el delito agotado, es decir, agotarlo es lograr el propósito final perseguido por el sujeto activo, no finalizar con la violación jurídica. Es decir, si se robó, hay consumación cuando el sujeto activo ingresa lo robado bajo su esfera de protección y hay agotamiento -- cuando éste gasta el dinero producto de la venta de lo robado.

Hay que señalar que tal agotamiento carece de interés para el derecho Penal por lo que resulta mucho más lógico el dar por concluido el iter criminis en la consumación como de hecho lo haremos.

3.1.2.1. ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS DE EJECUCION.

Como ya se dijo con anterioridad, resulta en extremo -- complicado diferenciar los actos preparatorios de los actos de ejecución, por lo cual haremos el estudio de ambos en conjunto -- repasando las diversas teorías diferenciadoras que al respecto se han formulado.

Así, en estas teoría encontramos dos grandes posturas, las que consideran el punto de distinción desde un punto de vista objetivo y los que lo consideran desde otro subjetivo.

A) TEORIAS OBJETIVISTAS.

Inicialmente son los Italianos del medioevo quienes presentan las primeras teorías diferenciadoras de los actos preparatorios de los actos de ejecución, fundamentados en un criterio meramente cronológico, considerando a los que se realizan con mayor proximidad a la consumación como los ejecutivos y los más remotos o alejados de estos como los de preparación. Hoy por hoy -- este criterio ha sido abandonado en virtud de su imprecisión, ya que los actos preparatorios en varios casos pueden estar inmediatamente ligados con la ejecución por lo cual este criterio no resulta verdaderamente diferenciador, mas tiene el valor de dar inicio a los estudios sobre el tema.

Después surge la teoría de la univocidad e idoneidad, formulada por Carrara en la cual el celebre Jurisconsulto Italiano nos dice hablando de cuando son punibles los actos de tentativa mismos que por ende resultan ser los actos de ejecución: "comienza cuando los actos antijurídicos adquieren univocidad hacia el delito... cuando adquieren univocidad (esto es, están indudablemente dirigidos al delito) asumen el carácter de actos de ejecución."²⁰ Así, con fundamento en dicha univocidad de los actos el citado autor señala como actos preparatorios a todos aquellos que bien por encontrarse dentro del claustro mental del sujeto, o por su equivocidad en relación con el delito proyectado no revelan -- al mundo fáctico las ideas criminosas materialmente realizables -- del sujeto. Entonces bien, si un acto que puede ser útil para la ejecución del delito puede también serlo para la de un fin lícito no se puede decir que tal revele la intención criminoso del sujeto por ser este equívoco, luego entonces no es acto de ejecución.

sino simplemente preparatorio y por ello estos no pueden ser punibles puesto que aun cuando se demuestre su querer criminal a través de ellos no han presentado un comienzo de ejecución.

Por otra parte la univocidad de los actos para Carrara implica el que estos sean idóneos para la realización del delito, ya que de no ser así no existe en ellos la univocidad por él descrita.

Mediante esta teoría de la univocidad, Carrara pretendió descubrir con el acto la intención del sujeto, pero omitiendo considerar las demás circunstancias que intervienen en el hecho. Resulta pues errónea esta teoría del celebre Italiano, pues es como tratar de conocer el pensamiento del sujeto a través de la acción lo cual resulta absurdo pues aun cuando la acción sea unívocamente criminal, ello no es demostración absoluta del pensamiento del sujeto pudiendo este estar fundado en causas diversas a las manifestadas con el acto como podría ser un estado mental enajenado -- el cual origina la inimputabilidad.

Con dicha teoría incurre pues en dos errores; primero, no preocupa al derecho penal simplemente el hecho per se, sino la conducta que es fruto de la voluntad capaz y el acto que la realiza. Y segundo, No sólo la afectación que realiza la conducta en el mundo físico sino también la intención. Así en estricta aplicación de esta teoría sería punible el acto preparatorio que resulta inequívoco, lo cual es un error grave pues como se ha dicho se ha aceptado como regla general y aun por el mismo Carrara el que estos no son punibles.

Posteriormente el mismo Carrara varió radicalmente su anterior doctrina para crear la que se conoce como del ataque a la esfera jurídica de la víctima, separando para su elaboración en actos preparatorios, actos ejecutivos y actos de consumación, por una parte y por otra separa a los sujetos en pasivos de la consumación y del atentado; y sujetos activos primario y secundario.

En este orden de ideas son para Carrara actos de consumación aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo de ésta, entendiéndose por tal a aquellas personas o cosas sobre las cuales debe desarrollarse la acción definitiva de la violación del derecho es decir, sobre aquellas cuya esfera jurídica se ve lesionada. -- Serán actos de ejecución aquellos que recaen sobre el sujeto pasivo del atentado siendo éste todo aquel al que se intenta lesionar jurídicamente hablando, es decir aquel que ve su esfera de derechos puesta en peligro por el acto. Y finalmente son actos preparatorios aquellos que caen sobre los sujetos activos del delito en preparación, siendo el sujeto activo primario aquél quien realiza la acción delictuosa, mientras que es el secundario todos aquellos instrumentos utilizados para llegar al fin perseguido.

Así quedan separados los actos preparatorios de los actos de ejecución por quedar los primeros contenidos siempre dentro de la esfera jurídica del sujeto activo, mientras que los segundos encuentran ya trascendencia y se desenvuelven en la esfera jurídica del sujeto pasivo.

La crítica que se hace a esta teoría consiste principalmente en la dificultad que resulta de determinar las respectivas esferas tanto de la víctima como del sujeto activo en los delitos

que tengan objeto material, mas resulta inservible en aquellos delitos en que falta del todo ese objeto.

Afiliandose a la doctrina anterior encontramos expresada ésta en una forma más simple en el pensamiento de Florian que nos dice: "Son actos de ejecución los que se realizan sobre la persona o la cosa, en la cual debe agotarse la consumación de un hecho punible o como medio para llegar a él, sobre otra persona o cosa."

En la teoría del comienzo de ejecución, Beling reduce el problema ~~int~~relacionando la actividad manifiesta con aquella expresada por el verbo núcleo del tipo. De agotarse el verbo núcleo del tipo con la acción manifiesta se estará ante el delito consumado, pero como todo núcleo tiene una periferia, quien se encuentra dentro de ésta, es decir quien comienza a realizar el verbo núcleo del tipo, comienza a realizar la acción típica presentandose entonces el comienzo de ejecución el cual además deberá ser antijurídico y culpable. Este comienzo de ejecución marca pues la línea divisoria entre los actos preparatorios y los de ejecución.

Pero este criterio era insuficiente, en virtud de que existen actos de ejecución en los que no se da la actividad por parte del sujeto, sino que éste prepara todo de tal manera que terceras personas culpables o inocentes se encargen de la ejecución o que sea la propia víctima quien realice ésta. Por ejemplo; El sujeto activo prepara el veneno en una solución la cual deja servida en una licorera para que sea el propio sujeto pasivo ---- quien al querer una copa se propine el veneno. Así Beling adicio-

nó su propia teoría con la de los complementos de la acción con miras a solucionar lo antes expuesto de la preparación sin ejecución por el propio agente, pero que dicha preparación por si ya es reveladora de la intención criminal y resulta peligrosa.

Dice entonces Beling que la conducta en ciertos casos requiere de complementos los cuales se vinculan a ella para formar un todo integral. El problema resulta aquí en determinar cuando dichas acciones pasan a ser ejecutivas y cuando no abandonan éstas el campo de la impunidad por ser meramente preparatorias. Por otra parte también es problemática en el caso de los delitos de comisión por omisión.

Afilianse a esta teoría Hippel y Jiménez de Asúa, manifestándose este último de la siguiente manera: "Cuando se penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, advirtiendo la necesidad de recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exige."²¹

De igual filiación es Manzini, aunque para él hay acto de ejecución cuando con éste se concreta total o parcialmente un elemento material constitutivo del delito, iniciando la violación del precepto principal, pero para Manzini el punto inicial del delito lo constituye la intención añadiendo con ello un elemento más subjetivista a su doctrina.

Resulta pues en todas las posturas aquí expuestas de esta teoría difícil de determinar la ejecutividad del acto, y por otra parte se encierra en un círculo vicioso al decir de Maggiore pues inicia el acto ejecutivo cuando comienza la violación de la

norma y la violación de la norma comienza cuando se inicia el acto ejecutivo.

Birkmeyer pretende solucionar el problema mediante la distinción de causa y condición, en la que serán actos preparatorios los que sean tan sólo una condición del resultado previsto por la ley, y actos de ejecución aquellos que resulten como causas de dicho resultado. Esta teoría resulta equívoca ya que contradice a la propia causalidad pues en la producción del resultado todos los actos son causa de éste sin que existan propiamente condiciones, así entonces se dice que, la causa de la causa es -- causa de lo causado. Por otra parte también le es criticado el hecho de que sin resultado que se vincule a la causa no hay nexo de causalidad siendo ineficaz para comprender entonces los actos preparatorios o ejecutivos dentro del delito tentado.

Para Welzel la nota característica distintiva para los actos de ejecución debe ser resuelta desde el punto de vista del plan del sujeto en cada caso en particular, ya que si se aprecia desde el de un supuesto observador que no conoce el plan delictivo (Teoría objetiva general) se cae en el error por la diversidad de vías que tiene el sujeto para realizar el delito (Teoría objetiva individual).

B) TEORIAS SUBJETIVAS.

Siendo las teorías objetivistas de marcado corte de la escuela clásica del derecho penal, las subjetivistas son, por el contrario respaldadas por autores de la escuela positiva del derecho penal.

Para los subjetivistas carece de importancia el acto, a ellos lo que les interesa y tienen como piedra angular de su doc-

trina la peligrosidad criminal del sujeto manifiesta a través de su conducta, o sin atender al estado peligroso ven en el hecho la puesta en peligro que tal representa.

Aquí viene a tener plena validez la teoría de la univocidad de Carrara precisamente por la peligrosidad manifiesta en dichos actos.

Comenzando con Ferri quien se encuentra adherido con la teoría del estado peligroso, misma que defiende ferreamente, respecto de los actos preparatorios y los de ejecución señala que no existe trascendencia alguna en continuar con la afanosa búsqueda de la nota separadora entre unos y otros ya que todos los actos en cualquier grado o forma de realización externa del pensamiento delictuoso son punibles por ser la ejecución de un propósito criminal. Son pues dichos actos una expresión sintomática de la personalidad del delincuente, y también con los actos preparatorios hay realización del propósito criminal y por ello del delito iniciado.

Todo aquello que sigue de la fase interna del iter criminis es siempre ejecución. Y dice el propio Ferri: "Los actos preparatorios contienen en sí este principio de ejecución, aunque lejano de la meta, en cuanto -yesto conviene que no olvidemos- son la exteriorización realizadora de un propósito delictivo."

Para Von Buri la característica para que las acciones se consideren conteniendo un principio de ejecución y por ello sean punibles radica en la representación que el sujeto hace de estas mismas en tanto a si constituyen un principio de ejecución o no, excluyendo de toda relevancia al acto mismo en su expresión física y reduciéndolo exclusivamente a la representación del suje

to. El fracaso del acto en la tentativa es substancial a ella, -- por lo tanto un punto de vista subjetivo en el que se considere -- la representación del agente es el único lógico en contraposición con los objetivos, y por ello resulta innecesario distinguir entre actos preparatorios y de ejecución fuera de la propia representación que de ellos haga el sujeto.

Remata estas ideas manifestando que resulta intrascendente la idoneidad de los actos, ya que toda tentativa es inidónea -- al no darse el resultado. El fundamento total de su teoría radica en la voluntad de delinquir y no en el peligro objetivo al -- cual le niega toda importancia.

Criticando las ideas anteriores de Von Buri podemos decir que, de acuerdo con ellas serían punibles tanto el delito imposible como el putativo, ya que para el sujeto que atente a cometer cualquiera de ellos resultaría culpable por cuanto a la representación que él hace de los mismos. Así en el delito imposible por falta de medios idóneos, para su autor estos fueron idóneos y por ende en la representación que el mismo hace de estos -- ya existe comienzo de ejecución. Por lo que se refiere al delito imposible por falta de objeto jurídicamente tutelado, también hay ejecución en la mente del autor de la conducta, solo que aquí sí es posible que sean actos ejecutivos los que ha realizado pero -- que carecen de valor por no poder realizar la lesión en un objeto que simplemente no es lesionable, pero que visto del punto de vista subjetivo si es punible por expresar la voluntad de delinquir. Sobre el delito putativo, serán las acciones lícitas, pero la representación que de ellas hace el sujeto las convierten en actos_

ejecutivos, y por sancionarse la voluntad de delinquir se podría pretender llegar al absurdo de hacer éstas también punibles.

Una nueva puerta diferenciadora se nos abre con la moderna dogmática jurídica alemana que se separa de la rígida concepción subjetiva para darse una fundamentación con apoyo de las doctrinas objetivistas, y así viendo a Mezger encontramos un fundamento punitivo para la tentativa en la resolución del autor para cometer un delito, pero considerando necesario distinguir entre actos preparatorios y actos de ejecución, para lo cual acude al objetivismo deduciendo la diferenciación entre unos y otros de los tipos legales y del bien jurídicamente protegido. Dice Mezger : "En efecto, para declarar la antijuricidad de una conducta humana, el legislador dispone de dos posibilidades. Puede referir la norma exclusivamente al suceso externo y prohibir una conducta causal con respecto a un resultado o bien basarse en la voluntad del autor y sancionar con pena una conducta dirigida al resultado. Existen, por lo tanto, para expresar la actividad, palabras causales y finalistas, que desempeñan un papel en la estructuración de los tipos. La delimitación entre consideración causal y finalista de la acción depende siempre del tipo concreto. A veces, la tendencia "subjetiva" puede ser dudosa; así, por ejemplo, el hecho de perseguir a un animal apto para cazar puede ser interpretado y entendido como una tendencia objetiva de la acción y como una finalidad subjetiva del autor."²²

Podemos agregar que la postura adoptada por Mezger a este respecto resulta muy conveniente, en tanto que, se da la relevancia que merece al aspecto subjetivo del delito tentado, pero

a la vez no pierde de vista la relevancia del hecho y por ello -- considera que hay que diferenciar entre los actos preparatorios -- de los de ejecución atendiendo a la norma y apreciando el caso -- concreto.

Vista la gran variedad de teorías diferenciadoras de -- los actos preparatorios y de los de ejecución, la diversidad de -- opiniones, y al mismo tiempo la relevancia de adoptar un criterio para ello pues de esto depende la punibilidad de las acciones que así lo ameriten, hay que señalar que esto sólo cobra interés en -- tanto se refiere a tentativas, ya que existiendo consumación ca-- rece de toda relevancia pues entonces se tiene un daño como fun-- damento de la acción penal.

3.1.2.2. CONSUMACION.

Hay consumación cuando, agotándose las conductas, o pro-- duciéndose el resultado, se presenta la lesión al bien jurídica-- mente protegido. O dicho de otra forma, está se ca cuando, se ha realizado todos los elementos del tipo objetivo.

Es preciso hacer referencia a lo que Jiménez de Asúa de-- nomina agotamiento. Se presenta éste cuando el sujeto activo del -- delito logra el propósito final que con la ejecución del mismo -- perseguía. En diversidad de tipos delictivos el agotamiento se va a presentar junto con la lesión jurídica, como en el caso del ho-- micidio. Sin embargo, en otros tantos se presenta primero la le-- sión jurídica y después puede darse o no el que el sujeto activo -- del delito logre realizar el fin por él propuesto, por ejemplo: -- aquel que pretende copular con una mujer sin su consentimiento -- por medio de la violencia física o moral, habrá consumado el de--

lito de violación en el preciso momento en que el miembro viril - penetre en el cuerpo del sujeto pasivo, mas no habrá conseguido - el agotamiento hasta en tanto no haya realizado en su víctima el_ acto sexual completo.

No existe una regla genérica entonces que determine --- cuando los delitos han sido consumados, siendo entonces el propio tipo delictivo específico el cual nos va a diferenciar la consuma_ ción en el caso particular, pues el momento de la consumación se da cuando el tipo legal se concreta en el mundo fáctico mediante_ las acciones del sujeto.

La importancia de la distinción sobre la consumación -- resulta de ser el principal elemento diferenciador entre tentati- va y delito consumado, es decir, va a señalar el grado del delito intencional.

Por lo que hace a las consideraciones antes hechas sobre la distinción entre el agotamiento y la consumación, son éstas de carácter meramente doctrinal, ya que es la consumación la nota -- importante para el derecho Penal, no siendo de trascendencia jurí- dica el agotamiento ya que éste carece de ordinario de trascen- --- dencia *punitiva*, salvo cuando esos actos constituyen por sí algún delito autónomo.

3.2. LA TENTATIVA.

La tentativa consiste en la ejecución incompleta de un delito intencional.

El Código Penal vigente, en su artículo 12 señala en -- que casos la tentativa va a ser punible, pero no da un concepto -- de ésta. "artículo 12.- Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si -- aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

Así, el primer criterio diferenciador de las tentativas que existen lo da el propio Código, separando entre tentativa punible y la no punible, ya que de la lectura del precepto podemos comprender que si "Existe tentativa punible..." luego a contrario sensu existe también la tentativa no punible.

Inicialmente se creó una teoría tripartita que separaba en; delito frustrado, delito consumado y tentativa. Dicho criterio nace de la ejecución, la cual se dice; puede ser subjetivamente completa y objetivamente incompleta (delito frustrado), o bien puede ser subjetiva y objetivamente completa (delito consumado), o finalmente puede ser subjetiva y objetivamente incompleta (tentativa).

Siguiendo este criterio tripartita, Carrara distingue -- al delito consumado como perfecto, y la tentativa o el delito --- frustrado como delito imperfecto al decir que es tal cuando imperfecta ha quedado la acción al interrumpir los actos que debieran producirse o bien al ser estos insuficientes o bien al ser estos perfectos al igual que la acción el efecto ha sido impedido por -- algo impervisto. Pero siempre son necesarios los actos de ejecu-

ción tanto en la tentativa como en la frustración, quedando estos incompletos en la primera y completos en la segunda aunque en ninguno de los dos casos se presente el resultado.

Hoy día se ha abandonado el criterio tripartita de delito consumado, delito frustrado y tentativa, para adoptar uno netamente bipartita en el cual se distinguen únicamente entre delito consumado y tentativa partiendo esta última en tentativa acabada y tentativa inacabada. Debemos entender, como acertadamente afirma Mezger, que la tentativa acabada no se considera así en atención al resultado ya que sería entonces delito consumado, sino en virtud de la actividad realizada. Así, será tentativa inacabada aquella en la cual los actos requeridos para la consumación del delito no han sido realizados en su totalidad por el sujeto a diferencia de la que es acabada en que éste sí ha realizado la conducta ejecutiva en plenitud, sin que en ambas el resultado se llegue a producir.

Como se ha podido apreciar, toda definición que se pueda dar de la tentativa siempre será en función del delito consumado, por lo cual Carrara designó a la tentativa como un delito imperfecto o secundario, pues faltando la consumación ésta sólo puede existir en virtud de un tipo legal determinado al cual se relaciona, siendo impropio por ello el decir delito de tentativa, pero no así tentativa de delito.

Mezger consideró a la tentativa como una causa extensiva de la pena, estableciendo ésta una tipicidad especial que tiene alcances más allá del delito consumado, pero para ello ésta deberá encontrarse expresamente contenida dentro de los códigos.

Jiménez Huerta aprecia a la tentativa como un amplificador del tipo principal, considerándola como un accesorio de éste pues sólo entra en función cuando se relaciona con el tipo específico. Así, es la tentativa el fundamento de punibilidad de una serie de acciones que en virtud de su atipicidad quedarían impunes. Aunque en parte es acertada la apreciación de Jiménez Huerta incurre en el error de negar la autonomía de la tentativa en virtud de la norma específica que la origina, y aunque dependa en principio del tipo específico ésta adquiere su propia autonomía ya que de lo contrario sería cierto aquello de que ésta es delito imperfecto. Por otra parte la tentativa adquiere su individualidad y se convierte en delito perfecto al llenar todos los requisitos que la norma penal prevé para que ésta exista por lo cual no es un simple medio para punir lo atípico.

En este orden de ideas, si se considera a la tentativa en relación con el delito consumado, se tendrá a ésta por delito imperfecto y subordinado, pero realizando esta consideración en sí misma, se verá entonces un delito perfecto pues es una figura con sus propios caracteres y punibilidad.

En efecto, con una concepción netamente jurídica, la tentativa resulta ser un delito perfecto en tanto la conducta realizada satisfaga los extremos del artículo 12 del Código sustantivo, violando con ello dicha norma la cual sanciona dichos actos substituyendo el resultado por una puesta en peligro, aunque para considerar tanto ésta como la punibilidad se recurre al tipo específico sin que ello le reste autonomía a la tentativa y a su propia punibilidad la cual si bien es también autónoma, recurre al tipo específico para su individualización.

Una vez señalado lo anterior, ahora procederemos a especificar cuales son los tipos de tentativa punible y cuales los no punibles, considerandose dentro de la primera a la tentativa acabada y la no acabada pero que por causa ajena a la voluntad del agente no se produjo el resultado, y dentro de las segundas - encontramos el arrepentimiento y el desistimiento en las cuales - es la voluntad del agente la que no permite que se llegue a producir el resultado.

3.2.1. LAS TENTATIVAS PUNIBLES.

Estas como ya ha quedado apuntado pueden ser acabada; - en la que se realizan todos los actos que deberían producir el resultado u omitiendo aquella que debía impedirlo, pero que éste no llega a producirse por causas ajenas a la voluntad del agente. y la inacabada; en la que no llega el agente a ejecutar todos los - actos que debieran producir el resultado por factores diversos a su propia voluntad.

A) TENTATIVA PUNIBLE ACABADA.

Es el caso en que la ejecución es subjetivamente completa y objetivamente incompleta, por causas ajenas a la voluntad del agente.

Esta tentativa punible acabada fue denominada por el -- criterio tripartita como delito frustrado, al igual que lo hizo el código Martínez de Castro.

Resulta vital para el correcto estudio del tema de esta tesis diferenciar correctamente entre la tentativa punible acabada y la de delito imposible, ya que en ambas se realiza por el agente todo cuanto a él corresponde para que se produzca el resultado sin que éste se produzca, sólo que en el caso de la tentati-

va de delito imposible, ésta desde su inicio se encuentra conde--
nada al fracaso por llevar ya consigo los elementos del fracaso, y por ello es sujeto de estudio aparte y de diferente tratamien--
to tanto por la doctrina como por las diferentes legislaciones. En clara contraposición con ésta encontramos mientras a la tentativa acabada punible, la cual tiene todos los elementos suficientes pa--
ra llegar a producir el resultado, mas éste no se da por ser impe--
dido por causas externas y contrarias a la acción. Así, habrá ten--
tativa punible acabada, cuando el sujeto prepare el veneno y lo --
suministre a la víctima, pero antes de que se produzca el resulta--
do aparece algún tercero que suministra el antiveneno a la vícti--
ma evitando así que se produzca la muerte de ésta. O el caso de --
quien dispara sobre la víctima, pero el disparo pega sobre una --
cigarrera de metal la cual desvía el disparo evitando que se pro--
duzca el resultado.

Este caso de la tentativa acabada punible, puede tam--
bién presentarse en los delitos de comisión por omisión, como lo --
sería en el supuesto del sujeto que tiene la obligación de hacer --
todos los días el cambio de vías a las cinco de la tarde, y un --
día como venganza contra la empresa en que presta sus servicios --
decide no hacer el cambio a las cinco de la tarde como es costum--
bre y sabe que el tren de las cinco y cinco viene puntual, pero --
el sujeto ha decidido no efectuar dicho cambio. Hasta este momen--
to la omisión de la conducta que debe evitar diversas muertes así
como un daño en propiedad ajena ha dejado de realizarse por quien
debía hacerlo, y el resultado deseado por el agente se producirá --
si algo no lo evita, de pronto el jefe de estación se da cuenta --
que el citado cambio de vías no se ha efectuado y lo realiza el --

mismo o bien da aviso al tren que se detenga evitando que el resultado se produzca. Aquí el sujeto omitió una conducta que debió haber realizado, pero que voluntariamente no efectuó deseando que se produjera un resultado mismo que no se presentó gracias a la intervención de otros factores ajenos a su voluntad siendo en este caso completos los requisitos de la tentativa punible y contrándose ésta acabada.

B) TENTATIVA PUNIBLE INACABADA.

En esta encontramos propiamente lo que es la tentativa, en la teoría tripartita y que el código Martínez de Castro denomina conato. Esta tentativa es aquella que se encuentra tanto subjetiva como objetivamente incompleta por causas ajenas a la voluntad del agente. En efecto, éste comienza a realizar los actos de ejecución que son necesarios para la realización del delito, pero por causas ajenas a su voluntad no termina de ejecutarlos, ya sea porque alguien le sorprendió, o porque la víctima hizo algo en su defensa o bien por algún fortuito que evitó que alcanzara el sujeto la realización de la conducta última que debía producir la consumación.

Queda comprendida dentro de la tentativa punible inacabada aquella en que el agente detiene su obrar de una manera aparentemente voluntaria, pero que en realidad es producida por algún factor exógeno, como sería en el supuesto de quien está robando, y al escuchar que llega la policía decide dejar inconsumado su delito pero porque tiene el temor de ser detenido con el producto del robo. Sobre el mismo supuesto se discute si debe ser punible en el caso de que el sujeto crea que ha sido sorprendido pero en realidad no ha sucedido tal cosa. Nosotros somos de la o-

pinión de que debe ser punible tal situación, ya que el desistimiento para ser efectivo debe ser voluntario, y en el caso de la sorpresa imaginaria la voluntad se encuentra fundamentada en base diversa pues el sujeto ya se siente sorprendido y por ello no es su voluntad sino esta supuesta sorpresa la que lo hace dejar de obrar como lo había venido haciendo, y dicha sorpresa aunque imaginaria es algo externo por lo que no se puede considerar como propio quedando así bajo el imperio de la punibilidad.

3.2.2. LAS TENTATIVAS NO PUNIBLES.

El propio artículo 12 del Código Penal en su parágrafo tercero señala los casos en que la tentativa no es punible indicando como tales aquellos en que el resultado no se presenta por impedirlo el propio agente, lo que expresa con la fórmula siguiente: "Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere,..."

Así vemos que el código mismo da la denominación de desistimiento a la tentativa inacabada no punible, y posteriormente indica que tampoco se penará si el propio agente impide la consumación, caso en el que se está haciendo mención de la tentativa inacabada no punible a la que nosotros llamaremos como lo hace la doctrina arrepentimiento.

3.2.2.1. EL DESISTIMIENTO.

Desistimiento viene del latín *desistere* que quiere decir: abdicar, cesar de, abstenerse. Así en un sentido técnico podemos decir que el desistimiento consiste en la omisión voluntaria y definitiva de continuar la realización de los actos tendientes a la consumación. Es decir, es la interrupción de los actos -

ejecutivos ya iniciados de manera libre y voluntaria por el propio sujeto pasivo de la tentativa con la intención de abandonar el fin criminal que se había resuelto a ejecutar.

Es tentativa inacabada, ya que el desistimiento presupone que los actos no se hayan terminado de realizar, por eso hablamos de interrupción de los mismos que se están ejecutando y no de realizar otra conducta encaminada a evitar el resultado. Así el desistimiento implica una conducta negativa del sujeto, es decir, un no hacer, dejar de hacer para que de esa forma no se presente el resultado. También implica al hablarse de interrupción el que los actos se encuentren ya en ejecución, pues de manera opuesta no se habría ingresado dentro de la ejecución en el iter_ criminis y por ende no se estaría dentro del ámbito de la punibilidad.

Para que opere el desistimiento es necesario también el que haya voluntad de abandonar la ejecución de los actos futuros encaminados a la producción del resultado. Dice Pavón Vasconcelos citando la fórmula de Frank: "El desistimiento es voluntario, --- cuando el autor se dice: "yo no quiero, a pesar de que puedo"; es involuntario, cuando por el contrario el autor se dice: "yo no -- puedo, aunque quisiera"²³. Por corresponder la voluntad al ámbito_ meramente subjetivo, resulta complicado determinar como fue que - el sujeto llegó al desistimiento, es decir si fue por su voluntad o no. Para tales efectos, resulta adecuada la proposición que al_ respecto hace Soler, en sentido de que, se debe observar en el -- caso concreto si el sujeto contaba con todos los medios para al_ canzar el resultado, y de ser así pero éste no los utilizó por --

propia voluntad, sin que nada se lo impidiera habrá desistimiento pero si por el contrario dichos medios eran inadecuados o insuficientes, o existía algo que le impidiera usar los adecuados para alcanzar su objetivo, entonces se puede considerar que no hay propiamente un desistimiento aunque se pudiera estar en presencia de una figura diferente como sería el delito imposible.

El desistimiento consiste pues, en una causa de atipicidad del tipo delictivo de tentativa contenido en el artículo 12 de nuestra ley penal sustantiva y que el propio precepto consagra atipicidad que origina la impunidad de los actos de ejecución realizados y que se vieron comprendidos en dicho desistimiento, dando origen a una excepción al principio de que los actos de ejecución son punibles.

Implica pues el desistimiento los siguientes elementos: primero una tentativa, es decir una resolución criminal que se ha comenzado a ejecutar; una voluntad posterior libre y espontánea de abandonar los actos en ejecución incompletos y también la idea criminosa; y finalmente que por ello no se produzca el resultado.

En el caso de que sean diversidad de sujetos los activos, el desistimiento como causa de impunidad actúa únicamente para aquel que desistió evitándose así que se produjera el resultado, o anulado con su obrar la participación que tuvo en caso de llegar a darse el resultado.

Así, tanto el desistimiento como el arrepentimiento encuentran el fundamento de su impunidad en razones de política criminal. En este sentido afirma Liszt: " Puede la legislación, por razones de política criminal, constituir un puente de oro para la retirada del agente que ya es acreedor a pena."

3.2.2.2. EL ARREPENTIMIENTO.

El arrepentimiento es lo que en otros términos se denominaría la tentativa acabada no punible, (recordamos que por acabada no nos referimos al resultado, sino a la realización de todos los actos que el agente debía realizar para llegar a tal fin) en virtud de la actividad desplegada por el propio sujeto activo, para evitar que el resultado se produzca. Es decir, es la actividad desplegada por el propio agente, de manera voluntaria libre y espontánea, para impedir la consumación, una vez realizado el proceso ejecutivo encaminado a producir el resultado.

La realización de todos los actos de ejecución constituye el presupuesto del arrepentimiento, presupuesto que va a marcar la nota diferenciadora del desistimiento. Aunado a esos se encuentra el obrar positivo del sujeto, es decir, implica un hacer, no puede presentarse con una actitud pasiva como sería el no impedir por ejemplo, que un doctor auxilie a la víctima. Debe ser el propio sujeto el que impida que se consuma el delito.

Relevante es, el hecho de que la voluntad de impedir el resultado por parte del sujeto debe ser libre y espontánea, es decir, se debe presentar con antelación a que el sujeto haya sido descubierto, pues de no ser así perdería su eficacia el arrepentimiento ya que se considera que la causa de éste se encuentra ya fuera del agente y por ello habría tipicidad con el artículo 12 del código existiendo ya la tentativa punible.

Es pues el arrepentimiento otra causa de atipicidad que el mismo artículo 12 consigna en su párrafo tercero, la cual funda la impunidad del mismo.

Son, entonces elementos del arrepentimiento los siguientes: Primero la voluntad criminosa de ejecutar un delito; la ejecución de todos los actos que debían consumarlo; la voluntad posterior libre y espontánea de evitar que se produzca el resultado; y la actividad suficiente para impedir que se presente el resultado, logrando con ella que efectivamente éste no se llegue a dar.

Hay que agregar la distinción del arrepentimiento post-factum, que es aquel que no impide la consumación ya que se presenta una vez producido el delito, pero si atenúa el daño causado.

Finalmente, conviene recordar que para los positivistas ni el desistimiento ni el arrepentimiento resultan fundamento para la impunidad de la tentativa si a través de la conducta manifiesta el sujeto cierta peligrosidad, teniéndoles también sin cuidado el si es inimputable o no podrá con este criterio imponerse les pena o medidas de seguridad según lo determine el juez.

EL DELITO IMPOSIBLE.

4.1. FORMAS EN QUE SE PRESENTA EL DELITO IMPOSIBLE.

Llamamos delito imposible a aquel que, en el acto de tentativa, carece de su naturaleza idónea para alcanzar la consumación del delito. Es decir, existe la imposibilidad para el autor de concluir, de traducir a la realidad el fin por él deseado cuando adoptó la resolución de cometer el ilícito, por faltar en la conducta por el desplegada o en las circunstancias, la idoneidad que es algo fundamental para que se de el delito.

Se reconocen como formas del delito imposible, la falta de idoneidad en los medios empleados y la inidoneidad en el objeto jurídicamente protegido.

Hay que diferenciar entre el delito imposible y el delito putativo, siendo la característica principal en éste último la atipicidad, es decir, en el delito putativo el sujeto realiza determinados actos que él considera delictivos, pero que en realidad no lo son. Objetivamente la conducta que realiza el sujeto se encuentra encaminada a un fin que es lícito pero que el propio agente considera como delictivo, careciendo por ello de relevancia para el derecho Penal. Así, por ejemplo, quien vende licor de manera misteriosa, realizando todas sus operaciones en bodegas vacías porque piensa que está prohibido el vender este tipo de bebidas cuando en realidad no lo está, no está cometiendo delito alguno, aunque en su conciencia él se encuentra cargado de todo tipo de culpas y teme que pueda ser por sus actos sujeto de responsabilidad penal.

Por el contrario, dentro del delito imposible, la acción que el sujeto piensa realizar es del todo constitutiva de

delito, pero es en su ejecución cuando ésta va a presentar vicios que harán del todo imposible que se llegue al fin deseado por el sujeto, de forma tal que no resulta encuadrable dentro de la tentativa.

Ahora bien, sobre el delito imposible, debemos aclarar que siendo aceptado por la mayoría de los tratadistas el criterio de la idoneidad tanto del objeto como de los medios para considerar a la tentativa como punible, es entonces el delito imposible una figura que se encuentra dentro del ámbito de la impunidad, en virtud de carecer éste de medios idoneos para la realización del delito, como por la falta del objeto jurídicamente protegido (inidoneidad del objeto) en su otra figura.

Si seguimos un criterio meramente objetivo, encontraremos que el delito imposible no presenta importancia alguna para el derecho penal, ya que no existe daño ni peligro que sancionar. Si por el contrario seguimos un criterio subjetivista, bastará para tener al delito imposible como sujeto de punibilidad por la simple exteriorización del pensamiento criminoso de su autor. Así, para poder realizar la justa apreciación de esta figura debemos adoptar una postura crítica sin adoptar poses radicales como el objetivismo o subjetivismo, sino tomando para ello un criterio ecléctico para así justificar el tema.

4.1.1. INIDONEIDAD EN LOS MEDIOS EMPLEADOS.

Como ha quedado dicho en el capítulo retropróximo del presente trabajo, resulta determinante para definir la punibilidad en la tentativa la diferenciación entre actos preparatorios y actos de ejecución, siendo solamente punibles estos últimos, y --

aceptandose por regla general que los preparatorios al igual que los actos de exteriorización como el pensamiento criminoso no son sujetos del derecho penal salvo en los casos en que expresamente la ley sancione las manifestaciones criminales no traducidas aun en actos ejecutivos, siendo así que se acepta el postulado general de impunidad del pensamiento "cogitatio poenema nemo patitur" con las excepciones de las figuras autónomas tipificadas por razón de su alta valía como ya dijimos.

Así, encontramos que se consideran acciones inidóneas a todas aquellas que por sí resultan incapaces de producir el resultado deseado por el agente, y que en muchos casos condenan ellas mismas al fracaso de la conducta desplegada.

Se ha distinguido principalmente entre acciones inidóneas absolutas y relativas, siendo las primeras aquellas que conciben en su propia naturaleza la imposibilidad de producir el resultado típico y que por lo mismo nunca llegan a poner en peligro el bien jurídicamente tutelado. Hay que hacer notar que estas acciones absolutamente inidóneas al ser consideradas desde un punto de vista objetivo carecen de eficiencia causal para con el resultado deseado, aunque en determinados casos en virtud de condiciones subjetivas del sujeto pasivo si pueden llegar a alcanzar el fin propuesto por el sujeto activo. Así, verbigracia: Aquel que pretende producir la muerte de otra persona, y para ello emplea azúcar como veneno, se está valiendo de un medio perfectamente inidóneo para la consecución del fin por él propuesto, o sea, asesinar a aquella persona a quien está dando a tomar el azúcar. Pero si resulta ser que el sujeto pasivo de este ejemplo fuera diabético

co, entonces el medio deja de ser inidóneo por dicha calidad en el sujeto pasivo, la cual convierte al medio que objetivamente es inidóneo para producir la muerte en un medio subjetivamente idóneo para la consecución de dicho fin.

Por otra parte encontramos la inidoneidad relativa (denominada así por Carrara), la cual encuentra su ineficacia en el error de cálculo o error material del medio empleado. Por ejemplo; el sujeto activo propina dosis insuficientes de veneno a la víctima que desea asesinar, o dispara contra alguien a una distancia a la cual el proyectil jamás podrá alcanzar el objetivo. Así vemos que el medio disparo de arma de fuego o envenenamiento si son capaces per se de producir el resultado deseado, pero en virtud de lo reducido de la dosis que se hace ingerir al sujeto pasivo, o de la gran distancia a que se dispara estos medios resultan ineficaces para alcanzar el fin deseado por el sujeto activo.

Al respecto nos dice Manzini: "La simple insuficiencia del medio respecto del fin no es inidoneidad, porque mientras ésta significa ausencia absoluta, completa de potencia causal, la primera denota solamente deficiencia de fuerza para conseguir el propósito. Aquí la insuficiencia del medio, que puede ser determinada por razones de cualidad, de cantidad o de modo, no excluye la punibilidad de la tentativa, porque no hace imposible absolutamente el resultado que consuma el delito, en cuanto que el fortuito puede suplir la insuficiencia del medio aprestado."²⁴ y sobre el mismo tema reafirma Florian: "Es por ello torpe decir que significan conceptualmente lo mismo inidoneidad absoluta e inidoneidad -insuficiencia- relativa."²⁵

De tan sabias opiniones podemos pues desprender que la

inidoneidad relativa es más correctamente conceptualizable como insuficiencia, y que la misma no escapa al ámbito típico de la tentativa en virtud de deberse al fortuito, por lo cual no debemos confundir está con la inidoneidad de los medios que será la que en verdad es constitutiva de delito imposible.

Ahora bien, viendo la distinción entre la mal llamada inidoneidad relativa, que de ahora en adelante denominaremos insuficiencia en los medios, y la inidoneidad absoluta podemos comprender que sólo la segunda es contemplada por el delito imposible, mientras que la primera continúa dentro del área de la tentativa y resulta punible por contener ya un comienzo de ejecución aunque éste sea insuficiente. Por otro lado podemos afirmar que respecto de la acción inidónea, como a partir de ahora denominaremos a la inidoneidad absoluta de Carrara, una acción que no puede jamás poner en peligro un bien jurídicamente tutelado no es agresiva a éste, pero si se pretendiera castigar, entonces porque no castigar también el pensamiento criminoso desde que por primera vez se manifiesta físicamente y así dejarnos de enojosos distinguos entre manifestación, actos preparatorios y actos de ejecución, por el simple hecho de revelar una voluntad criminal.

Pero ya siendo más congruentes con la teoría que hasta el momento hemos aceptado, resulta más asequible el reconocer, que la ley castiga solamente la lesión del bien jurídicamente tutelado o su puesta en peligro, lo cual nunca llega a presentarse en los actos inidóneos de ejecución.

Como ya dijimos hay que valorar la idoneidad o inidoneidad de los medios en relación con las circunstancias del medio y

del sujeto ya que en la inidoneidad no es dable un concepto generalizado como ya lo expusimos en su oportunidad. Es obvio que --- sólo cuando el óbice viene desde el momento en que se inicia la ejecución, en relación directa al objeto contra el que se dirige - el obrar, la tentativa punible será estéril, estando en presencia del delito imposible por falta de medios idóneos en dicha ejecución, y por ende habrá atipicidad e impunidad. La atipicidad se - presenta tanto en relación con el tipo específico, como en rela-- ción con el tipo de tentativa, causas que fundamentan así la impu- nidad de dicho actuar.

Ahora bien, con lo antes expuesto en el párrafo que - antecede y lo dicho en relación a la apreciación de la inidonei-- dad, no debemos omitir que tanto ésta como la idoneidad constitu- yen un elemento objetivo, por lo cual, en el estado que guarda -- actualmente nuestra legislación, no debe importarnos la valora--- ción que el propio sujeto activo haga de los medios por éemplea- dos, sino que sin dejar de apreciar las circunstancias de estos - se deben valorar los actos desplegados desde un ángulo objetivo.

Dentro de la tentativa de delito imposible encontrare-- mos que se puede dar la inidoneidad de los medios por ignorancia, superstición o creencias del sujeto activo, como también por equi- vocación del mismo, siendo más grave esta última que las primeras ya que, si el sujeto se ha decidido a cometer un homicidio, y pa- ra envenenar a su víctima compro un frasco de sales de arsénico, - pero al momento de tomar el frasco para preparar la solución que - haría ingerir a la víctima éste por error toma un frasco que con-

tiene cloruro de sódio, estará, en su conciencia envenenando a su víctima, pero en realidad el resultado ideado por el sujeto activo no se podrá presentar pues la sal común resulta perfectamente inadecuada para producir la muerte de nadie, mas sin embargo, el sujeto activo quedará en perfecta libertad de rectificar su error y en su próximo intento no equivocará el pomo del verdadero veneno logrando con ello obtener el resultado deseado consumando así el delito que en la primera ocasión fué imposible. Con esto no pretendemos concluir que se deba hacer extensiva la tentativa a los casos de delito imposible, pero si es deseable dejar sentado de una buena vez el peligro patente que se presenta por no tipificar debidamente éste. Por otra parte, dijimos que también puede haber tentativa de delito imposible empleándose en ella medios indóneos por ignorancia, superstición o creencias especiales en el sujeto activo. Si dicha circunstancia deriva de un estado de demencia del sujeto, estaremos fuera del campo del derecho penal sancionador, y dentro del derecho penal preventivo pues el sujeto activo por ser inimputable no es sujeto de sanción penal sino únicamente de medidas de aseguramiento, pero si por el contrario el sujeto es oriundo de las regiones antillanas y es un ferviente seguidor de la magia budú, sin ser sujeto de interdicto pueden ser para él perfectamente idóneos los pases mágicos o el empleo de un fetiche para provocar la muerte de su víctima, así intentará asesinarla ejecutando frente a ella una serie de pases mágicos los cuales en caso de que la víctima también sea creyente podrán inclusive provocarle la muerte, pero si la víctima ignora de que se tratan estos pases o simplemente no cree en el Budú, resultará

imposible que ésta muera, siendo así perfectamente inidóneos los medios empleados por el agente. En el caso de la ignorancia podríamos citar el ejemplo de la mujer que pretende abortar ingiriendo un té de perejil, substancia que también resulta perfectamente inidónea para llegar a alcanzar el resultado deseado por el agente. Así, en los casos señalados podemos ver que los medios resultan inidóneos en virtud de diferentes razones, lo cual les da un grado de peligrosidad manifiesta muy diferente, ya que el que empleó medios inidóneos por error, tenía ya previstos los medios adecuados, pero fue en ese acto de ejecución que por su confusión no alcanzó el resultado, revelando una mayor peligrosidad, ya que en ocasión venidera tomara buen cuidado de no repetir su error, y su resolución ya manifiesta tiene mayor probabilidad de éxito con relación al supersticioso o al ignorante que posiblemente no tengan el valor suficiente de utilizar otros medios más eficaces que los ya empleados.

Encontramos pues, que en el delito imposible por falta de medios idóneos, al igual que en la tentativa existen los siguientes elementos comunes: una voluntad criminoso manifiesta; la exteriorización de dicha voluntad mediante un obrar humano; dicho obrar se encamina contra un objeto jurídicamente protegido que es susceptible de lesión. A diferencia de la tentativa, el delito imposible por falta de medios idóneos presenta la falta de los siguientes elementos: El objeto no corre ningún peligro en virtud de la inidoneidad de los medios empleados; los actos que el sujeto realiza por su carencia de fuerza no constituyen actos de ejecución; no hay tipicidad ni con el tipo específico, ni con el de tentativa.

Distinguidísimos autores como Francisco González de la Vega y Raúl Carrancá y Trujillo, han sostenido que la actual fórmula del Código Penal para la tentativa comprende también al delito imposible, misma opinión que no compartimos, nunca sin dejar de preocuparnos, en virtud de que consideramos en el caso específico del delito imposible por falta de medios idóneos, el artículo 12 del Código Penal dice: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo...."

Así, claramente vemos que el código exige que se ejecute la conducta que debería producir el delito, de manera que si consideramos a la acción inidónea haciendo una interpretación literal de la ley, encontraremos que ésta nunca podrá ser una conducta que pueda llegar a producir el resultado deseado por el sujeto, de manera tal que si aceptamos lo contrario se estaría --penando al pensamiento ya que las acciones desempeñadas por el sujeto pueden llegar a producir el resultado solamente en su mente, y por ende se estaría llevando la norma penal al interior de la psique del agente. Rechazamos entonces la idea de que el delito imposible y en especial en su modalidad de falta de medios idóneos se encuentre comprendido dentro de la tentativa, aunque si aceptamos que en el caso de insuficiencia de los medios si estaremos dentro del ámbito regulado por la tentativa ya que en este caso la conducta si puede producir el delito y con ello se encuadra dentro de la tipicidad del artículo 12 de nuestro ordenamiento punitivo.

4.1.2. FALTA DE OBJETO JURIDICAMENTE TUTELADO.

La falta total del objeto jurídicamente protegido, contra el cual se endereza la acción criminosa del sujeto activo, es decir, aquella persona, cosa, condición sobre la cual debería recaer el obrar malo del sujeto es inexistente o no se encuentra -- presente cuando dicho actuar criminal se ejecuta originando así, -- la impunidad del acto aun cuando en éste se hayan presentado actos perfectamente idóneos pero que no llegan a producir el resultado precisamente por no estar presente el objeto. En este orden de ideas, pretender punir la acción idónea dirigida al objeto inexistente sería tanto como pretender punir el mero pensamiento, -- ya que el objeto está presente solamente en la mente del sujeto -- que realiza la conducta pero de facto éste no se encuentra, por lo cual dicha conducta nunca pone en peligro objeto alguno siendo -- así inadecuada en relación al tipo por su imposibilidad de producir el resultado previsto por la ley como delito.

Es en efecto, cuando no se encuentra presente el objeto que el derecho tutela, cuando se presenta esta forma de delito im posible, y se dice que es imposible porque no hay forma de que -- el actuar criminoso del sujeto llegue a producir algún delito ya -- que estando ausente el objeto la consumación no puede presentarse dándose así en su tentativa la atipicidad y la falta de puesta en peligro del mismo bien, ya que éste no corrió riesgo alguno de -- ser lesionado, es más no estuvo presente.

El eminente Carrara, al igual que en el caso de inidoneidad de los medios, separó en el objeto inidóneo en absoluto y relativo; siendo el primero aquel en el cual resulta imposible -- que se presente el resultado por su perfecta inexistencia, mien--

tras que en el segundo, si es posible que se presente el resultado, pero su inexistencia relativa resulta de la ausencia del objeto en el lugar en que se debía encontrar al momento en que se realiza la conducta criminosa del sujeto activo. Así, verbigracia El agente planea matar a su acérrimo enemigo, para lo cual prepara el revolver poniendo en el las balas adecuadas, toma éste y se dirige a la casa de su víctima, se introduce en su morada y llega a su habitación, colocándose al pie de la cama de su enemigo saca el revolver y dispara cinco veces sobre éste. Hasta este momento la conducta desplegada por el sujeto activo resulta perfecta para producir el resultado por él deseado, pero al momento que realizan la necropsia en el cadáver de su víctima encuentran que está tenía ya varias horas de haber muerto por un paro cardiaco, cuando se produjeron los disparos. Entonces, el sujeto activo que quiso dar muerte a su enemigo no logró producir el resultado deseado a través de su conducta, sino que éste ya se había dado estando ausente el objeto jurídicamente protegido en el momento en que el ejecutó su conducta no habiendo vida en el cadáver contra el cual disparo, y por ende presentase la atipicidad con el delito de homicidio así como con su tentativa.

En relación con la inexistencia relativa del objeto que distinguió Carrara, podemos citar como ejemplo el siguiente: El sujeto activo prepara el arma de fuego con que va a dar muerte a su enemigo, se introduce en su habitación y dispara sobre la cama en que se supone a esa hora debía estar durmiendo su víctima, pero en realidad el sujeto activo disparo contra las almohadas confundíéndolas con su víctima, mientras ésta se encontraba de viaje

a cientos de kilómetros de distancia del lugar en que se presentaron los hechos, no corriendo así su vida peligro alguno.

En el caso de la falta de objeto jurídicamente protegido, esta distinción que realizó el insigne Carrara carece de relevancia, ya que en ambos casos el objeto tutelado se encuentra ausente lo cual conlleva a una atipicidad de las acciones del sujeto activo por idóneas que éstas fueren en virtud de la falta de dicho objeto que no estando presente no es lesionable ni corre peligro alguno por lo que el delito no dejara de ser imposible.

Hay que recordar, que no obstante lo anterior, si las acciones ejecutadas por el agente resultan por si mismas constitutivas de delito independientemente del tipo a que se encaminaron, entonces la falta del objeto en éste último no las excluye de su punibilidad considerándolas objetivamente como tales y por ello son éstas independientes del delito imposible para estos efectos.

Existe como en todo, en relación con el delito imposible por falta de objeto jurídicamente tutelado, una diversidad de criterios, separándose estos en las dos grandes áreas del subjetivismo y el objetivismo, considerando los primeros que en el caso de la falta de objeto, basta para hacer este punible la simple intención criminal manifiesta por su autor, a lo cual Manzini citando a Beling nos dice: "Beling, como se ha visto, combate el subjetivismo, que pretende sancionar la acción absolutamente indónea, fundada "en un simple elemento sentimental: en la repugnancia hacia los sujetos que se han desenmascarado, y en el pensamiento de que, después de fallarles el primer golpe de su plan, se servirán posiblemente, otra vez de medios adecuados. Pero la repugnancia moral no justifica ninguna pena del Estado y la idea

de peligrosidad sólo conduce a la aplicación de medidas de seguridad; lógicamente afirma que en la carencia absoluta de objeto, -- las acciones no son adecuadas al tipo."²⁶

Vemos pues que la postura del subjetivismo siempre nos conducirá al error de punir el pensamiento del autor por ser éste criminal y revelado por los actos que ejecutó, despreocupándose -- de los principios generales del Derecho penal en los cuales se -- fundamenta el actuar punitivo del Estado y que constituyen garantías para los gobernados evitando el libre ejercicio de la facultad punitiva que sería la máxima ilusión de cualquier tirano, de manera que si seguimos la postura subjetivista defendida por los positivistas se estaría a un grado de caer en el libertinaje sancionador del Estado.

También en contra de la postura subjetivista se pronuncia Palacios Vargas diciendo en relación al tema: "Si planteamos el problema desde el lado de la intención que se exterioriza, hallaremos los "hechos encaminados directa e inmediatamente al delito", supuesta la idoneidad de la acción; pero es un delito imposible a priori, destinado de antemano al fracaso, a su atipicidad, porque no basta el pensamiento, ni la acción que le obedece, ni -- una abstracta y viable relación causal, sino que es preciso todo -- ello unido a la referencia sine qua non que el tipo reclama: el -- objeto material."²⁷

Resulta pues, que debe valorarse la conducta con todas -- sus diversas circunstancias de manera conjunta sin olvidar ninguna de éstas para evitar llegar a conclusiones absurdas.

Resulta válida para nosotros la tesis de la ausencia de tipicidad, ya que para que se pueda presentar un delito como tal la conducta criminosa del sujeto activo debe lesionar el bien jurídicamente tutelado y para que se pueda hablar válidamente de -- tentativa deberán presentarse los actos de ejecución encaminados a producir la lesión de dicho bien, pero si el objeto se encuentra ausente, entonces no se presenta ni la lesión ni la puesta en peligro que requieren los tipos de delito específico o bien de la tentativa de dicho delito, produciéndose por ende la atipicidad - de ambos tipos misma que va a generar la impunidad de la conducta por no darse este elemento del delito.

Pronunciándose al respecto, Palacios Vargas dice: "Cuando el Derecho Penal -no el preventivo- pena, castiga la tentativa imposible sobre objeto inexistente, transporta la punición al pensamiento, sepulta uno de los elementos del tipo accesorio, y forma un juicio de tipicidad, cuando debiera ser de atipicidad; es - decir: crea un elemento del delito: el objeto.

Resulta evidente que para el positivismo penal merece - el mismo trato la inexistencia absoluta del objeto que la inidoneidad absoluta de la acción: se aplica medida aseguradora, no -- por el ente-jurídico delito, sino por la acción y la peligrosidad del sujeto."²⁸

Vemos claramente que donde no existe el objeto, no puede llegar a presentarse la tipicidad, y por ende ese obrar que se produzca en ausencia del objeto contra el cual se dirige resulta esteril por lo que si se pune éste, se estará puniendo al pensamiento manifiesto, el cual como ya señalamos sólo es punible cuan

do expresamente lo tipifica la ley por razones de política criminal y por la elevada valía del interés que protegen, pero más aún, puede presentarse también en estos tipos especiales la falta de objeto jurídicamente protegido, y entonces también en ellos se presentará la atipicidad e impunidad de, en este caso el pensamiento criminoso manifiesto.

Debemos aclarar que, entre el delito putativo y el delito imposible por falta de objeto jurídicamente protegido existen diferencias y semejanzas por lo cual no debemos confundirlos. En efecto, en el delito putativo al igual que en el delito imposible con ausencia del objeto, existe una atipicidad, pero mientras que la atipicidad en el delito putativo es total por no existir tipo penal alguno que sancione la conducta que el sujeto considera constitutiva de delito, en el delito imposible por el contrario si existe el tipo penal contra el cual se endereza la acción, pero por estar ausente el objeto se produce una atipicidad parcial. Tanto en el delito putativo como en el imposible por falta del objeto, las acciones que se ejecutan pueden ser idóneas para producir el resultado deseado, pero en el delito putativo estas acciones por estar dirigidas a un fin lícito son también lícitas, mientras que en el delito imposible estas acciones pueden ser ilícitas y generalmente lo son pero etceteris paribus las acciones en este último ejecutadas se encuentran dirigidas a producir un resultado criminal y así lo manifiestan, mientras que en el delito putativo, no son expresión de una voluntad criminal pues el delito se encuentra únicamente en la conciencia del autor y sólo para éste pueden encaminarse a producirlo.

También resulta importante recordar que aunque en muchas ocasiones el sujeto pasivo se identifica con el objeto, en otras tantas son diferentes el pasivo y el objeto, por lo cual no debemos confundir uno con otro pues puede darse el caso de que el sujeto pasivo esté ausente pero el objeto no y se presente entonces el equívoco de pensar que estamos ante un delito imposible -- por falta de objeto cuando éste si estuvo presente y fue lesionado, o bien puesto en peligro en el caso de la tentativa. Ejemplo: en el caso del robo, el propietario del bien que se intenta robar se encuentra de vacaciones, se introduce el ladrón en la casa habitación y roba. Aquí el sujeto pasivo se encontraba a kilómetros de distancia del objeto, pero no por ello dejó de consumarse el delito de robo en su contra.

Ahora bien, por lo que respecta a nuestro ordenamiento punitivo, en su artículo 12 dice: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente."

A primera vista, podríamos decir que este artículo si prevé la punición del delito imposible por falta de objeto jurídicamente tutelado, ya que la conducta que debería producir el delito se está exteriorizando, pero éste no se llega a consumir por causas ajenas a la voluntad del agente pues éste nunca deseó que el objeto estuviera ausente cuando ejecutó su conducta, sino que fue el fortuito el que produjo la ausencia del objeto, el que originó que no se presentara el resultado. Opinión a la que se afi--

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

- 79 -

lian algunos autores, y que por ser tan evidente no profundizan más. Pero si consideramos que el citado artículo no puede limitarse a apreciar las acciones del sujeto activo independientemente de los demás elementos del delito, veremos entonces que al decir la conducta que debería producir el resultado, y considerarla en relación al objeto inexistente o ausente, entonces veremos que la conducta es impotente de producir el resultado por estar ésta dirigida a un objeto que sólo está presente en la mente del sujeto y no así en el mundo físico, de lo cual podemos elaborar nuestro juicio de atipicidad en relación con el artículo 12 y aseguir la conclusión de que al igual que en el caso de la falta de medios idóneos, nuestro Código Penal no sanciona el delito imposible por falta del objeto jurídicamente protegido.

Sin restar su valor a lo antes expuesto creemos que debe hacerse una regulación en la legislación penal en ambas figuras del delito imposible, ya que sin caer en una postura subjetivista se repara un daño a la sociedad por la peligrosidad que representa a ésta el tener entre sus miembros sujetos que pueden y llegan a atacar sus normas ordenadoras aunque su obrar resulte estéril en relación con el fin propuesto, pero esto ya es tema del siguiente capítulo por lo que al respecto nos remitimos a ese.

En conclusión, el delito imposible en nuestra legislación como en la doctrina dominante ha permanecido al margen del derecho penal, aunque diversas legislaciones ya están previendo éste en sus códigos.

LA PUNIBILIDAD.

5.1. CRITERIOS EN QUE SE PUEDE FUNDAR LA PUNICION DEL DELITO IMPOSIBLE.

Los criterios que a continuación veremos, han sido utilizados para fundar la tentativa, mas como ya hemos expresado, al existir una estrecha vinculación entre ésta y el delito imposible repasaremos cada una de las principales analizando si resultan o no aplicables para determinar un criterio de punibilidad o determinación de medidas de aseguramiento para el delito imposible.

Es prudente recordar que dentro de este tema encontramos diversos criterios tanto objetivos como subjetivos, en los cuales existen elementos valiosos para llevarnos a alguna determinación, pero no por ello debemos encasillarnos en una corriente, sino que por el contrario reconocer lo valioso de cada una y con su conjunto adoptar una postura crítica que conlleve la solución más adecuada ya sea con elementos propios o combinando diversos puntos de vista.

5.1.1. EN RAZON DEL PELIGRO CORRIDO.

Carrara expone como punto fundamental de la punibilidad en la tentativa el peligro corrido, que es el peligro de la consumación, así la tentativa no produce un daño real ya que esta implica inconsumación, pero si llega a poner en peligro determinados bienes que se encuentran tutelados por el estado mediante la previsión de penas, por ello a quien por algún imprevisto no vió fructificar su obrar dañino se le debe sancionar por su intención delictuosa. De la misma opinión es Bettiol quien funda la punibilidad de la tentativa en la lesión en potencia que hay en ésta --

contra el bien jurídico protegido, aduciendo que es obligación -- del legislador, no solo preve sanciones para quien lesione dicho bien, sino también debe prevenir la lesión potencial a éste.

Este criterio, con respecto al delito imposible resulta inaplicable, ya que en ninguno de los dos supuestos del delito imposible se presenta peligro alguno de lesión al bien jurídico, ya sea porque la inidoneidad de los medios empleados haga que estos sean impotentes de producir dicha puesta en peligro, o bien en el caso de la falta de objeto jurídico, no estando éste presente no podemos decir que de ninguna manera haya corrido riesgo alguno. Así entonces no podemos decir que se pueda fundar la punibilidad del delito imposible por razón del riesgo corrido pues no hay tal riesgo.

5.1.2. EN RAZON DE LA VIOLACION DEL MANDATO CONTENIDO EN LA NORMA.

El principal autor que encontramos adoptando esta postura es Manzini, quien dice: "el concepto de tentativa, lo mismo que el de delito consumado, no debe ser puesto en relación con el daño eventual o real, público o privado, sino con la esencia misma de la norma penal contra la cual la actividad individual se ha dirigido. Y entonces cualquiera comprende que en la tentativa no se tiene un mero peligro de violación, sino una violación propia del precepto contenido en la norma."²⁹

Se critica más severa que recibe la posición de Manzini proviene de la falta de fundamentación prelegislativa para considerar punible la tentativa, ya que desde su particular punto de vista, es más que correcto el que con el obrar del agente no solo

está en peligro de que se viole la norma, sino que efectivamente resulta violada por existir tipificada la tentativa, de manera -- que esto queda fuera de discusión, pero lo que no escapa a la crítica es el hecho de que el legislador no puede arbitrariamente -- emitir leyes, sino que debe existir una razón para que se cree la norma que prevenga un delito.

Coincide con este punto de vista Enrique Bacigalupo, -- que al respecto, y en relación directa con la punibilidad del delito imposible dice: " El punto de vista alternativo considera -- que las infracciones de una norma, cuyo incumplimiento está amenazado con una pena, será ya relevante y justificará la intervención del derecho penal. Los partidarios de esta concepción entienden que la función del derecho penal es la protección de bienes jurídicos, pero reaccionando ya frente a las acciones disvaliosas (acciones que lesionan normas).

La diferencia que se desprende para la práctica de estas dos concepciones puede verse con toda claridad en los casos de las llamadas tentativas inidóneas. Se dice que una tentativa es inidónea cuando el autor que quiere la realización de un delito, no lo podrá consumar por que el medio que utiliza o el objeto sobre el que dirige su acción no permitirán que se produzca el -- resultado perseguido. Por ejemplo: el autor quiere matar a otro -- y, creyendo ponerle veneno en la sopa, le pone azucar (medio inidóneo); o bien el autor cree disparar sobre la víctima, que supone está durmiendo en la cama, y lo hace sobre la almohada que ha confundido con aquél a quien quiere matar y que ya se ha ido del lugar (objeto inidóneo). En estos casos el bien jurídico protegi-

do no sólo no ha sido lesionado, sino que tampoco ha corrido peligro alguno: el que toma la sopa con azúcar no estuvo en peligro de muerte y el ausente del lugar donde se produjo el disparo tampoco corrió peligro alguno. Los partidarios del primer punto de vista (sólo son relevantes para el derecho penal aquellas acciones que infringan una norma si por lo menos ponen en peligro al bien jurídico protegido) se inclinan en estos casos por la no punibilidad, es decir, por no admitir la existencia de una perturbación grave del orden social. Por el contrario, quienes siguen el segundo punto de vista (al derecho deben importarle ya las acciones que infringen una norma aunque no lleguen a poner en peligro el bien jurídico protegido) no tienen dificultad alguna para admitir aquí la punibilidad, o sea, la existencia de una perturbación grave del orden social.

Hay buenas razones para considerar que este último punto de vista debe merecer preferencia. Todo autor de una tentativa exterioriza una voluntad criminal que no llega a lesionar un bien jurídico sólo por casualidad y por ello no hay razón para que el derecho penal decline entrar en acción a la espera de que el autor tenga más suerte."³⁰

Vemos que Bacigalupo acepta de buen grado la postura de la violación del mandato contenido en la norma, y ofrece como solución al conflicto prelegislativo el fin proteccionista del --- derecho penal hacia la sociedad, conjunto con la peligrosidad del sujeto activo manifiesta en sus actos. Esta posición adoptada -- por el autor en cuestión nos parece bastante acertada para fundar la punibilidad del delito imposible.

Así, entonces, resulta conveniente tipificar en nuestros códigos el delito imposible aceptando para su punibilidad la violación del mandato contenido en la norma, pero formulando también un criterio válido para fundar el que se legisle éste.

5.1.3. EN RAZON DE LA PELIGROSIDAD DEL SUJETO.

Esta tesis, de neto corte positivista es sustentada por Ferri principalmente, el cual encuentra el fundamento de la punibilidad de la tentativa en la peligrosidad manifiesta del sujeto demostrada en su actuar. Hay que recordar que mientras un acto sea revelador de una voluntad criminoso, éste será ya punible para los positivistas no obstante que éste sea preparatorio o un simple modo de exteriorización de la voluntad. Así, se considera a la tentativa como el mínimo del obrar antisocial para que entre en función el derecho penal por el desenmascaramiento que se da de una personalidad criminal, siendo el castigo para tales actos mayor o menor en relación con la peligrosidad del sujeto manifiesta en sus actos objetivamente valorados.

Al decir de Pavón Vasconcelos, la única crítica que puede hacerse de este punto de vista, resulta de que se tome la exteriorización de la voluntad como un síntoma de la peligrosidad del sujeto, y no como un fundamento de su culpabilidad.

Encontramos pues en esta tesis un firme asidero para la fundamentación prelegislativa del delito imposible, ya que sin que exista una puesta en peligro de bien jurídico alguno, en el delito imposible tanto bajo su modalidad de falta de objeto jurídico, como de falta de medios idóneos, si se presenta un obrar --

que a más de revelar una peligrosidad en el sujeto se puede considerar subjetivamente como encaminado a la producción de un delito, o sea, representa dentro de la mente del autor la aceptación de producir un acto delictivo sin importarle el riesgo a que se ciñe de ser sujeto de una sanción penal lo cual demuestra su determinación para delinquir, misma que no se llegó a resolver físicamente por haber surgido un obstáculo para que no se diera el resultado, pero que sin este se habría producido; siendo esta razón suficiente para considerar su culpa, y no tener que esperar - como dice Bacigalupo- a que resulte más afortunado en otro golpe -- para entonces una vez causado el daño activar el mecanismo del de derecho penal.

Así, adoptando una postura ecléctica, como lo es la de nuestro código, podemos aceptar estos dos criterios para punir el delito imposible, que por razones de política criminal debe estar incluido en dicho ordenamiento como ya se encuentra en varios -- otros del mundo. Efectivamente, la realización de una tentativa de delito imposible resulta a tal grado nociva para la sociedad - que sería como dejar una manzana podrida dentro del cajón de las que no lo están, brindando al delincuente la oportunidad de que - viendo frustrado el resultado en su golpe pueda volver a intentar lo tal vez con mejor éxito, ya que si no obtuvo la sanción por haber sido imposible que llegara al delito, no por ello deja de ser culpable y peligroso, sino que por el contrario su grado de peligrosidad aumenta pues para el próximo intento tomará las precau--

ciones necesarias para que no suceda otra vez. Teniendo pues manifiesta la voluntad de delinquir, tenemos ya un firme apoyo para considerar punible el delito imposible, además de las consideraciones ya hechas, por lo cual resulta muy válida la postura de la peligrosidad del sujeto, pero no como tal, sino por en razón de la voluntad de delinquir.

5.1.4. EN RAZON DE LA DISMINUCION DEL SENTIMIENTO DE SEGURIDAD DE LOS MIEMBROS DE LA SOCIEDAD.

Se argumenta en esta teoría que con la violación del orden jurídico, se produce un estado de alerta e inseguridad en los miembros de la sociedad, alarma que se da tanto cuando se presentan actos de tentativa, como cuando se dan los de delito imposible, causándose con ellos sensación de peligro en la comunidad y desconfianza en el derecho de quedar impunes tanto la tentativa como el delito imposible, constituyendo por ende una buena razón para que la política criminal se dirija a la punición tanto de una como del otro.

5.2. PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA DE DELITO IMPOSIBLE.

Existen al respecto los mismos dos criterios que hemos venido distinguiendo durante todo este trabajo, siendo estos el objetivo y el subjetivo, identificándose el primero con la escuela clásica del derecho penal y el segundo con la escuela positiva del mismo.

El criterio de punibilidad que adoptan los clásicos es visto del punto de la objetividad, por ello establecen para el delito consumado la lesión del bien jurídico, para la tentativa la

puesta en peligro de dicho bien jurídico, y para el caso del delito imposible; por no existir en éste ni puesta en peligro, ni lesión alguna al bien jurídico, luego entonces resulta intrascendente para el derecho penal y por ende impune.

Resulta pues esteril el adoptar una postura netamente objetivista, pues como ya quedó demostrado en capítulos anteriores del presente trabajo, resulta ser el criterio del peligro corrido, es decir de la puesta en peligro del bien jurídico, el más firme pedestal en que se puede fundamentar la tentativa y su punibilidad, mas sin embargo, este criterio no puede servirnos para fundar el delito imposible y su punibilidad ya que en ninguno de los casos en que éste se presenta llega a darse lesión o puesta en riesgo alguna, por lo cual debemos considerar para tales efectos más que el aspecto objetivo un aspecto subjetivo.

Por el contrario la corriente subjetivista, sustentada por los positivistas del derecho penal no encuentra óbice alguno en aceptar la punibilidad del delito imposible tanto por inidoneidad de los medios como por falta de objeto jurídico, por fundarse en la peligrosidad del sujeto, idea que como ya dijimos no es del todo correcta, pero que sin embargo resulta productiva pues en ella encontramos la voluntad manifiesta de delinquir, misma que en nuestra opinión ya constituye una base para considerar punible la tentativa de delito imposible. Siendo entonces la corriente subjetivista indiferente a la idoneidad o inidoneidad de los medios empleados, así como a la existencia o falta del objeto jurídico, queda para ella comprendida la tentativa de delito imposible dentro de la misma tentativa siendo por ello procedente su --

punibilidad. Ferrí al respecto manifestó que; el acto ejecutivo - encaminado a la producción de un delito (en referencia al tipo específico) es expresión clara y terminante de una personalidad delinciente, por lo que no debe producirse la impunidad del sujeto, aún cuando el acto sea inidóneo. Y considera después, que si el acto resulta ser de una mínima peligrosidad, entonces debe en consideración a ello reducirse la sanción hasta el grado de llegar - incluso al perdón.

Entonces, será para nosotros el mejor fundamento de la punibilidad del delito imposible la voluntad manifiesta de delinquir como base prelegislativa, en consideración a la alarma social que producen los actos dirigidos a producir el delito siendo este imposible, pero que no por ello dejan de ser identificables como encaminados a delinquir aunque por el fortuito no lleguen a alcanzar su fin.

Nuestra legislación vigente, fundamenta el criterio de punibilidad para la tentativa, de conformidad con la fórmula de su artículo 12 sobre la base del comienzo de ejecución y del agotamiento del proceso ejecutivo, lo que hace lógico considerar - excluída de ella la tentativa de delito imposible, por ser ésta - negación de aquella.

De la actual postura adoptada por nuestro Código Penal, debemos entonces crear un nuevo tipo para el delito imposible ya que éste no se puede incluir con la tentativa por encontrarse en nuestra legislación con un criterio meramente objetivo.

En relación a como debemos punir la tentativa de delito imposible, una vez aceptado el imperante hecho de su inclusión en

nuestra legislación, consideramos que debe sancionarse con pena__ pero al igual que en la tentativa ésta debe ser atenuada en vir-- tud de no haberse llegado a dar la lesión ya que ésta no podía -- presentarse, motivo por el cual deberá atenuarse aun más que la tentativa pues aquí no existió el peligro aunque si la voluntad - manifiesta por medio de actos ejecutivos (considerandolos subjetivamente como tales) encaminándose a un resultado dañino ya previs- to y aceptado por el sujeto pasivo.

Diversas legislaciones en el mundo entero han decidido_ incluir en sus códigos penales o de defensa social el delito impo- sible con una penalidad atenuada que puede llegar al grado de tra- ducirse en perdón en los casos en que la ofensa haya sido mínima, y estipulando para el caso de trastornos mentales, superstición o extrema ignorancia las medidas de seguridad para la tentativa de_ delito imposible. Son estos códigos los más modernos y que por - la experiencia apercibida y las doctrinas estudiadas ha alcanzado la conclusión de que debe punirse la tentativa de delito imposi- ble.

Por otra parte encontramos códigos más antiguos que ya_ se preocupan por el delito imposible, pero que o simplemente igua- laron su sanción con la de la tentativa, como nuestro código Mar- tínez de Castro, o bien impusieron a éste una medida de seguridad como el código italiano de 1931, aunque esto resulta contradicto- rio con el espíritu fundamental de las medidas de seguridad ya -- que éstas se encuentran diseñadas para inimputables peligrosos -- fundamentalmente, y actualmente también para imputabilidad dismi- nuída.

Resulta pues necesario en México que se prevea legalmente el delito imposible y su punibilidad, cosa que, para alegría nuestra ya se está llevando a cabo por nuestros juriconsultos, como lo podemos apreciar en el código penal para el Estado libre y soberano de Guanajuato el cual en su artículo 18 al respecto dice: "Hay tentativa punible, aún en los casos de delito imposible cuando la imposibilidad resulta del objeto en que se quiso ejecutar o del uso de medios no idóneos para consumarlo debido a error del agente. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible. La pena aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo que correspondería si el delito se hubiere consumado."

También encontramos ya previsto el delito imposible en el anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal en materia Común y Federal en materia del fuero Federal, el cual en su artículo 17 dice: "También es punible la tentativa cuando el delito no se pudiere consumir, por inidoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material.

Si la tentativa deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible." y posteriormente señala en su artículo 68 para efectos de la punibilidad de éste: "En caso de delito imposible se impondrá hasta la mitad de la pena prevista para el delito que se quiso cometer." Este anteproyecto creado en el año de --- 1989 representa ya un grato avance en materia de delito imposible por lo que sólo nos queda desear a éste la mejor de las suertes, para que alcance la culminación legislativa.

5.3. JURISPRUDENCIA.

En los anales de la jurisprudencia mexicana encontramos muy escasos casos que hagan referencia al delito imposible, descubriendo dos posturas diferentes y contradictorias. Se expone por una parte que la fórmula de tentativa contenida en el artículo 12 del código penal y sus similares si contiene el fundamento para punir la tentativa de delito imposible. Por el otro lado tenemos en mayoría numérica la tesis que sostiene que el delito imposible queda exento de punibilidad por no estar contenido con la tentativa. Así procedemos a citar las tesis mas relevantes que se manifiestan en ambos sentidos.

TENTATIVA, DELITOS EN GRADO DE. Aún cuando se admitiera que un caso reviste los aspectos del delito imposible, porque los medios empleados para su realización resultaron no idóneos, no podría por esa sola circunstancia establecerse la inexistencia de la tentativa, cuya punibilidad dispone el artículo 12 del Código Penal del Distrito. En efecto, dentro del concepto del citado artículo, se comprenden todos los grados del delito inconsumado por causas ajenas a la voluntad del agente, - que en el Código Penal de 1871 se designaban como conato, delito intentado y delito frustrado, correspondiendo la definición del intentado, al delito imposible, es decir, a aquel que en la consumación ((fue irrealizable porque fue imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon)).

El propio precepto no define, la tentativa; pero señala en qué casos es punible: ((cuando se ejecutan los hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente)). La tentativa surge cuando la ejecución del delito se materializa, y ya iniciada la actividad criminal, viene una circunstancia fortuita a frustrar la voluntad del agente. Es decir, para que exista tentativa punible, basta que quede evidenciado con hechos materiales, el propósito de delinquir, independientemente de que los hechos sean, o no, idóneos para lograr el fin deseado, y sólo cuando el agente desiste voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa.

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo LXXXVII, --- p. 614. quinta época.

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

SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Tomo CIII, p.2122. quinta época.

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

AMPARO DIRECTO 3663/65. Federico Obregón M. 24 de noviembre de 1970. 5 votos. Ponente: J. Ramón Palacios V. SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION. Vol. XXIII, Tomo - sala auxiliar, Séptima época.

Conjunto con estas tesis y precedente, encontramos también el Código Penal para el Estado Libre y Soberano de Guanajuato el cual claramente conceptualiza y pune el delito imposible en su artículo 18 dice : " Hay tentativa punible, aún en los casos -

de delito imposible cuando la imposibilidad resulta del objeto en que se quiso ejecutar o del uso de medios no idoneos para consumarlo debido a error del agente. Si el error deriva de notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares la tentativa no es punible.

La pena aplicable será de un tercio del mínimo a un tercio del máximo de la sanción que correspondería si el delito se hubiere consumado." Este novedoso Código fue publicado el 4 de mayo de 1978 para entrar en vigor a los treinta días de su publicación.

Similar a éste, encontramos el anteproyecto de Código Penal Para el Distrito Federal de 1989, el cual en su artículo 17 dice: "También es punible la tentativa cuando el delito no se puede consumir, por inidoneidad de los medios o por inexistencia del bien jurídico tutelado o del objeto material.

Si la tentativa deriva de la notoria incultura, supersticiones, creencias antinaturales o causas similares, la tentativa no es punible." Y luego dice: " Art. 68. En caso de delito imposible se impondrá hasta la mitad de la pena prevista para el delito que se quiso cometer."

5.4. DERECHO COMPARADO.

Hasta el momento, encontramos que la legislación Penal mexicana, sólo presenta semejanza con las demás legislaciones que han quedado rezagadas, encontrándonos con otras tantas que en su afán de modernidad han previsto ya en sus textos al delito imposible en forma similar a la del Código de Guanajuato y del anteproyecto de 1989 para el Distrito. Pasaremos ahora a citar algunos de los diversos Códigos exóticos que ya hablan del delito imposible. Comenzaremos con los más antiguos y que dan tratamiento al delito imposible, pero sin prever sanción penal para éste, sino una medida de seguridad.

5.4.1. CODIGO PENAL BRASILEÑO.

Art. 14. No se pune la tentativa cuando, por ineficacia absoluta del medio o por absoluta inpropiedad del objeto, es imposible que se consume el crimen.

Art. 76. La aplicación de medidas de seguridad presuponen:

- I.- La práctica de un hecho previsto como crimen.
- II.- La peligrosidad del agente.

Párrafo único. Las medidas de seguridad son también aplicables en los casos de los arts. 14 y 27, si concurre la condición del punto II.

Art. 94. Para los casos ya previstos, se aplicará la libertad vigilada durante un año, por lo menos:

- III.- En los casos de los arts. 14 y 27.

5.4.2. CODIGO DE DEFENSA SOCIAL DE CUBA.

Art. 26-E. Cuando los actos realizados por el agente, o los medios empleados por el mismo para realizar su propósito de cometer un delito determinado, son absolutamente inadecuados para producirlo, el Tribunal podrá declarar al agente en estado peligroso y adoptar, encuancto al mismo, cualquiera de las medidas de seguridad que se establecen en el libro IV.

5.4.3. CODIGO PENAL ESPAÑOL

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

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

5.4.4. CODIGO PENAL SUIZO.

Art. 23. El juez podrá atenuar libremente la pena (art 66) en beneficio del que haya intentado cometer un crimen o un delito por un medio o contra un objeto de naturaleza tal que la perpetración de esta infracción era absolutamente imposible.

El podrá eximir al agente de toda pena si éste último ha actuado por falta de inteligencia.

5.4.5. CODIGO PENAL POLACO.

Art. 11. parrafo 2. La tentativa también ocurre cuando el que la perpetra desconoce el hecho de que la consumación es imposible por la ausencia del objeto sobre el cual recaiga la ofensa intentada o por el uso de medios inadecuados para producir las consecuencias deseadas.

Art. 12. parágrafo 2. En el caso especificado en el artículo 11 paragrafo 2, la corte podrá aplicar una extraordinaria atenuación de la pena, e inclusive repudiar su imposición.

5.4.6. CODIGO PENAL HUNGARO.

Art. 17 (2). La pena podrá ser atenuada sin ninguna -- restricción, o podrá ser omitida si la tentativa ha sido cometida sobre un objeto inapropiado o mediante un instrumento inidóneo.

CONCLUSIONES.

PRIMERA: Es evidente, como ha quedado demostrado, que de la diversidad de elementos comunes que presentan el delito --- imposible y la tentativa, no se puede decir que sean lo mismo una y otro, sino que por el contrario resultan muy diferentes substancialmente.

SEGUNDA: De dicha diferencia substancial que existe entre, la tentativa, y el delito imposible, podemos decir que en el caso de la primera su fundamento radica en la puesta en peligro de algún bien jurídico protegido, mientras que en el caso del delito imposible, por ser éste ausente o inexistente, o bien porque el agente se vale de medios que resultan inidoneos para la realización de la lesión, no puede existir entonces puesta en peligro alguna, de manera que mientras dentro de la tentativa, el fracaso de ésta se debe a factores ajenos al agente, en el delito imposible, el fracaso del mismo se encuentra dentro de sí.

TERCERA: Existen dos grandes corrientes que se postulan una en favor y la otra en contra de la punibilidad del delito --- imposible, siendo los sustentadores de la primera los representantes de la escuela positivista del Derecho Penal, y manifestándose en contra los autores de la escuela clásica.

Los positivista sustentan la punibilidad del delito imposible en virtud de la revelación de la mente y personalidad criminal del sujeto; mientras que los autores que se manifiestan en contra de su punibilidad sustentan sus opiniones en el hecho de que no es posible castigar al pensamiento o la pura intención.

CUARTA: Para fundamentar la punibilidad del delito imposible, nosotros aceptamos ésta en virtud de la voluntad manifiesta de delinquir que se presenta en el sujeto, pero tomando esto - aunado a la alarma social que se produce con dichos actos que aun siendo estériles denotan el camino criminal que llevaban.

Lo anterior es obviamente en un plano prelegislativo, ya que una vez que se encuentre debidamente tipificado dentro de nuestro Código, entonces la razón será en virtud de la violación de la -- norma.

QUINTA: Por no encontrarse actualmente contenido el delito imposible en nuestros Códigos, aunque si lo estuvo en el de Martínez de Castro, recomendamos su inclusión ya sea en el Código actual o en la formulación de uno nuevo en que expresamente se -- hable de delito imposible.

SEXTA: Para efectos del castigo que se deberá imponer - a quien acometa a intentar un delito imposible, se deberá dar al Juez amplios márgenes para que éste dentro de cada caso en particular determine la sanción, más nunca deberán ser mayores las penas aplicables por la tentativa de delito imposible que las aplicables en el caso de tentativa.

SEPTIMA: Resulta estéril hablar de la tentativa de delito imposible en los casos en que ésta se da por locura, o extrema ignorancia, o bien creencias antinaturales pues dentro de esos -- casos opera la inimputabilidad o bien la imputabilidad disminuida bajo sus propias reglas.

CITAS.

1. MEZGER EDMOND, Derecho Penal. p.276.
2. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa. p.27.
3. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa. p.27.
4. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General. p.665.
- 4bis CARRANCA Y TRUJILLO RAUL. Derecho Penal Mexicano Parte General. p.665.
5. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General. p.129.
6. PALACIOS VARGAS RAMON, La tentativa. p.118.
7. PORTE PETIT CANDAUDAP, Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal. p.42.
8. PALACIOS VARGAS RAMON, La tentativa. p.122.
9. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General. p.p.666 y s.s.
10. PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte General del Derecho Penal. p.16.
11. CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal, I, p.17.
12. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa. p.10.
13. FERRI, Principios de Derecho Criminal. p.488.
14. FERRI, Principios de Derecho Criminal. p.489.

15. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General. p.663.
16. CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano Parte General. p. 663.
17. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa. p.18.
18. WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán. p.264.
19. BETTIOL, Derecho Penal (parte general), p.468.
20. CARRARA FRANCESCO, Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito. p.85.
21. JIMENEZ DE ASUA LUIS, La Ley y el delito. p.590.
22. MEZGER EDMUND, Derecho Penal. p.140.
23. PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa, p.102.
24. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, II. p.378.
25. FLORIAN, Derecho Penal. p.610.
26. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, II. p.376.
27. PALACIOS VARGAS RAMON, La tentativa. p.p.146 y s.s.
28. PALACIOS VARGAS RAMON. La tentativa. p.155.
29. MANZINI, Tratado de Derecho Penal, II. p.372.
30. BACIGALUPO ENRIQUE, Lincamientos de la Teoría del Delito. - - p.p.14 y s.s.

- *BACIGALUPO ENRIQUE, Lineamientos de la Teoría del Delito. 2^a edición, Editorial Juricentro. San José de Costa Rica, 1985.
- *BECCARIA MARQUES DE, CESAR BONESANO, Tratado de los delitos y de las penas. 3^a edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1988.
- *BETTIOL, Derecho Penal (parte general). Editorial La España Moderna. Madrid España.
- *CARRANCA Y TRUJILLO RAUL, Derecho Penal Mexicano parte general. -- 16^a edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1988.
- *CARRANCA Y TRUJILLO RAUL Y CARRANCA Y RIVAS RAUL, Código Penal -- Anotado. 15^a edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1990.
- *CUELLO CALON EUGENIO, Derecho Penal parte general, 5^a edición, Editorial Bosch. Barcelona España. 1940.
- *CARRARA FRANCESCO, Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito. 2^a edición, Editorial-- Juan Buxó. Habana Cuba. 1920.
- *FERRI ENRICO, Principios de Derecho Criminal. 4^a edición, Editorial UTHEA, Buenos Aires Argentina. 1939.
- *FLORIAN, Derecho Penal. 12^a edición, Editorial José M. Cajica, jr. Puebla México. 1946.
- *FOIGNET RENE, Manual Elemental de Derecho Romano. Editorial Cajica. Puebla México. 1948.
- *GARCIA MAYNEZ EDUARDO, Introducción al estudio del Derecho. 40^a -- edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1939.
- *GONZALEZ DE LA VEGA FRANCISCO, El Código Penal Comentado. Editorial Impresores Unidos. México D.F. 1939.
- *INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURIDICAS, Diccionario Jurídico Mexicano. 3^a edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1989.

- *jimenez de asua luis, La Ley y el Delito, principios de Derecho Penal. 8ª edición, Editorial Sudamericana. Buenos Aires Arg. 1978.
- * JIMENEZ HUERTA MARIANO, Derecho Penal Mexicano. (tomo V). 6ª edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1986.
- * KELSEN HANS, Teoría General del Derecho y del Estado. 4ª reimpre-
sión, Editorial UNAM. México, Ciudad Universitaria. 1988.
- *LA SERNA PEDRO Y MONTALBAN JUAN, Derecho Civil y Penal de España
(tomo 3) Editorial Librería Gabriel Sánchez. Madrid España. 1886.
- *MANZINI, Tratado (tomo II). Editorial Antigua Librería Robledo, -
México. 1951.
- *MARGADANT FLORIS GUILLERMO, Derecho Romano. Editorial Esfinge. --
México D.F. 1983.
- *MEZGER EDMUND, Derecho Penal parte general. Editorial Cárdenas. -
México D.F. 1985.
- *PALACIOS VARGAS RAMON J. La tentativa. 2ª edición, Editorial Cár-
denas. México D.F. 1979.
- *PAVON VASCONCELOS FRANCISCO, Breve ensayo sobre la tentativa. --
4ª edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1989.
—Las reformas penales. (análisis crítico de la parte general). -
2ª edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1987.
— Manual de Derecho Penal Mexicano. 7ª edición, Editorial Porrúa
México D.F. 1985.
- *PORTE PETIT CANDAUDAP CELESTINO, Apuntamientos de la Parte Gene-
ral del Derecho Penal. 13ª edición, Editorial Porrúa. México D.F.
1990.
- *VILLALOBOS IGNACIO, Derecho Penal Mexicano. 5ª edición, Editorial
Porrúa. Mexico D.F. 1990.
- *VILLORO TORANZO NIGUEL, Introducción al Estudio del Derecho. 2ª -
edición, Editorial Porrúa. México D.F. 1974.

*WELZEL HANS, Derecho Penal Alemán. 3^a edición, Editorial Jurídica de Chile. Santiago de Chile. 1987.

LEGISLACION CONSULTADA.

- *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- *Código Penal para el Distrito Federal.
- *Anteproyecto de Código Penal para el Distrito Federal de 1989.
- *Código Penal Brasileño.
- *Código de Defensa Social de Cuba.
- *Código Penal Español.
- *Código Penal Hungaro.
- *Código Penal Polaco.
- *Código Penal Suizo.