

875209



Universidad Autónoma de Veracruz 13

Estudios Incorporados a la Universidad Nacional Autónoma de México

31

UAV

Facultad de Derecho

“La Naturaleza Jurídica de La Tentativa del Delito”

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE :
Licenciado en Derecho

Presenta:

Julio César Gómez Damasco

Director de Tesis

Asesor de Tesis

Lic. Cuauhtémoc Sánchez Serrano

Lic. Miguel A. Juárez Martínez

H. VERACRUZ, VER.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

i

I N D I C E

INTRODUCCION.....1

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL DELITO.....5

1.1 EL DERECHO ROMANO.....6

1.2 EL DERECHO GERMANICO.....10

1.3 EL DERECHO LONGOBARDO.....14

1.4 EN MEXICO.....16

 1.4.1 El código Martínez de Castro.....16

 1.4.2 El código Almaraz de 1929.....16

 1.4.3 El código penal de 1931.....28

CAPITULO SEGUNDO

EL CAMINO DEL DELITO "EL ITER CRIMINIS".....32

2.1 CONCEPTOS.....33

2.2 FASES DEL ITER CRIMINIS.....35

2.3 ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS.....40

2.4 RESOLUCION MANIFIESTA.....47

CAPITULO TERCERO

LA NATURALEZA JURIDICA.....	51
3.1 LA IMPERFECCION DEL DELITO EN LA TENTATIVA.....	52
3.2 LA CONDUCTA TIPICA COMO PRIUS LOGICO DEL DELITO	55
3.3 TIPICIDAD Y TENTATIVA.....	57
3.4 ANTIJURICIDAD Y TENTATIVA.....	60
3.5 CULPABILIDAD Y TENTATIVA.....	62

CAPITULO CUARTO

GENERALIDADES DE LA TENTATIVA DEL DELITO.....	65
4.1 TENTATIVA DE DELITO Y DERECHO SUSTANTIVO.....	69
4.2 TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO.....	73
4.3 FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DEL DELITO.....	75
4.3.1 Delito perfecto y delito imperfecto.....	75
4.3.2 Delito doloso y delito culposo.....	77
4.3.3 Tentativa propia y tentativa impropia.....	78
4.3.4 Tentativa en los delitos unisubsistentes.....	80
4.3.5 Tentativa en los delitos formales y materiales.....	80

4.3.6	Tentativa en el delito permanente.....	81
4.3.7	Tentativa en el delito de peligro.....	82
4.3.8	Tentativa en el delito sujeto a condición objetiva de punibilidad.....	83
4.3.9	Tentativa de los delitos de omisión simple y de comisión por omisión.....	84
4.3.10	Tentativa en el delito habitual.....	85
4.3.11	Tentativa en el delito continuado.....	86
4.3.12	Tentativa en la convergencia de delitos.....	87
4.4	LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL DE VERACRUZ Y JURISPRUDENCIA.....	88
4.4.1	Jurisprudencia en la tentativa.....	96
4.4.2	Tentativa. delitos en grado de.....	98
4.4.3	Tentativa punible.....	99
4.4.4	Tentativa punible y preterintencional.....	100

CAPITULO QUINTO

	EL DELITO IMPOSIBLE Y SU ANALISIS.....	102
5.1	CONCEPTOS.....	103
5.2	IMPOSIBILIDAD SOBRE LA ACCION.....	108
5.3	IMPOSIBILIDAD SOBRE EL OBJETO.....	110
5.4	LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE.....	112

CONCLUSIONES.....113

BIBLIOGRAFIA.....115

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

Los delitos en su mayoría, constituyen hechos que afectan directamente los bienes, los intereses a los derechos del ser humano (su vida, sus propiedades, su tranquilidad, su familia, etc.); pero no es únicamente la víctima del delito que resulta dañada, puesto que la comisión de las infracciones penales causa también el quebrantamiento, en menor o mayor grado.

Tomando en consideración que el camino del delito (Iter Criminis) en relación a dos fases: una interna y otra externa, es decir, el delito nace como una idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, mas o menos prolongado. A la fase o trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna. Con la manifestación principia la externa, la cual termina con la consumación.

De esta manera podemos entender que existe una ideación, una deliberación y una resolución para cometer un ilícito, con lo cual se plasma una "tentativa", pero sin llegar a la consumación en la que pueden intervenir todos aquellos actos que conforman su "naturaleza jurídica". Y aún con todo ellos existen algunas controversias y diferencias de opiniones al respecto.

Por lo que en este trabajo tratamos de despejar las dudas que conllevan al estudio de la naturaleza jurídica de la tentativa del delito.

La tentativa difiere de los actos preparatorios; en estos no hay todavía hechos materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo, según lo expresa Fernando Castellano T. agregando: "entendemos pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto."

El artículo 21 del código penal de Veracruz, nos dice: "Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o en ejecución o por todos u omisiones que deberían producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente."

Así las cosas tenemos que el fundamento de la punición (punibilidad en la tentativa), en la tentativa es el principio de afectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados.

Es de equidad sancionar la tentativa en forma menor enérgica que el delito consumado, pues penalmente también se lesionan bienes protegidos por el derecho.

En la tentativa, si bien igualmente se viola la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa.

Por lo anterior y conforme a lo que exponemos en el presente trabajo, a continuación hacemos un breve análisis de la tentativa del delito y su naturaleza jurídica, el cual lo hemos dividido en los siguientes capítulos:

El capítulo I, lo relacionamos con los antecedentes históricos del delito y de la tentativa del mismo en algunos países y en México.

El capítulo II, tratamos lo que se refiere al camino del delito o "Iter Criminis", fases, actos preparatorios y la resolución manifiesta.

El capítulo III, trata de la naturaleza del delito desde la imperfección en la tentativa, y los elementos jurídicos de tipicidad, antijuricidad y culpabilidad en la tentativa del delito.

El capítulo IV, en el que se hace una relación sobre los aspectos generales de la tentativa del delito, tomando en consideración el derecho sustantivo y la tentativa; el delito consumado y tentativa; y todas aquellas figuras especiales que en nuestro Derecho aparecen con relación a la tentativa del delito, siendo de importancia fundamental el breve análisis de la Tentativa del Delito en el Código Penal del Estado de Veracruz.

Y por último en el capítulo V, se hace mención del delito imposible, dada su acción, su objeto y la punibilidad. Dada la relación existente con la tentativa del delito.

Con la finalidad de sacar nuestras conclusiones, se añade una conclusión general, que a nuestro juicio es la más aceptada así como alguna proposición consistente en la modificación de algunos numerales de nuestro ordenamiento jurídico.

CAPITULO PRIMERO

ANTECEDENTES HISTORICOS

DEL DELITO

1.1 EL DERECHO ROMANO

En los antecedentes más remotos que encontramos sobre la figura especial del Delito Tentado, recordamos que en el éxodo XXI, 12, al irse olvidando el criterio de la ley del talión, ("ojo por ojo diente por diente", fórmula que surgió como una necesidad para limitar la venganza privada, y sólo reconocer a los ofendidos el derecho de causar un mal en igual proporción e intensidad al sufrido) se expresó:

"El que hiere a un hombre queriéndolo matar
muere por ello". (1)

Así comprendemos que el Derecho Romano siguió el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, y por tanto, no se llegó a integrar el concepto y la palabra técnica de tentativa, ni se creó un criterio distinto entre la consumación y tentativa, no obstante lo cual, algunos actos concretos de tentativa y de preparación, fueron observados y sancionados como delitos consumados (2).

(1) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito.p.484.

(2) Jiménez de Asúa. Op cit. p.485.

Por ello es necesario reconocer la inexistencia en el derecho romano de la Teoría de la Tentativa, lo cual no implicó en forma alguna que los actos de preparación y ejecución quedaran impunes, ya que en los "Crimina Extraordinaria" se llegó a imponer a los causantes una pena similar a la que correspondería a la del delito consumado, mediante el uso del arbitrio concedido a los jueces.

En el Derecho Penal Privado siempre se atendió al daño causado, y por ende únicamente sancionaban los delitos consumados. Sin embargo, en el Derecho Penal Público no sólo se atendió al daño material, sino que a pesar de la exigencia de que el animus entrase en el periodo de la exteriorización material no era indispensable que el resultado fuera perfecto, y así, en los delitos de *loesa maiestatis*, por ejemplo, eran sancionados los actos preparatorios y ejecutivos delictuosos consumados (3).

(3) Jiménez de Asúa. Op cit.p.486.

En la "Lex Cornelia" algunos actos de preparación y de tentativa fueron sancionados por penas establecidas para los delitos consumados, sin embargo, y a partir de Adriano, fue acentuándose la influencia filosófica hacia el lado subjetivo del delito, la voluntad delictuosa exteriorizada, en contra posición del éxito, o sea, cuando ejecutan hechos encaminados, directa e inmediatamente a la realización de un delito, sin que este llegue a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente, y por lo tanto, el delito tentado en general, fue sancionado con penas atenuadas; pero ni siquiera el derecho romano ulterior llegó a formar un concepto general de la tentativa".(4)

(4) Jiménez de Asúa. p. 487.

Si bien en los orígenes más remotos del derecho punitivo, en sus etapas de pena privada y pena pública, se observan el castigo en relación con el resultado material ocasionado, aunque dicho concepto se fue modificando para ir adquiriendo mayor importancia el lado subjetivo del delito, situación por la que les fue concedido el uso de su arbitrio a los jueces para imponer a los delitos tentados, una pena similar a la del delito consumado, ya que para imponer ésta se tomaba en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.

1.2 EL DERECHO GERMANICO

Encontramos por principio que la tentativa fue desconocida sin embargo, posteriormente y aún sin establecerse una fórmula diferenciadora, se equiparó principalmente en el concepto de delito flagrante, al delito consumado, y así en diversas ocasiones fueron castigadas agresiones contra la vida y la integridad corporal aún sin haber sido causado el resultado material. (5)

En el Derecho Italiano de la edad media encontramos ya conformar una idea, reconociendo en ella la relación de lo intentado con el resultado no producido con la fórmula del "coqitare agere, sed non perficere", buscando su punición atenuada en oposición a las ideas de los romanos. (6)

(5) Pavón Vasconcelos. Francisco. La tentativa.p.98.

(6) Pavón Vasconcelos. Ob cit.p.98.

En la Novisima Recopilación en el libro XII, título 21 de los homicidios y heridos se reafirma el principio de la Ley del Talión, sin embargo, en la Ley 1, título 22 del ordenamiento de Alcalá se refería: (7)

"Acaece algunas veces, que algunos hombres están acechando para herir o matar a otros y hacen habla o consejo para ello, y hieren a aquellos a quienes están acechando y atendiendo herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o la habla y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea".

(7) Pavón Vasconcelos, Ob cit.p. 98.

Así posteriormente en diversos ordenamientos se observaron con más precisión los diversos momentos del iter que debían ser castigados en forma diversa. conatus remotus actos preparatorios. El pro pinuus actos de ejecución y el proximus tentativa acabada. (8)

El castigo atenuado de la tentativa fue mantenido en general, equiparándose por excepción la tentativa acabada al delito consumado, haciendo notar que el fundamento del Derecho Común y de los Códigos penales de los Estados de Alemania fue constituido por las disposiciones contenidas en la Constitutio Criminalis Carolina de 1532. De las diversas opiniones de la Doctrina Italiana. se observa que en la línea de máxima se presenta regularmente como objeto esencial de las discusiones: la delimitación al máximo del momento inicial del mismo. la crítica consiguiente a la dificultad de encontrar un criterio de distinción plenamente válido y la necesidad de buscar vías para la delimitación de la tentativa punible.

(8) Pavón Vasconcelos. Ob cit.p.99.

"... la tentativa constituye no sólo el inicio de la ejecución, sino también el acto precedente lógicamente necesario a éste..." (9)

La Doctrina Alemana, por tanto, fue desarrollada sobre la base del mismo problema del inicio del momento de ejecución buscando afanosamente esclarecer dicho problema, para explicar que la tentativa debe observarse en toda aquella actividad que, aún siendo precedente pueda aparecer como necesariamente adherida a la acción típica.

(9) Pavón Vasconcelos, F. Ob cit.p.89.

1.3 EL DERECHO LONGOBARDO

El Derecho Longobardo consideró la tentativa como de menor importancia a la consumación, castigándola con pena atenuada (extra ordinem), reglamentado la tentativa inidónea y el desistimiento espontáneo. En cuanto a la primera, podemos decir que fue aquella en la que existe imposibilidad de la consumación o sea, falta de aptitud para llegar al fin deseado y procurado por el actor. Así vemos, que se consideró como un camino adecuado para distinguir la tentativa punible de la impune, la idoneidad, en su caso, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual se dirige la acción.

De las anteriores observaciones, Carrara precisó que en la indagación de la idoneidad se debe mirar a las condiciones exclusivamente materiales de la acción, sin ser necesario su conocimiento previo por el agente, lo cual resultaría un evidente contrasentido. En lo que se refiere al desistimiento encontramos que este, fue obtenido como la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el autor, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal iniciado.

Siendo así por tanto, como se desarrollaron los conceptos ingeniosos del conatus remotus actos preparatorios, el pro pinquus acto de ejecución y del proximus tentativa acabada. (10)

(10) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito. Ob cit.p.488.

1.4 EN MEXICO

1.4.1 El Código Martínez de Castro

En la legislación Mexicana, el Código Martínez de Castro distinguió en el desarrollo del "Iter criminis" cuatro grados sujetos a pena, que son:

- a) El Conato
- b) El delito intentado
- c) El delito frustrado y
- d) El delito consumado

a) El conato

Fue definido en el artículo 19: "como la ejecución de uno o mas hechos encaminados directa e indirectamente a la consumación de un delito, pero sin llegar al acto que lo constituye, agregando en el artículo siguiente que la indicada figura es punible sólo cuando no se llega a la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. Si bien en el artículo 23 se exigía, "...que los actos ejecutados den a conocer por si solos, o acompañados de algunos indicios..." la voluntad del agente, y en la segunda parte se refirió a un elemento material consistente en un mínimo temporal de punición al delito consumado para poder castigar la acción en grado de conato.

Cabe hacer notar la importancia de esta observación a que se refiere el artículo 23, ya que la tentativa requiere actos de ejecución, tomando en cuenta que los actos preparatorios no la integran si son equívocos (por ejemplo adquirir una escalera si se imputase un robo con escalamiento) no así si son inequívocos (por ejemplo adquirir la máquina de fabricación de moneda falsa, con la salvedad de que se trate de un coleccionista), así pues, los actos preparatorios son por lo general insuficientes por sí mismos para demostrar la voluntad del agente para ejecutar un delito determinado.

Al respecto, la H. Suprema Corte de la Nación sostiene:

"Jurisprudencia.- La sola búsqueda de la víctima con el propósito de darle muerte no integra tentativa de homicidio...porque no se realizaron actos de ejecución con el núcleo del tipo del delito respectivo.

(Primera sala, 4345/59).

Para la aplicación de la sanción al responsable de conato, se exigió además; a) Que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el agente tenía la intención de ejecutar, y b) Que la pena a imponerse por él, si se hubiera consumado, no pase de quince días de arresto o quince pesos de multa.

La tentativa de Delito bajo la denominación de conato, fue delineada con redacción que parece poner de manifiesto el conocimiento de los inconvenientes al sostenimiento del principio del inicio de la ejecución como vía para delimitar la tentativa impune de la tentativa punible, y como consecuencia de ello, el interés en buscar una vía diversa que lograra rendir frutos más útiles para solucionar el sinnúmero de problemas que se presentan en la práctica; la razón para castigar el conato fue por la perversidad revelada por el sujeto a través de los actos realizados y por la alarma social producida por éstos, argumentos anticipados a los invocados por los positivistas al propugnar por el castigo de todo acto con el cual el sujeto pretendiera llegar a la consumación del delito en función a la peligrosidad exteriorizada fuera idóneo o inidóneo para tal fin.

En atención a lo anterior el capítulo III del título V relativo a la aplicación de las penas establecido en el artículo 202 para el conato un quinto de las penas aplicadas al delito consumado, y cuando se trataba de sujetos de máxima temibilidad en el supuesto de conato por desistimiento, se concedió al juzgador la facultad de exigir al agente "la caución de no ofender o someterlo a la vigilancia de la policía o a confinamiento".

b) El delito intentado.

Fue establecido por el artículo 25 como "el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si esta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable por ser imposible, o por ser evidentemente inadecuados los medios empleados". En la fórmula de delito imposible (delito intentado), misma que fue estructurada por el Código Martínez de Castro, quedaron establecidas las hipótesis de inidoneidad absoluta y relativa que se refieren tanto a los medios empleados como el objeto.

Se admite de antemano que todo propósito de la ley para abarcar la punición del delito imposible hace necesaria la previsión legal de este, en atención a las restricciones impuestas por el principio de exclusividad o de reserva recogido en nuestro sistema constitucional, por lo que estimo que el artículo 25 no debió sancionar toda tentativa, aún cuando esta era totalmente imposible por la inidoneidad total tanto de los medios empleados, reveladores de ausencia de peligrosidad, como del objeto impiden la antiijuricidad de la acción. En relación a lo anterior es necesario hacer notar que si las razones aducidas para sancionar el delito imposible, atiende entre otras a la peligrosidad revelada por el sujeto a través de sus actos realizados hacia la ejecución de un delito determinado y a la alarma social que producen por el solo hecho, ante la imposibilidad de la existencia de un peligro real, en las hipótesis de inidoneidad absoluta de los medios empleados, así como del objeto que impide la antiijuricidad de la acción, en todo caso debió adoptarse el criterio de aplicar las simples medidas de seguridad y no aplicar sanciones penales, ya que en este supuesto se equiparó el delito imposible, en cuanto a su consecuencia penal, con la tentativa punible.

El artículo 24 posteriormente estableció la determinación legal de excluir de sanción a los actos preparatorios, los cuales, solamente serían punibles cuando por sí mismos constituyeran un delito concreto con pena previamente señalada en la ley, en consecuencia podemos afirmar que los actos preparatorios no forman parte en el concepto de tentativa punible en ninguno de sus grados: conato y frustración.

Por último el capítulo tres del título V relativo a la aplicación de las penas, sustitución, reducción y conmutación de ellas, y ejecución de las sentencias refirió la penalidad para la figura del delito intentado conforme a tres reglas:

a) Cuando intentándose contra persona y bienes determinados se produzca en personas y bienes diversos, figura que suponía la existencia del delito en presencia de error en personas y en cosas, en cuyo caso se impone la pena del delito consumado.

b) Cuando la consumación se presenta como imposible solo se presenta pero no en circunstancias o medios diversos, haciéndose acreedor el agente de un tercio a dos quintos de la pena por delito consumado y;

c) En presencia de imposibilidad absoluta cuya pena era de diez a mil pesos con fundamento en el artículo 203.

c) El delito frustrado.

Lo define el artículo 26 "como el que llea hasta el último acto en que debía verificarse la consumación. si esta no se realiza por causas extrañas a la voluntad del agente", situación en la que observamos que el sujeto realiza todos los actos subjetivamente necesarios para producir el resultado. Edmundo Mezger, al referirse al delito frustrado o tentativa acabada nos dice "que nos encontraremos en este supuesto cuando el agente haya realizado todos los actos requeridos por su parte para la consumación del delito, sin que el resultado se produzca a virtud de causas ajenas a su voluntad. Siendo para el propio autor " el sentido subjetivo del agente mismo", la base determinante para llegar al reconocimiento de si se ha o no verificado todo lo de su parte necesario a la consumación del delito.

Romagnisi fue de los primeros en establecer la distinción entre tentativa y frustración, fundándose en la diferencia entre ejecución subjetiva y objetiva. En la tentativa, resulta incompleta tanto subjetiva como objetivamente la acción, mientras que en el delito frustrado la acción es completa en el ámbito subjetivo pero incompleta en el objetivo, en virtud de la no verificación del evento por causas ajenas a la voluntad del agente.

Al respecto podemos observar que tanto una como la otra de dichas figuras requieren actos de ejecución del delito, pero mientras en la tentativa solo se practica una parte de los necesarios para llegar a la consumación del hecho querido, en la frustración se llevan a cabo los que lógicamente podrían haberla producido, a pesar de los cual el delito no se consuma.

Se observa así que el Código Martínez de Castro, adopta un texto, en nuestro concepto inspirado en el Código español que expresa:

" Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por los hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquier causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento".

En cuanto a la punibilidad del delito frustrado, el capítulo III del título V al referirse a la aplicación de las penas en el artículo 204 estableció:

a) Cuando el delito contra la persona o bienes de alguno se frustrare, pero se consume en la persona o bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resulte consumado, y

b) Fuera del caso anterior se impondrá de dos quintos a dos tercios de la pena por el delito consumado.

d) El delito consumado.

Fue establecido por el artículo 21 en los siguientes términos:

" Es el acto pleno por la práctica de todos los medios de ejecución según el tipo legal establecido para cada una de sus especies en el libro tercero de este Código".

En el análisis sobre la esencia de este delito permita destacar, en primer término, los elementos objetivo y subjetivo; siendo referido el primero al hecho físico material del cual habrá de derivarse la existencia del delito; en general, estudiado en sus tres momentos; de conducta, resultado y nexo causal; y el segundo integrado por el factor de intencionalidad que habrá de unir la voluntad del agente con el resultado producido (11).

(11) Pavón V. La Tentativa del Delito. o.103.

1.4.2 El Código Almaraz de 1929

El Código Almaraz de 1929, distinguió en los delitos, delitos intencionales a dos figuras especiales: el delito consumado y la tentativa o conato, estableciendo el requisito de que los actos ejecutados den a conocer por sí solos o acompañados de algún indicio cual era el delito propuesto. Así mismo restringió de la tentativa a una de sus formas, la del "conato", al exigir la interrupción del proceso ejecutivo por causa o condición diversa al propio y espontáneo desistimiento (12).

Al respecto el artículo 21 del citado Código expresó: "Hay Tentativa Punible": cuando el agente inicia exteriormente, la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieren producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento.

Como podemos observar, el Legislador de 1929 pese a la filiación radicalmente positivista que informó su sistemática y contenido, volvió nuevamente al criterio del principio de ejecución, fundado en la bipartición clásica de los actos; impidiéndole como modalidad la exigencia del doble "elemento" Idoneidad y dirección".

(12) Pavón V. Op cit.p.108.

Clara muestra de la tendencia positivista del código, la observamos en sus artículos 26 y 27, mismos que en el primero de ellos concede al juzgador la facultad para exigir al agente " la caución de no ofender" o bien el someter a los sujetos temibles a confinamiento o vigilancia"; en tanto que el segundo establece la aplicación de las sanciones de una tentativa frustrada por arrepentimiento, cuando el agente realiza posteriormente una nueva tentativa, estableciéndose para tal efecto un término de cinco años.

La noción legal sobre la tentativa punible, excluyó el delito imposible por idoneidad total, ya por ineficacia de los medios o por la inexistencia del objeto, no sucediendo lo mismo por cuanto a la idoneidad relativa. La figura típica que podemos mencionar es el supuesto de la inexistencia del objeto, ya que no se puede comenzar a matar un muerto, ni comenzar a robar lo propio.

Como acertadamente observa Pavón Vasconcelos. el Legislador dejó de considerar la figura del delito como tentativa acabada o delito frustrado, así la presencia de la adopción del principio de referencia no resultó tan positiva como se hubiera supuesto, ya que la inclusión de los elementos idoneidad y dirección, ponen en evidencia que no fue intento de los legisladores dejar de reconocer la importancia de esos dos factores, objetivo y subjetivo respectivamente, para la punición de la tentativa del delito (13).

(13) Pavón V. Op cit p.110.

1.4.3 El Código Penal de 1931

El código penal de 1931 al referirse a la "tentativa" en su artículo 12, establece:

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

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

La tentativa puede definirse sintéticamente como: la ejecución incompleta de un delito, o sea un grado en la vida del delito y por la falta del daño inmediato o físico. es un delito imperfecto (14).

De lo anterior; Luis Jiménez de Asúa, distingue los dos siguientes elementos:

A) OBJETIVO, que se refiere al comienzo de ejecución por hechos exteriores.

(14) Jiménez de Asúa. Op cit. p.490.

B) SUBJETIVOS, que nuestra ley expresa, diciendo: directa o inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Así observamos que la tentativa se define como "comienzo de ejecución" y para que acto ejecutivo, es preciso que el agente desarrolle su conducta, en la actividad expresada por el verbo principal de la definición: es decir, cuando se habla del homicidio, que es privar de la vida a un hombre, hay que empezar a matar; cuando se habla del robo, hay que empezar a robar. Todo lo que no sea producir la muerte, aunque se compre el arma y se planee el hecho, no es acto de ejecución sino acto preparatorio (15).

Ramón Palacios, señala que al no ser contemplada la tentativa por una regla legal, está circundando la figura criminosa, y es necesario que la norma jurídica considere como delito no solamente el acto mismo lesivo del bien, sino al propio tiempo el acto que tiende a esa lesión sin obtenerla.

Este autor, así desprende que:

a) la tentativa requiere dentro del sistema intronizado por el derecho por el derecho penal liberal una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser inculpada.

(15) Jiménez de A. Op cit.p.492.

b) la norma de la tentativa es accesoria: solo cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. No hay pues el delito de la tentativa sino la "Tentativa del Delito", por ser el fruto de la combinación de dos norma incriminadoras; una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo titulo de delito. "el delito tentado" (16).

El Código Penal del D.F. no define la tentativa, sino que señala cuando es punible, lo cual quiere decir que hay casos en que no lo es. La punibilidad de la tentativa nace, cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si este 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. El código de 1931, ha condicionado los actos de ejecución a dos circunstancias:

a) Causalidad, donde se requiere que los actos ejecutivos se encaminen directamente a la realización del delito proyectado; y

(16) Palacios Ramón. La tentativa del delito.

b) Razón del tiempo, la que demanda una concordancia, una contemporaneidad entre los actos de ejecución y el hecho mismo, en tal forma que aquellos sean precisamente inmediatos a éste (17).

(17) Palacios Ramón. Op cit.p.47

C A P I T U L O S E G U N D O

EL CAMINO DEL DELITO

"EL ITER CRIMINIS"

2.1 CONCEPTO

El delito tentado es una figura jurídica que se presenta en la vida del iter criminis, generado por la ideación del delito por parte del sujeto agente y finalizado con la consumación del delito, relevante para el Derecho Penal. Si por "iter criminis" debe entenderse camino al delito, es evidente suponer que tal andamio encuentre su principio en la ideación, con el surgimiento de la idea criminosa en la mente del agente futuro delincuente, y su fin con la consumación del delito puesta en mira (18).

El estudio del iter criminis puede ser enfocado desde un doble ángulo; bajo una concepción criminológica, en donde el análisis de la conducta interesa sólo en cuanto a la manifestación exterior de la voluntad del hombre; y, bajo una concepción jurídica, en donde se analiza el camino del delito refiriéndose a los diversos momentos psicológicos y físicos, por los cuales atraviesa la conducta que previene la norma implícita en la Ley Penal. El iter criminis comprende por tanto, el estudio de las diversas fases recorridas por el delito desde su ideación hasta su acaotamiento.

(18) Osorio Augusto. Síntesis de Derecho Penal. p.79.

Es importante observar que en el análisis sobre el iter criminis, no viene terminado con la consumación es sólo un momento en la vida del delito, presente cuando la conducta del sujeto encuadra perfectamente en el tipo penal (19).

(19) Cuello C. Eugenio. Derecho Penal. p.256.

2.2 FASES DEL ITER CRIMINIS

En el proceso de generación del delito, es posible observar la presencia de dos fases fundamentales: una interna o subjetiva que se desarrolla en el interior del sujeto en la esfera de la psique del individuo y otra externa u objetiva desarrollada en el ámbito de la realidad física. El delito se encuentra en su fase interna cuando no ha sido manifestado o exteriorizado por el autor, es decir, no ha salido de la meta de éste, y por lo tanto se integra por la ideación, la deliberación y la resolución. La fase externa viene integrada por la realización de los actos preparatorios y de los actos ejecutivos.

a).- En la fase interna se presenta la ideación cuando nace en el sujeto agente la idea de cometer un delito; es el momento que se presenta bajo la presión de un sentimiento negativo, el individuo hace nacer en su mente la posibilidad de cometer una conducta que de verificarse se presentará como delictiva, o sea, que el sujeto mismo lo determina como consecuencia de un impulso interno originado como resultado de una determinada situación que lo motiva, de manera voluntaria o involuntaria.

La ideación es solo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene encadenado bien con el impulso externo que provoca el desarrollo normal del proceso de elaboración de la idea o bien por un estímulo interno diverso que encuentre su proceso degenerativo directamente en la memoria.

Puede suceder que la idea de cometer un delito sea rechazada en forma definitiva sin llegar a ser decisión volitiva tendiente a una actuación exterior y material; pero si las fuerzas inhibitorias no son bastante, y la idea persista, surge el segundo momento, la deliberación, que se presenta cuando el sujeto agente delibera sobre sus posibilidades de éxito, estudia los aspectos positivos y negativos derivados de su realización y después de haberlo considerado todo en balance, obtiene la conclusión de integrar el tercer momento.

La deliberación corresponde al momento que el sujeto agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá de optar entre los caminos que representan socialmente lo bueno y lo malo, y en donde se observan frente a frente los frenos psíquicos de la conducta y la manifestación, aún interna, de los instintos. (20)

La resolución como tercer momento de la fase interna del iter criminis, implica la adopción de una resolución a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar a base para el inicio de la actividad delictuosa. La fase interna no tiene trascendencia penal, pues siendo inexistente la materialización de la idea criminal en actos o palabras, es imposible la lesión de algún interés jurídico protegido penalmente; mientras la idea delictuosa permanece en lo íntimo de la conciencia, no se da infracción alguna al orden jurídico que regula relaciones entre personas, y por ello el pensamiento no delinque.

b).- La fase externa u objetiva del iter criminis está integrada por dos momentos; el periodo que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento anterior a la consumación, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y la etapa de consumación del delito, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado. El periodo transcurrido desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento de la consumación, plantea el problema de la tentativa del delito.

Desde que una voluntad ha sido inteoramente conformada con la resolución y exteriorizada con la realización de actos tendientes a la ejecución del prooósito criminoso, da principio el concepto de la tentativa del delito, en tanto que, gramaticalmente "tentar" significa realizar actos finalisticamente encaminados, supone el tratar de llevar a la realidad un propósito; en consecuencia el concepto de tentativa de delito supone la realización de una acción dirigida finalmente, sin ser suficiente la presencia de una voluntad sino que requiere así mismo la exteriorización de la misma por medio de actos.

El período de exteriorización de los actos anteriores a la consumación, es el que suscita mayor interés en el Derecho Penal, ya que es donde encontramos el difícil planteamiento de fijar un criterio válido entre la tentativa punible y la tentativa impune, ya que no todos los actos de exteriorización implican tentativa punible; determinación vinculada a la amplitud del artículo que la prevé y es precisamente tal determinación la que se presenta como problema fundamental en todo estudio acerca de la tentativa del delito.

Al respecto se ha expresado que no pueden constituir forma particular de punición a actividad correspondiente a la fase interna, la cual sin excepción, permanece siempre impune; puede resumirse que la doctrina intentando establecer bases firmes al encuadramiento y punición de la tentativa culpable, ha recogido originalmente como criterio general de distinción, la punición de actos ejecutivos y la no punición de los actos preparatorios.(21)

(21) Cuello C. Eugenio. Op cit.o.258.

2.3 ACTOS PREPARATORIOS Y EJECUTIVOS

Si existe relación inmediata entre lo pensada y lo exteriorizado, mayor manifestación de la libertad y voluntad criminal expresará el acto según se acerque al deslinde final. Consecuentemente es necesario contraponer los actos "preparatorios" a los actos de "tentativa", pues mientras aquellos deben quedar impunes, estos deben ser penados. (22)

Por otra parte Carrara utilizó la bipartición de los actos y adoptó el criterio de la univocidad como medida de la diferenciación entre actos preparatorios y actos ejecutivos; informaba que la acción sería ejecutoria y consecuentemente punible cuando fuese univoca, o sea cuando fuera tal naturaleza que no dejara duda acerca de la intención del agente. Cuando la acción se presentara como equívoca o cuando pudiera objetivamente llevar tanto a la comisión de un delito cuanto a la insaturación de alguna otra situación jurídica diversa, debía ser estimada como no punible.

(22) Malo C. Gustavo. Tentativa del Delito.p.2.

El criterio no resultaba inexacto como consecuencia de la frecuente presencia de casos que podían manifestarse ya, como únicos, pero no por esto ser ejecutivos. Si para Carrara los actos de tentativa de un delito, caracterizados por su univocidad hacia éste, los actos preparatorios resultan ser aquellos cuyas notas son diversas de las apuntadas esto es, resultan no sólo equivocados sino carentes del principio de ejecución. En efecto, Carrara ha señalado que la univocidad es suministrada por la aptitud de los propios actos para expresar la precisa intención de quien los ejecuta. (23)

El tratadista Malo Camacho nos dice que: "Beling, consideró que por actos ejecutivos debería entenderse; la activación de la acción descrita en el tipo legal, es decir, el inicio de la objetivación de la acción típica, criterio este fundado en el principio de la legalidad, ya que sólo la acción iniciada encuadrable dentro del marco del modelo legal descrito en la norma penal, puede y debe ser oñida.

(23) Malo Camacho. Op cit.p.8.

De esta manera el comienzo de la ejecución se presenta como una referencia objetiva válida para la determinación de la tentativa punible. No obstante las ventajas de esta postura, se observaban con frecuencia casos en que resultaba difícil un auténtico inicio de ejecución del tipo legal antijurídico y que no obstante la actividad en sí misma era constitutiva de tentativa de delito. (24)

Posteriormente con la llamada tesis de los complementos de la acción, Belino completó su anterior afirmación informando que en ocasiones el sujeto agente realiza acciones que por sí se presentan como ineficaces para producir el delito pero que al realizarlas, el propio agente cuenta previamente con el acaecer natural de un determinado complemento de esa acción y consecuentemente, al observar esa acción es necesario considerarla con sus complementos ya que sólo así puede verse justamente valoradas. De esta manera la acción de quien ha comorado el veneno, lo ha llevado a casa y lo prepara en la bebida de la futura víctima, en sí y por sí no es aún ejecutiva del delito de homicidio, pero considerada como su complemento natural constituido por la costumbre de la víctima de tomar la indicada bebida, la acción adquiere poder ejecutivo medicinal.

(24) Malo Camacho. Op cit.p. 9-10

En relación a lo anterior podemos pensar que el propio autor acepta la existencia de casos en que se admite y se exige la punición a los actos en un momento precedente al auténtico comienzo de ejecución del núcleo del tipo del delito, siempre que se presente tal conducta como peligrosa y reveladora de la intención del agente.

Jiménez de Asúa, se perfila por el criterio del comienzo de la ejecución, al hablar de la acción que penetra en el núcleo del tipo y agrega que como no siempre es fácil determinar tal penetración, debe entenderse como el comienzo de la ejecución la penetración en el núcleo del tipo o el inicio de las referencias a lo medio de acción de una conducta.(25)

Scarano, finalmente afirma que con el doble requisito de la idoneidad y la dirección no equivocada de los actos que la ley actualmente señala, el problema queda resuelto sobre la base del criterio que él propone como capacidad de la acción a producir el resultado dañoso o peligroso. La idoneidad es una potencialidad...dados determinados elementos de hecho...para alcanzar el fin, y es por así decirlo intrínsecamente ligada al proceso causal extrínseco, por lo cual a una determinada acción se le relaciona un daño o un peligro.

(25) Jiménez de a. Ob cit.p.487.

Así los problemas inherentes a la delimitación de la tentativa punible deben venir resueltos sobre la base de la dirección unívoca de los actos y que sea idóneos, es decir, que teniendo potencialidad intrínseca para producir un efecto sean actos para causar un resultado dañoso o peligroso.

La idoneidad está generalmente referida a los medios, pero objeto de la misma debe ser toda la acción considerada en su conjunto, de manera que el juicio de idoneidad no se refiera únicamente a un aspecto, sino al conjunto de los factores y circunstancias que en cualquier modo pueden influir sobre la acción misma. Es la acción en su conjunto, cuando sea completada, la que debe ser referida al resultado final, pero los actos simples como preparar el veneno, limpiar y cargar el arma, etc., no pueden referirse sino a su específica finalidad y nada más. Así la imputación a "Pedro de haber intentado privar de la vida a "José" con un disparo, deberá ser basada en la idoneidad de la acción en todo su conjunto, ya que la idoneidad puede presentarse a cada uno de los actos solos (idoneidad al comprar el arma, idoneidad al limpiarla y cargarla) pero en este supuesto faltaría la idoneidad de la acción considerada en su conjunto.

El criterio de la univocidad es siempre necesario tema de tentativa. en el sentido de los actos sean aquellos preparatorios o ejecutivos, en modo no equivoco deben referir la intención, el fin, la voluntad de cometer un delito. Scarano refiere la noción de la univocidad a aquella del fin y el acto son los términos naturales de la noción de la tentativa la cual tiene un elemento finalístico que le confiere la ejecución de la acción aún cuando ha sido llevada al cumplimiento de un resultado decisivo. la referencia al momento ejecutivo interviene solo como seguro criterio para la individuación de la voluntad dirigida al delito.

Afirma Scarano, que el acto no puede adquirir un valor indicativo excepto cuando sea individuada la dirección del querer, es decir, el fin de quien lo ha puesto en ejecución y que la referencia al momento ejecutivo no sustituye al criterio de la univocidad sino simplemente representa un medio más preciso de identificación. Consecuentemente la univocidad debe ser entendida como la idoneidad del acto para probar por parte suya, la intención del agente ya identificada por otras vías.

Por cuanto se refiere a la Legislación Mexicana. podemos estimar la consideración de univocidad como prueba de la intención del agente, prueba que puede ser derivada no solamente de los actos en si mismos, sino de cualquier otro medio que pueda servir al juez en la formulación del criterio que lleva acerca de la intencionalidad del agente. tomando en cuenta su temibilidad y el grado a que pudiese llegar la ejecución del delito, es decir, a la dirección no equivocada de los actos. Cuando el artículo 10 del Código Penal expresa "...hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito..." no es posible dejar de admitir que ha sido intención del legislador el referirse a la dirección de los actos.

Por último resumimos que los actos preparatorios tienden a preparar el delito y sólo subjetivamente, es posible darles tal significación, ya que nada revelan sobre la intención delictuosa del agente, por su naturaleza equivocada sobre el propósito delictuoso, supuesto que en la compra del arma puede tener un fin lícito como ilícito. Los actos ejecutivos por lo contrario, son unívocos por cuanto por si mismos resultan capaces de expresar objetivamente la intención de su autor de delinquir y entrañan peligro de lesión. (26)

(26) Jiménez de A. Op Cit. p.488.

2.4 RESOLUCION MANIFIESTA

A la simple resolución interna del delinquir, sucede la resolución manifestada, que consiste en el acto de voluntad mediante el cual el individuo exterioriza su idea criminal o delictiva por medio de la palabra. Bajo la denominación de resolución manifiesta, se encuadran una serie de figuras cuya característica es punir situaciones que no constituyen aún actos ejecutivos de un tipo legal que suponga la resolución de un hecho, sino que constituyen meras manifestaciones de voluntad en un determinado sentido típico penal, las cuales se encuentran penadas en virtud de que el legislador ha considerado de interés, no solo la prohibición de las conductas que le son lesivas, sino asimismo su sola puesta en peligro que suone el objeto de los presentes casos.

Las figuras que podemos señalar al respecto son los diversos casos de: "proposición, provocación, inducción, excitación, conspiración, etc." Estos casos en la parte relativa a la exteriorización de los actos, es decir, fuera de la fase interna y como parte de la fase externa. (27)

(27) Jiménez de A. Ob cit.p.450.

La propositión es la transmisión inicial de un hecho deseado por quien ha resuelto delinquir, a otra u otras personas para obtener su cooperaci3n en la ejecuci3n de un delito.

La "Provocaci3n" supone un grado mas avanzado en el iter que la propositi3n pero menor a3n de la excitaci3n. Es el acto de alabanza p3blica de conductas sancionadas por la ley como delictuosas, constituyendo una franca rebeldia al orden juridico establecido, cuyo peligro se revela en la posibilidad de crear una influencia psicol3gica capaz de hacer doble la realizaci3n de un delito.

La "Excitaci3n" supone un grado posterior en el iter a la provocaci3n: se concreta en aquel momento en el cual la provocaci3n ha logrado estimular el inter3s de la tercera persona quien, en consecuencia, se manifiesta como interesada en la comisi3n del hecho delictivo: se ha conformado el momento de la ideaci3n y empieza a configurarse el momento psiquico de la deliberaci3n en la mente del posible sujeto agente de un delito.

La "Inducción" se manifiesta como un momento mas avanzado en el iter que la excitación, supone no solo la activación de la mente del sujeto pasivo de la relación con la idea criminosa, sino plenamente el momento de la deliberación y acaso también el de la resolución, es decir. la capacidad intelectual de cada individuo, la posibilidad éxito de su propósito y finalmente la aceptación de la idea en la mente del sujeto pasivo de la relación. Se observa así. un acuerdo de voluntades, en tanto que la excitación dicho acuerdo aún no existe.(28)

La "Instigación" se traduce en un momento diverso a la inducción. porque mientras en la inducción se supone presente la aceptación del sujeto pasivo, en la instigación tal momento aún no se alcanza. La presencia de la instigación sólo puede darse cuando el sujeto no ha sido fácilmente inducido aun cuando no existe todavía la aceptación psicológica del sujeto pasivo de la relación.

(28) Jiménez de A. Op cit.p.452.

La "Consoiración" significa un acuerdo para la realización de un fin criminoso de categoría particular: supone igualmente la transmisión del propósito criminoso hecho por un sujeto a otros, pero se caracteriza por suponer también la anuencia de estos últimos respecto del fin que les prouesto. Existe un concierto de voluntades de los diversos individuos derivada de su aceptación a participar en el futuro hecho criminoso, convirtiéndose los participantes en sujetos activos.

La Resolución manifiesta es un caso de punición a actos exteriorizados, y por consiguiente no rompen la regla de la imunidad al simple pensamiento criminoso. En otros términos, son figuras que no admiten la expresión de "actos preparatorios", porque la sola manifestación de la conducta constituye al núcleo del tipo previsto en la ley y una vez realizada la conducta el delito se encuentra consumado.(29)

(29) Jiménez de A. Oo cit.p.453-456

CAPITULO TERCERO
LA NATURALEZA
JURIDICA

3.1 LA IMPERFECCION DEL DELITO EN LA TENTATIVA

La "tentativa" ha sido considerada por algunos autores como delito secundario o imperfecto, en virtud de que cuando pretenden dar un concepto sobre ésta, lo hacen en función del delito perfecto o consumado. Algunos de ellos han estimado a la tentativa como un delito degradado en su fuerza física y, en consecuencia, de acción imperfecta. Carrara conceptúa al delito perfecto cuando se consuma la violación del derecho tutelado por la ley penal; el delito es en cambio, imperfecto cuando tal violación no se verifica, a pesar de la realización por el agente de los actos externos hábiles para procurarla. Además el propio Carrara estima que los delitos imperfectos no pueden, por su naturaleza, presentar el elemento del daño inmediato, sino un daño inferior y en ocasiones ninguno; a pesar de ellos los delitos imperfectos son políticamente imputables porque las funciones del daño inmediato, ausentes, las cumple el peligro corrido por el ciudadano atacado. (30)

(30) Jiménez de A. Op cit.p.345.

La presente teoría sostenida por Carrara, radica su punto de partida en la consideración de que, aún cuando la tentativa no produce un daño real de carácter inmediato, a virtud de la inconsumación, pone no obstante en peligro la seguridad de determinados bienes, cuya salvaguarda corresponde al Estado. a través de las sanciones impuestas a todos aquellos sujetos agentes que exteriorizan su voluntad delictuosa, produciendo una alarma social.

Antonlisei, considera la tentativa como el resultado de la combinación de dos normas, una principal (norma incriminadora especial) y una accesoria (norma extensiva), originándose así un nuevo título de delito de carácter autónomo. En esta consideración la tentativa constituye un delito perfecto. (31)

Bettioli, pone en claro la imposibilidad de sancionar los actos dirigidos a la consumación del delito, cuando no se llega al fin proouesto, por causas ajenas a la voluntad del agente, de no existir la norma secundaria de la tentativa, cuya función es extender la incriminación de la norma principal. (32)

(31) Jiménez de A. Op cit.p.346.

(32) Jiménez de A. Op cit.p.347.

No es posible negar a la tentativa su carácter de figura autónoma, aunque esta se subordine, para su punición, a la referencia típica concreta. Si relacionamos a la tentativa con el delito consumado surge, en el contraste entre ambas figuras, su naturaleza imperfecta y subordinada, pero si la consideramos por sí misma, ésta constituye un delito perfecto, pues es una figura con caracteres propios y punibles. Consecuentemente, la tentativa es delito por sí en razón de su particular estructura y naturaleza diversa del delito consumado, pues tiene objetividad propia, actividad típica singular y sanción específica, aunque atenuada respecto al delito consumado. La consumación y perfección del delito tentado, porque se ha violado la norma prohibitiva, pues se ha sustituido el fin propuesto por el peligro. (33)

(33) Jiménez de A. Op cit.p.347.

3.2 LA CONDUCTA TIPICA COMO PRIUS LOGICO DEL DELITO.

El orius lógico del delito está constituido por la conducta típica en su carácter objetivo. tomando en cuenta que la acción y la omisión son formas de la expresión de la conducta que habrán de ser el punto de partida de toda investigación sobre el delito, y este principio ineludible lo mismo rige por cuanto al hecho consumado que respecto a la conducta encaminada a su consumación. El punto de partida lo constituye por tanto, la conducta o la suma de esta y su resultado causal integrantes del hecho, de manera que solo resulta posible el enjuiciamiento del sujeto autor, cuando dado el hecho típico, se ha comprobado tanto su contrariedad con el derecho, como su reprochabilidad a quien lo ha producido. (34)

"En la conducta yacen los elementos del delito. ya que sin ella se hace imposible la integración del mismo... la concepción analítica del delito establece el método orientado a la mejor comprensión del 'todo'. mediante el análisis de las 'partes' de la gran síntesis que establece el artículo 7. como el acto u omisión que sancionan las leyes penales, considerándolo como la conducta o el hecho típico, anti-jurídico. culpable y punible.

(34) Cuello C. E. Op cit.o. 254.

La esencia de la luz se puede y se debe buscar en la naturaleza; pero en la esencia del delito. es fruto de una valoración de conductas típicas, según determinados criterios de utilidad social, de justicia, de orden, etc.; por tanto, no se puede investigar que es el delito en la naturaleza, sino a lo sumo buscar y precisar esas formas de valoración, los criterios conforme a los cuales una conducta se ha de considerar delictuosa."

La conducta como comportamiento humano voluntario positivo encaminado a un propósito cuando encuadra en el tipo legal (conducta típica), viene a constituir el prius lógico del delito. (35)

(35) Cuello Calón E. Op cit.p.256.

3.3 TIPICIDAD Y TENTATIVA

La tipicidad es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; es la adecuación de la conducta al tipo. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración. Habida cuenta de que en el artículo 14 Constitucional, en forma expresa se establece: "En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata", la cual significa la inexistencia del delito sin tipicidad, no podemos caer en la confusión entre el tipo y la tipicidad. El tipo es la creación legislativa, la descripción de que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga como delito. Por tanto, la adecuación del hecho al tipo legal (TIPICIDAD) es el modo de exteriorización o manifestación de la anti-juricidad de un hecho. (36)

(36) Cuello Calón. Op cit.o.258.

La doctrina de la tipicidad fue creada por Belino, mismo que la consideró como elemento del delito independiente de la antijuricidad y de la culpabilidad. En su primera concepción, el tipo de delito (TATBESTAND) estaba formado, no por el conjunto de todos sus elementos integrantes, sino tan sólo por los elementos objetivos descritos en el precepto legal, con exclusión de los de tipo subjetivo. Posteriormente Belino restringió su concepto del tatbestand reduciéndolo en un otro concepto directivo, en un tipo reactor, destinado a describir un hecho sin tomar en cuenta su aspecto subjetivo. (37)

La subordinación del delito tentado a la conducta del tipo principal se encuentra penalmente justificada, en virtud de que dicha conducta, aunque psicológica y finalísticamente orientada a la ejecución de la descripción contenida en un tipo no logra realizar en su ejecutiva progresión todos los elementos descriptivos del tipo penal por causas ajenas a la voluntad del agente; consecuentemente la tentativa no puede prescindir del hecho constitutivo al cual se refiere, sino en razón de la conducta o del hecho principal, podrá constituirse su propia tipicidad.

(37) Malo Camacho Gustavo. Tentativa del Delito.p.23.

Por último encontramos que mientras no se integren todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo llamado atipicidad, que consiste en la ausencia de adecuación de la conducta al tipo. En consecuencia, si la conducta no es típica, faltaría en ella uno de los elementos esenciales del delito, y con ello, queda impedida la configuración del mismo. (38)

(38) Malo Camacho. Op cit.p.27.

3.4 ANTIJURICIDAD Y TENTATIVA

La anti-juricidad como la tipicidad, es un elemento esencial del delito, sin el cual éste no podrá imputarse, en virtud de que para que una conducta humana sea delictiva precisa además que sea típica y culpable. La acción humana para ser delictiva ha de estar en oposición con una norma que prohíba u ordene su ejecución, ha de ser anti-jurídica; obra anti-jurídicamente el que contraviene las normas penales. La anti-juricidad presupone un juicio acerca de la oposición existente entre la conducta humana y la norma penal, juicio que sólo recae sobre la acción realizada excluyendo toda valoración de índole subjetiva, por lo cual la anti-juricidad tiene carácter objetivo. Lo anti-jurídico es objetivo liga el acto con el estado, por ello, no es lo anti-jurídico lo que capta el dolo, sino el deber de no violar las normas. (39)

El carácter esencial de la anti-juricidad en el delito funciona en virtud de una contradicción o desacuerdo entre el hecho del hombre y las normas del derecho, por ello cuando concurre una causa justificante en el caso concreto se produce la inexistencia del delito.

(39) Pavón Vasconcelos. Op cit.o.157.

El Estado excluye la anti-juricidad que en condiciones ordinarias subsistiría, cuando no existe el interés que se trata de proteger, o cuando concurriendo dos intereses jurídicamente tutelados, no pueden salvarse ambos y el derecho opta por la conservación del más valioso. Esta es la razón por la cual se justifican la legítima defensa (Repulsa de una agresión anti-jurídica, actual o inminente, por el atacado o tercera persona contra el agresor, sin traspasar la necesidad de la defensa y dentro de la racional proporcionalidad de los medios), el estado de necesidad (Situación de peligro actual para los intereses protegidos por el derecho en la cual no queda otro remedio que la violación de los intereses de otro, jurídicamente protegidos), el cumplimiento de un deber y el ejercicio de un derecho.(40)

(40) Pavón V. Op cit.p.158.

3.5 CULPABILIDAD Y TENTATIVA

La culpabilidad en sentido amplio, ha sido estimada como el conjunto de presupuestos que fundamentan la reprochabilidad, pues, es considerado como reprochabilidad de la conducta del sujeto al cometer el evento delictivo, fundamentándose en la exigibilidad de una conducta a la luz del deber. Podemos estimar que el ser de la culpabilidad lo constituye un juicio de reproche, en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber. Este juicio surge de la ponderación de los términos: por una vertiente, una situación real, una conducta dolosa o culposa cuyo autor pudo haber evitado; y por la otra, un elemento normativo que le exigía un comportamiento conforme al derecho, es decir, el deber ser jurídico. (41)

Así la culpabilidad puede definirse como el juicio de reprobación por la ejecución de una hecho contrario a lo mandado por la ley.

(41) Palacios Ramón. La tentativa.o.248.

El reproche contenido en la culpabilidad como elemento del delito, recae solamente, sobre la relación de causalidad psíquica existente entre el agente y el hecho en cuestión el juicio de culpabilidad recae sobre el acto aislado. La noción de culpabilidad está íntimamente ligada con la anti-juricidad, sin una conducta anti-jurídica no hay culpabilidad, aquélla es condición previa para la existencia de ésta.

Belino expresaba: " que el momento de la culpabilidad debe ser colocado después del de la anti-juricidad, es cosa que no se necesita prueba alguna, la culpa criminal sin obrar anti-jurídico es una quimera".(42)

En relación con lo anterior, consideramos que el agente antes de ser culpable, ha de ser imputable, entendiéndose que el estado de imputabilidad debe existir en el momento de la ejecución del hecho, y sin con posterioridad sobreviene alguna causa que excluya la imputabilidad del agente, esta situación no producirá efecto alguno sobre su culpabilidad, sino que, tan sólo producirá efectos procesales. Así, si un reo le sobreviene la locura, deberá suspenderse el proceso respectivo hasta que recobre la salud.

(42) Palacios Ramón. Op cit. p.249.

En el delito tentado surge la culpabilidad, cuando el sujeto realiza actos de ejecución encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito. esta voluntad vendrá siendo la relación psicofísica que habrá de fundamentar la reprochabilidad.(43)

(43) Palacios Ramón. Op cit.p.249.

CAPÍTULO CUARTO

GENERALIDADES DE LA TENTATIVA

DEL DELITO

La realización por parte del sujeto activo de actos de ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se produce por causas ajenas a dicho sujeto es lo que se entiende por "tentativa". En la tentativa ya se aprecia un principio de ejecución, se penetra en el núcleo del tipo, lo cual, según Castellanos Tena: "consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo de que se trate.(44)

Por su parte Jiménez de Asúa nos dice, que la tentativa es la ejecución incompleta de un delito.(45)

Osorio y Nieto nos dice: "que existen dos formas de Tentativa, la tentativa acabada o delito frustrado y la tentativa inacabada o delito intentado. En la tentativa acabada o delito frustrado el activo lleva a cabo todos los actos idóneos para cometer el delito, pero el resultado no se presenta por causas ajenas a la voluntad. Hay ejecución completa de actos, lo que no se realiza es el resultado.

(44) Castellanos Tena. Op cit.o.279.

(45) Jiménez de A. Op cit.o.509.

Encontrando que la tentativa inacabada o delito intentado consiste en la comisión de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito. En este caso la ejecución es incompleta y obviamente, el resultado, como consecuencia de la omisión de uno o varios actos, no se produce.

Por lo tanto estamos de acuerdo con este último autor que refleja también la idea de los dos autores antes citados, pero con la salvedad, de que aún si la ejecución en la ejecución incompleta de un delito el resultado no se produce, pero existe la intención de cometerlo, lo que a nuestra manera de ver estos delitos también debieran ser sancionados, por que existe la idea de cometerlo, y probablemente algunos amparándose en esta circunstancia, no son sujetos de sanción alguna según lo establece el art. 21 y 22 de nuestro código penal, en el Estado de Veracruz.

En la tentativa acabada o delito frustrado hay ejecución completa de actos encaminados hacia un resultado delictivo, el cual no acontece, como se dijo por razones ajenas al activo, en tanto que en la tentativa inacabada o delito intentado la ejecución es incompleta, no se realizan todos los actos necesarios para llevar al fin delictivo deseado.

Tomando en consideración los conceptos anteriores es necesario hacer un breve análisis de las circunstancias y variantes en la tentativa del delito, en los siguientes aspectos:

- 1.- Tentativa de delito y derecho sustantivo
- 2.- Tentativa y delito consumado, y las
- 3.- Figuras especiales de la tentativa del delito.

4.1 TENTATIVA DE DELITO Y DERECHO SUSTANTIVO

Para que los individuos puedan vivir y coexistir en sociedad y para que la misma se encuentre en condiciones de permitir su subsistencia y progreso, se hace necesaria su organización y estructuración; el orden jurídico se presenta así como estructura y forma de la sociedad que le permiten alcanzar los fines que constituyen su objeto.

Ahora bien, el orden jurídico se presenta de este modo como un sistema de límites a la libertad individual que permite la vida social, límites que encuentran su origen en la necesidad de imponer a los hombres un conjunto de reglas de conducta unidas de una cierta garantía para su observancia, cuya validez es expresión de la voluntad colectiva respecto del comportamiento que se desea que los hombres tengan sobre sus acciones.

Juan Jacobo Rousseau, suponía a los hombres llegados a un punto en el cual diversos obstáculos impiden su conservación en el estado natural, siendo imposible que el Estado primitivo pueda subsistir, y el género humano perecería si no cambiaba.

Entonces el momento según este autor afirmaba, que el momento en que la necesidad de encontrar una forma de asociación que defienda y proteja con la fuerza común la persona y los bienes de cada asociado, y por lo cual, cada uno uniéndose a todos, no obedezcan sino así mismo y permanezca tan libre como antes, cuya solución busca dar "orden jurídico penal" estableciendo una serie de conductas, propias para todos, con los mismos derechos y obligaciones.

La protección ejercida por el Estado en tales términos no es suficiente; si bien es cierto que a través de la regulación indicada, se logran hacer entrar en la protección del Estado la serie de conductas donde existe una violación al mandato de la norma contenida en la ley, de donde quedaría perfectamente regulada. También es cierto que permanecen fuera de la protección estatal una gama de conductas cuya realización obedece al interés del sujeto para producir un resultado típico.

Tales conductas se manifiestan como ejecutivas de una intención criminal de donde siempre existirá el interés del Estado por lograr en la tipificación penal, la inclusión de previsiones a carácter extensivo genéricas y por tanto incluidas en la parte general de los ordenamientos, en donde se amplie y extienda, en la medida establecida en la propia Ley," LA TIPIFICACION AUN LOS CASOS DE NO CONSUMACION DEL DELITO".(46)

Con este autor estoy perfectamente de acuerdo, puesto que no es posible, que cuando exista la intención, y por causas ajenas a la voluntad del sujeto no se produzca el hecho delictivo, pero queda presente en éste la realización del mismo, que probablemente a posteriori, lo queda cometer, por el contrario; si se tipificara la intención (Tentativa) difícilmente existiría la reincidencia, y en consecuencia se penaría aún en menor grado esta circunstancia delictiva. Y de lo que se trataría, primeramente de tipificar éste en el ordenamiento general, y posteriormente se sancione conforme lo requiera la ley.

(46) Malo Camacho. Op cit.o.2.

Cuando la Ley sanciona un hecho, este debe encuadrar en el tipo legal previsto y la sanción deberá estar decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata, tal y como lo establece el Art. 14 de nuestra Constitución Política; sin embargo existen casos en que el delito está incompleto porque el agente no alcanzó a concluir su realización, a pesar de haber iniciado su ejecución, por causas ajenas a su voluntad dando origen a la "figura del delito intentado".

4.2 TENTATIVA Y DELITO CONSUMADO

El análisis sobre la esencia del delito permite destacar, a los elementos objetivo y subjetivo, siendo referido el primero al hecho físico material del cual de derivarse la existencia del delito, estudiado en sus tres momentos: "conducta", "nexo causal" y "resultado", este elemento abarca además la objetivación misma del resultado producido la voluntad del autor respecto de la acción producida en doble coeficiente: psíquico y físico, y la relación causal entre uno y otro. Así vemos que si "A" quiere ocasionar un daño a "B", pero no activa su intención criminal de forma alguna que implique haber exteriorizado su voluntad resulta entonces, que el delito no se ha presentado.

El segundo elemento o "Subjetivo", se integra por el factor de intencionalidad que habrá de unir la voluntad del agente con el resultado producido, refiriéndose a la intención en sus momentos volitivo y cognoscitivo, respecto de la comisión de un hecho típico, el cual es estimado como contrario al interés social en un momento determinado.

Es indispensable la presencia del elemento subjetivo, en la relación psicológica entre la voluntad del agente y el resultado producido, cualquiera que sea la forma en que tal resolución haya sido adoptada, habiendo querido producir el resultado ocasionado, o bien que el mismo hubiera sido consecuencia de una actitud previsible y prevenia; en su ausencia por tanto, el delito no se presenta.

De aquí que la culpabilidad se presenta ya no como nexo psicológico en si mismo, sino como juicio y valoración de reproche a la voluntad del autor: por ello las formas de dolo y culpa fundan el juicio de reprochabilidad que constituye la culpabilidad.(47)

Por último al hablar de tentativa y delito consumado podemos decir que en la primera ejecución resulta incompleta tanto subjetiva como subjetivamente y en consecuencia no se produce el resultado por causas ajenas a la voluntad del agente, Por el contrario en el delito consumado, como su nombre lo expresa, la violación al Derecho Tutelado se consume. La tentativa se distingue únicamente del delito consumado en razón de su objetividad jurídica, en la cual no existe lesión efectiva al bien jurídico, sino el peligro de lesión.

(47) Jiménez H.Mariano. Derecho Penal Mexicano.p.80.

4.3 FIGURAS ESPECIALES EN EL ANALISIS DE LA TENTATIVA DEL DELITO

Expresa el Código Penal del Estado de Veracruz, en su artículo 21: "Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución, o por todos los actos u omisiones que deberían producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente.

Con la anterior previsión jurídica es posible conformar el "delito tentado" tomando en consideración los siguientes términos que a nuestro juicio, constituyen las figuras en la tentativa del delito.

4.3.1 Delito perfecto y delito imperfecto

La tentativa de delito se presenta como aquella situación que ha permanecido en itinere sin haber logrado su consumación, por lo que desde este punto de vista, lo consideramos como delito imperfecto. Así, Brichetti afirmaba:

"Considerar la tentativa como figura autónoma de un delito, significaba hacer de la tentativa, que es solamente disminución cuantitativa del relativo delito consumado y que por tanto no sale de la esfera de la cantidad, una modificación de calidad, es decir, el pasaje de una calidad (aquella de delito meta) a otra (de peligro) -y por tanto que es, de esta manera, poco exacto que la tentativa sea una figura autónoma de delito, la cual regiría con leyes propias, siendo que no se puede pensar en que la tentativa de un delito sin pensar en el correspondiente delito consumado del cual el delito tentado forma parte".

En el delito perfecto la violación del Derecho Tutelado se consuma, considerándose así por haber llegado a su meta.

En el delito imperfecto, en cambio, la violación no llega a realizarse a pesar de la voluntad proyectada a ese fin a través de actos apropiados; supone que ha quedado imperfecta la acción al interrumpir el curso de sus momentos físicos, o porque éste ha sido insuficientemente promovido, o cuando aún siendo perfecta la acción, en todo lo necesario a alcanzar el fin propuesto y por ello los momentos preciosos para la finalidad, el efecto no ha sido logrado debido a un impedimento imprevisto. (48)

4.3.2 Delito doloso y delito culposo

El artículo 6 del Código Penal del D.F. y 15, 16 y 17 del Estado de Veracruz, indican: "Los delitos pueden ser: intencionales y no intencionales o de imprudencia". Estimamos que el legislador no admite como tercera posibilidad la figura del delito preterintencional, toda vez que en el caso, aún cuando aparentemente se observa una dualidad psicológica del querer y el no querer el resultado, esa dualidad en realidad no existe en tanto que los mencionados momentos psicológicos opuestos no son simultáneos sino subsecuentes.

(48) Malo Camacho. Op cit.o.5.

El delito es doloso cuando se dirige la voluntad consciente a la realización del hecho típico y anti-jurídico, como en el robo, en donde el sujeto decide apoderarse y se apodera sin derecho de una cosa mueble ajena. En el delito culposo no se quiere el resultado penalmente tipificado, más surge por el obrar sin la cautela y precaución exigida por el Estado para asegurar la vida en común, como en el caso del manejador de un vehículo que, con manifiesta falta de precaución o de cuidado, corre a excesiva velocidad, mata o lesiona a un transeúnte. (49)

4.3.3 *Tentativa propia y tentativa impropia*

La tentativa propia o inacabada se presenta cuando los actos ejecutados a la comisión de un delito no lleoan a su total realización por la intervención de una acción externa que impida su continuación. La tentativa impropia o acabada, también conocida bajo el nombre de delito frustrado, se presenta cuando el agente ha cometido todos los actos necesarios para la comisión de un delito, el cual no se actualiza por causas independientes a su voluntad.

(49) Malo Camacho. Op cit.p.6-7.

La distinción entre los casos de delito tentado y delito frustrado, se observa cuando el individuo utiliza todos los medios que la experiencia ha demostrado adecuados para producir el efecto dañoso, teniendo la certeza y previsión físicas de que el efecto habrá de verificarse.

El Código penal vigente, al respecto, subordina la punición al grado de que hubiere llegado en la ejecución y a la temibilidad del autor, que posteriormente complementa con el texto del artículo 63 del C.P. del D.F., expresando que los responsables de tentativas punibles se les aplicará, a juicio del juez, y teniendo en consideración las prevenciones de los arts. 52 y 59 del mismo Código, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer por haberse consumado el delito, salvo disposiciones en contrario. Por otra parte el Código Penal de Veracruz nada dice al respecto.

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

4.3.4 *Tentativa en los delitos unisubsistentes*

Los delitos simples o unisubsistentes, son aquellos en los cuales coinciden el momento ejecutivo y el momento consumativo "qui uno actu perficitur" que se realiza en un solo acto. En consecuencia podemos afirmar, que no se considera posible la presencia de la tentativa en dichos delitos, como son: la injuria verbal, el falso testimonio, etc. (50)

4.3.5 *Tentativa en los delitos formales y materiales*

El delito material es el que no se consuma sino al verificarse el resultado material. Entre ellos, podemos nombrar: la muerte en el homicidio, el apoderamiento de una cosa ajena (mueble), sin el derecho y sin consentimiento de la persona que puede disponer de ella con arreglo a la ley.

(50) Giuseppe Maggiore. El derecho penal.o.293.

El delito es el que se perfecciona con una simple acción u omisión, haciendo abstracción de la verificación del resultado. (La calumnia, la difamación, la injuria, etc.). La consecuencia práctica de esta distinción es que: en tanto que los delitos materiales admiten la tentativa por desarrollarse a través de un iter criminis, los delitos formales no la admiten, pues la simple tentativa para consumarlos jurídicamente. (51)

4.3.6 Tentativa en el delito permanente

Podemos hablar de delito permanente solo cuando la acción delictiva misma permite, por sus características, que se le pueda prolongar voluntariamente en el tiempo, de modo que sea idénticamente violatoria del Derecho en cada uno de sus momentos: todos los momentos de su duración queden imputarse como consumación. (52)

(51) Carranca y Trujillo. Derecho Penal Mexicano.o.179.

(52) Carranca y Trujillo. Op cit.p.181.

En el delito permanente puede concebirse la acción como prolongada en el tiempo; hay continuidad en la conciencia y en la ejecución; tal es el caso de los delitos de privación ilegal de la libertad, rapto, etc, así, podemos observar la figura de la tentativa en dichos delitos.

4.3.7 Tentativa en el delito de peligro

El delito de peligro no causa un daño directo y efectivo en intereses o bienes jurídicamente protegidos por la norma violada, pero los pone en peligro. tales como el abandono de aquellos que tiene por efecto, no la disminución o la destrucción de un bien, sino el exponer a peligro ese mismo bien (el atentado contra los órganos constitucionales, los atentados contra las seguridades de los transportes). Peligro en sentido objetivo, es la posibilidad de daño (remoto o próximo); y en sentido subjetivo, es la previsión normal de un daño. (53)

**4.3.8 Tentativa en el delito sujeto a condición
objetiva de punibilidad**

Por condición objetiva de punibilidad entendemos a aquella causa o circunstancia material del todo externa a la serie causal normal de los hechos, de cuya presencia depende la punición de la conducta que no necesita ser captada por el dolo, y no obstante, puede resultar en sí misma, constitutiva del delito. Consideramos que en estos delitos, se presenta la figura de la tentativa, siempre que la indicada condición objetiva extrínseca, se manifieste anterior a la conducta. (54)

(54) Pavón V. Op cit.o.157.

**4.3.9 Tentativa de los delitos de omisión simple
y de comisión por omisión**

Los delitos de omisión simple, consisten en la falta de una actividad jurídicamente ordenada, con independencia del resultado que produzcan; en la abstención del cumplimiento de una acción que se tenía obligación de realizar, expresándose aquella en una conducta diversa a la querida por la norma. Consideramos imposible observar en estos delitos la figura de la tentativa, en los cuales el tipo principal no exige un resultado material. En los delitos de comisión por omisión son aquéllos en que el agente decide positivamente no actuar para producir con su inacción el resultado. Como ejemplo del delito de comisión por omisión, se cita el de la madre que, con el deliberado propósito de dar muerte a su hijo recién nacido, no lo amamanta produciéndose el resultado letal. La madre no ejecuta acto alguno, antes bien, deja de realizar lo debido. Normalmente podemos aceptar la figura de la tentativa en estos delitos de comisión, por cuanto puede establecerse una separación temporal entre la omisión y el resultado, y máxime, cuando se requiere la repetición del acto misivo.

(55)

4.3.10 *Tentativa en el delito habitual*

Se concibe esta figura como aquella situación prevista por el legislador, cuya esencia se concreta en la punición a una serie plúrima de actos que cuando unidos conforman el delito habitual y que cuando realizados singularmente, no constituyen figura antijurídica alguna, como en el caso de maltrato por corrupción familiar, no se observa la posibilidad de configurar la tentativa del delito, en virtud de que no existe en realidad una conducta jurídicamente relevante anterior a la integración de la figura tipificada como delito. (56)

(56) Villalobos Ignacio. Op cit. p.244.

4.3.11 *Tentativa en el delito continuado*

Por delito continuado entendemos la realización de una pluralidad de conductas lesivas del mismo bien jurídico protegido, realizadas con un idéntico propósito criminoso, en contra de un mismo objeto pasivo y en momentos históricos diversos. Se considera que en este caso no podemos aceptar la existencia de tentativa toda vez que antes de tener vida el delito continuado, podría acaso existir un delito diverso, pero no el delito continuado que como indicado requiere forzosamente de una pluralidad de hechos con las características mencionadas.

El artículo 19 del Código Penal indica la consideración para los efectos legales, de delito continuo, como aquél que se prolonga sin interrumpir, por más o menos tiempo, la acción o la omisión que lo constituyen: no habiendo acumulación cuando los hechos lo constituyan o cuando en un sólo acto se violen varias disposiciones penales. (57)

(57) IBIDEM Villalobos Ignacio. o. 246.

4.3.12 *Tentativa en la convergencia de delitos*

El problema del concurso del delito no puede ser analizada sino hasta el momento en que el mismo se actualiza, en cuyo caso el concurso habrá de estudiarse precisamente en función de las conductas ilícitas realizadas, o bien, de la conducta simple productora de la pluralidad de resultados típicos penales, no es posible hablar de tentativa de concurso aún cuando, desde luego, es no sólo factible sino frecuente de la presencia de alguna tentativa en el seno de una caso de convergencia de delitos, sea real ideal. De esta manera, el delito de robo con violencia se encuentra configurado por el propio delito de robo y por aquél otro de violencia privada. La unión de dos figuras que automáticamente integran delitos diversos, no eliminan la posible presencia del fenómeno de la tentativa porque la pluralidad de actos para la constitución del fin ilícito no viene eliminada ante la complejidad del tipo delictivo. (58)

(58) Palacios Ramón. La tentativa. p.248.

4.4 LA TENTATIVA EN EL CODIGO PENAL DE VERACRUZ Y JURISPRUDENCIA

Debido a la similitud del concepto de "Tentativa del delito" en los Códigos Penales del Estado de Veracruz con el Distrito Federal, a continuación hacemos una breve exposición y comentario de sus contenidos.

El artículo 12 del Código Penal del D.F. y el art. 21 del Código Penal de Veracruz establecen: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

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

Como en párrafos anteriores hemos visto, en la tentativa existe un principio de ejecución, es decir, iniciar la acción principal en la cual consiste un delito determinado, según lo establece el Código antes mencionado.

Ahora bien. al analizar los artículos citados, desprendemos que la ley requiere para que la tentativa sea punible que concurren las siguientes circunstancias:

a) Que el agente inicie exteriormente la ejecución del hecho delictuoso.

b) Que los actos de iniciación sean directos e inmediatos para la ejecución e idóneo para cometer el delito.

c) Que la causa por la cual no lleve a cabo todos los actos necesarios para consumar el delito, no sean de su propio y espontáneo desistimiento.

En consecuencia, deducimos que la sola manifestación de la voluntad para cometer un delito, no es punible, cuando el agente desiste de ello por su propia y espontánea voluntad. El desistimiento consiste en la interrupción de la actividad ejecutiva realizada por el agente, como expresión de su libre voluntad de abandonar el designio criminal propuesto e iniciado. Por tanto, el desistimiento impide la consumación del delito a pesar de haberse realizado todos los actos de ejecución, constituyendo por sí mismo una causa de atipicidad de la tentativa y origina la impunidad de los actos ejecutivos, cuando éstos, por sí, no integran otro delito.

Los elementos del desistimiento son:

- a) La voluntad inicial respecto el resultado.
- b) Un principio de ejecución.
- c) La voluntad subsecuente, libre y espontánea de desistir de la ejecución.
- d) La interrupción del proceso ejecutivo.
- e) La no verificación del resultado.

El Código Penal en su artículo 12, no define la tentativa y sólo señala cuando es punible, lo cual quiere decir que existen casos en que no lo es, tal como sucede con el desistimiento voluntario del agente con el arrepentimiento eficaz del mismo. Al igual que el desistimiento, el arrepentimiento eficaz impide la consumación del delito en virtud de que por la actividad voluntaria del agente, nulifica la potencia causal de todos los actos ejecutivos realizados.

El arrepentimiento eficaz es la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez agotado el proceso ejecutivo capaz por si mismo, de lograr dicho resultado. El ejemplo que podemos citar con respecto al arrepentimiento es el siguiente: Una persona después de envenenar a su presunta víctima, se arrepiente y deseando evitar el fatal desenlace le hace ingerir un contraveneno, es obvio que el resultado, muerte por envenenamiento, ha sido impedido como libre expresión del agente para dejar inconsumado el delito.

Los elementos del arrepentimiento eficaz son:

- a) La voluntad inicial con respecto al resultado.
- b) La realización de todos los actos de ejecución
- c) Una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado.
- d) No consumación del delito.

Por lo antes expuesto, la tentativa será punible cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. El surgimiento de la tentativa punible nace cuando la ejecución del delito se materializa y ya iniciada la actividad criminal, éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El Código Penal para el Estado de Veracruz, por su parte, en los artículos 21 y 22 se refiere a la "tentativa" en la siguiente forma:

Art. 21 " Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución o por todos los actos u omisiones que deberían producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente."

Art. 22 "Si el autor se desistiere de la ejecución o imidiere la consumación del delito, no se impondrá sanción alguna, a no ser que los actos ejecutados . constituyeren, por sí mismos delitos."

Al analizar el art. 21 encontramos, que para que exista Tentativa es necesario la existencia de los siguientes elementos:

- a) Que exista resolución de cometer el ilícito.
- b) Que se exteriorice la ejecución del delito.
- c) Que exista la ejecución o inajecución del hecho delictivo.
- d) Que exista acto u omisión que deberían producir el delito.
- e) Que la conducta se interrumpa o el resultado no se presente por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

De este contenido deducimos, que la manifestación de voluntad de cometer un ilícito no es sancionada, cuando el presunto delincuente se desiste de ellos por su propia y espontánea libertad.

Es decir el agente al desistirse de cometer un delito interrumpiendo su actividad delictiva, que ya había sido iniciada; tal desistimiento impide la consumación del delito a pesar de haberse llevado a cabo todos los elementos antes mencionados, que por considerar causas de atipicidad origina la imunidad. Como tal es el caso del art. 12 del Código Penal del D.F.

En nuestro Código el art. 21, define el concepto de la tentativa, pero nada nos dice, cuando es punible, lo que indica también que puede haber casos en que es punible, de tal forma que sólo el desistimiento voluntario es suficiente, para que el sujeto con el arrepentimiento no consuma el delito y esto da lugar, a que exista la tentativa.

Pero aún más, el art. 22 de nuestro Código Penal, indica de quien se desista de la ejecución o impida la consumación del mismo, NO SE IMPONDRA SANCION ALGUNA, a no ser que los actos ejecutados constituyeren, por sí mismos delitos. Pero con esta apreciación nada nos dice que actos constituyen delitos. Lo que a nuestra manera de ver, deben de aclararse estos puntos, y que SI debe haber penalidad, aún cuando exista tentativa.

Nuestra posición a este respecto es: En primer lugar nuestro propósito es la de delimitar la diferencia entre el delito intentado y el delito frustrado, lo que a nuestra manera de ver, el delito intentado si constituiría una figura jurídica que se presenta en el camino del delito "Iter Criminis" que se genera por la ideación del delito por parte del sujeto delictivo, pero de aquí a que aquél sea consumado existe alguna diferencia, puesto que hace falta la voluntad del agente y el desistimiento de esta, aún cuando se reúnen todos los elementos de la tentativa que señala nuestro código, puede convertirse en un delito frustrado, originado por cualquiera causa ajena a su voluntad. Y el Código Penal de Veracruz a este respecto nada nos dice.

En segundo lugar, por lo que considerar la "Tentativa" como una figura autónoma de un delito significaría hacer de ella una disminución cuantitativa del relativo delito consumado, por lo que considero, que la tentativa debe de ser una figura autónoma del delito y no formar parte de él. Lo que implicaría que tendría que requerirse por disposiciones especiales, como se hace con otros delitos, existiendo sanción para ello en cualquiera de sus tipos, ya sea en delito intentado, delito frustrado, delito imperfecto, delito no consumado.

Por lo que considero, y en esto consiste nuestra proposición en considerar la tentativa como un delito autónomo o como parte del mismo, aunque no exista la consumación, tomando en consideración, que si existió la intención, y que se reunieron todos los elementos de tentativa. A lo que agregamos que nuestro Código penal sea reformado en lo que se refiere a la tentativa del delito en sus artículos 21 y 22 antes citados en los diversos tipos de tentativa y que se imponga alguna sanción según sea aplicable. Que tendrán que regirse por disposiciones propias y especiales como se hace con otros delitos como el robo, fraude, estupro, violación, etc.

4.4.1 Jurisprudencia en la tentativa

La esencia de la tentativa tiene como presupuestos, en primer lugar, un principio de ejecución conscientemente dirigido a la realización de un delito, es decir, que se caracteriza porque se da el dolo de la lesión, y en segundo lugar un acto subjetivo del autor de consumarlo, y la no producción del resultado, ha de deberse no al desistimiento voluntario del agente, sino a causas ajenas a su voluntad.

De lo anterior, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

TENTATIVA: "Si el reo ejecutó hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización del delito por el cual fue sentenciado, y este no llegó a consumarse por causas ajenas a su voluntad, es indudable que esos actos constituyeron una tentativa punible...procede conceder el amparo para el sólo efecto de que la autoridad sentenciadora, en un nuevo fallo, lo considere responsable del delito de que se trata, en el mencionado grado". (Seminario Judicial de la Federación, tomo CXII, Núm.2, pp 1531-1532, quinta época. Sentencia del 14 de Junio de 1952).

TENTATIVA: " Mientras el designio criminoso del sujeto no se materializa en sucesivos actos de ejecución que constituyen el núcleo central del delito, su conducta no puede ser punible, porque el juzgador se abstraría del criterio jurídico de que jamás el delito es, ante todo, conducta objetiva además de la subjetiva del autor; y si el comportamiento desplegado por el acusado hace ostensible el deseo de cometer el delito, pero no seguido de actos materiales tendientes a su consumación, resulta incuestionable que la deliberación a que se sujetó el imputado su propio comoortamiento, ponderando las consecuencia jurídicas de llevarlo, a termino, esto es, el desistimiento en la tentativa del tipo perseguido, conducen a establecer que no se dieron elementos constitutivos del delito en grado de tentativa". ("Seminario Judicial de la Federación". tomo CXIX, p. 3124. Quinta época. Sentencia del 28 de octubre de 1953).

4.4.2 *Tentativa, delitos en grado de*

La categoría jurídica de la actual legislación no hace sino resumir, bajo la denominación genérica de la tentativa, los grados del delito intencional, que la antigua legislación admitía bajo las nociones de 'conato y delito frustrado. Esto se advierte en el caso en que una persona contrata con otra la falsificación de billetes de un Banco Americano para ponerlos en circulación, y la segunda dejó en casa del primero todos los instrumentos y útiles, y la falsificación se llevó a cabo sólo en parte y en una de las caras de los billetes legítimos, y en esta situación se hace la aprehensión de la persona que contrató, existe el delito de falsificación en grado de tentativa punible. puesto que la imitación de los billetes del banco que se pretendió llevar a cabo, con una ostensible intención criminosa, se frustró por una causa ajena a la voluntad de los delincuentes.

4.4.3 *Tentativa punible*

La ley no define la tentativa, pero como ya lo mencionamos con anterioridad, pero señala en que casos es punible y deducimos que es cuando se define materialmente, es decir, cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si este no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Es decir, para que existe 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 desista voluntariamente de ese propósito, no se considerará punible la tentativa.

La H. Suoprema Corte de Justicia de la Nación, ha sostenido:

TENTATIVA PUNIBLE: " La imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios emoleados son notoriamente inadecuados o no idóneos o bien cuando uno de los coarticipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás coarticipes no llegan a consumir la infracción penal". ("Boletín de Información Judicial, año VI Núm.51, p. 7 Sentencia del 18 de enero de 1950).

ROBO TENTATIVA: " Como la tentativa punible consiste en la ejecución de actos encaminados directa e inmediatamente a la consumación de un delito que no llega a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, es evidente que quien es sorprendido de noche en los momentos de estar forzando la puerta de un carro de ferrocarril cargado de mercancía, incurre en la responsabilidad correspondiente al delito de robo en grado de tentativa". (Seminario Judicial de la Federación, vol. XXII, p. 177 sexta época, 4885/58.

4.4.4 Tentativa punible y preterintencional

El Código penal para el Distrito Federal, y 14 del Código Penal de Veracruz, establecen: "que los delitos pueden ser intencionales y no intencionales, cuando el resultado sobre pase a la intención. Ejemplo: el agente golpea a otro sujeto haciéndolo caer debido al empleo de la violencia y se produce la muerte; sólo hubo dolo respecto a los golpes, pero no se quiso el resultado letal. Estos últimos solo podemos tratarlos teóricamente ya que la ley sólo reconoce a los intencionales y los no intencionales. Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene:

TENTATIVA PUNIBLE Y PRETERINTENCIONAL: Desde el punto de vista de la ejecución del delito, este puede ser consumado o intentado mas no preterintencional el cual es una subdivisión de los delitos intencionales desde el punto de vista de su resultado; los actos imputados al acusado no podrían, en ningún caso, constituir tentativa de un delito diverso del que es consecuencia necesaria y notoria del hecho en que se iba a hacer consistir el delito, o que es consecuencia previsible de ese hecho, por ser efecto ordinario suyo y estar al alcance del común de las gentes. ("Seminario Judicial de la Federación", tomo CIII. p. 460 5 época Sentencia 18 de enero de 1950).

CAPITULO QUINTO

EL DELITO IMPOSIBLE Y SU

ANALISIS

5.1 CONCEPTOS

El maestro Castellanos Tena al referirse al delito imposible nos dice: "No debe confundirse la tentativa acabada o delito frustrado con la tentativa de delito imposible. En esta tampoco se produce el resultado y no surge por causas ajenas a la voluntad del agente, pero por ser imposible". " En el delito imposible no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Tal sucede cuando se administra un abortivo a una mujer no embarazada o se pretende matar a un hombre muerto" (59).

Además este mismo autor indica: " Tampoco debe confundirse el delito putativo o imaginario con el imposible. En el putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe. En el imposible, por imposibilidad material. En este el acto (en otras condiciones) sería intrínsecamente delictuoso . En el putativo no existe delictuosidad intrínseca sino imaginaria; el sujeto cree erróneamente, que su conducta es punible sin serlo legalmente.

(59) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. o. 282.

El delito putativo, como no es delito, no puede sancionarse en grado de tentativa ni de supuesta consumación. El delito imposible tampoco debe punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de hechos encaminados directamente a la realización de un delito este jamás se verificaría por falta de objeto jurídico, sin embargo el asunto es muy discutido entre los especialistas. (Como es el caso del tratadista Rodolfo Chávez Sánchez: ministro de la suprema corte de Justicia, quien sustentaba el criterio de que sí hay "tentativa punible" cuando el delito no se consuma por ausencia de objeto jurídico", como en el caso de ejemplo clásico de quien dispara sobre alguien ya muerto, desconociendo el agente esta circunstancia, pero siempre que los medios sean idóneos y se encaminen directamente a la ejecución del acto típico. así sea este de imposible realización" (60).

De donde desprendemos el concepto que el Maestro Castellanos Tena nos da al respecto: "El delito imposible es aquel en el cual no se produce el resultado delictuoso por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. "

(60) Castellanos Tena, op cit. o. 282.

En el delito imposible no existe la posibilidad material, factible de realización, porque falta un presupuesto del delito, por ejemplo, la vida en el homicidio, o por los medios empleados no sean los adecuados, como sucede en el caso de la administración de una sustancia inocua con algún fin (61).

Por otra parte Pavón Vasconcelos al referirse también al delito imposible, opina: "Podemos considerar al delito imposible, como la tentativa incapaz de realizar el resultado típico, a virtud de la idoneidad de los medios empleados, así como por falta de idoneidad en el objeto contra el cual ha dirigido sus actos el agente (62).

En el estudio del delito imposible, debemos establecer en concreto, que el resultado típico no se produce por ser imposible, por lo que no debemos confundir al delito frustrado con el imposible, ya que este último tiene la característica consistente en que no se realiza la infracción de la norma por imposibilidad material, por idoneidad de los medios empleados o por inexistencia del objeto del delito. Cuando se trata de privar de la vida a un muerto o cuando se suministra un abortivo a una mujer que no se encuentra embarazada, son verdaderos casos que podemos cuadrar en el concepto del delito imposible.

(61) Osorio Nieto, cita de Castellanos Tena.p.80.

(62) Pavón Vasconcelos, Francisco. La tentativa.p.119.

Carrara concibió al delito imposible como la tentativa iniciada con medios idóneos en forma absoluta o cuando en el objeto falta la idoneidad para inteorar la lesión jurídica. De la anterior concepción, resulta evidente que si no existe objeto es por que no hay sujeto pasivo y por tanto, el peligro real está ausente. El delito imposible no entraña la ejecución de hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, ya que este nunca se verificaría por imposibilidad sobre la acción o sobre el objeto.

Tampoco debe confundirse el delito putativo con el imposible. En el putativo no hay infracción a la ley penal por imposibilidad jurídica, ya que la norma no existe y no puede sancionarse en grado de tentativa ni de suuesta consumación. El imposible tampoco puede punirse ni como tentativa, pues no entraña la ejecución de hechos consumados directa e inmediatamente a la realización de un delito (63).

(63) Pavón Vasconcelos. F. ob cit.p. 122.

Al respecto la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido:

"Jurisprudencia.- La sola búsqueda de la víctima con el propósito de darle muerte no integra tentativa de homicidio...porque no se realizaron actos de ejecución en relación con el núcleo del tipo del delito respectivo". (Primera Sala, 4345/59).

TENTATIVA DE UN DELITO IMPOSIBLE:" La imposibilidad para cometer un delito elimina la punibilidad de una tentativa cuando los medios empleados son notoriamente inadecuados o no idóneos o bien cuando uno de los coparticipes desiste de su propósito criminal y exclusivamente por esta causa los demás coparticipes no llegan a consumar la infracción penal" ("Boletín de Información Judicial año VI núm 51.p.7. Sentencia del 18 de enero de 1950).

TENTATIVA, ACTOS EQUIVOCOS: "La ley establece en forma bien clara que los actos que integran la tentativa deben ser directa e inmediatamente encaminados a la ejecución del delito, y si los que aparecen procesalmente demostrados son equivocos, no pueden considerarse en rigor técnicos, como constitutivos de tentativa" (Semanao Judicial de la Federación, vol LI,p.94, sexta época 3541/61).

5.2 IMPOSIBILIDAD SOBRE LA ACCION

Desde el punto de vista objetivo, una acción no idónea debe permanecer imune, porque no puede ser iniciado aquellos que no es posible llevar a cumplimiento. Es necesario para comprender lo anterior, el analizar minuciosamente los conceptos de idoneidad e inidoneidad, mismos que forman un carácter de la acción y, los medios idóneos, sean en abstracto o en concreto, no pudiendo concurrir a la producción de un resultado dañoso o peligroso, no pueden ser sancionados (64).

La idoneidad es la aptitud del propio acto para conducir al fin perseguido, no otro que la consumación del delito; así en relación a los medios empleados, estos constituyen un obstáculo natural a la actuación eficaz de la voluntad del autor, haciendo imposible la obtención del hecho delictuoso. Ahora bien, respecto a las deficiencias intrínsecas de la acción, destacan la inidoneidad absoluta en razón del medio empleado y la inidoneidad relativa, en los casos en que, aún siendo apta la acción encaminada a la realización del delito, esta se convierte en inidónea en virtud de circunstancias concretas que actúan haciendo imposible el resultado, ejemplo la acción de terceros (65).

(64) Mazzini T. Tomo I o.500.

(65) Giuseppe Maggiore. Derecho Penal. Tomo I.p.547.

Así mismo al referirse a la inidoneidad de los medios y a la inidoneidad de la acción, podemos hacer mención a que algunos autores distinguen la imposibilidad del delito, resultante, en absoluta y relativa. Se dice que es absoluta cuando los medios no pueden, por sí mismos, causar el efecto dañoso o peligroso, como en el caso del empleo de sustancias no tóxicas para envenenar a una persona. Se dice que es relativa cuando los medios pueden ser suficientes para el logro del designio criminal. La distinción entre la imposibilidad absoluta y relativa debe conducir a la conclusión de que la primera no es reprimible. La inidoneidad debe ser observada minuciosamente para analizar el conjunto de todas las condiciones y circunstancias en las cuales la propia acción no se ha presentado, con la necesidad de indagar sobre la calidad y cantidad de los medios puestos en ejecución y sobre las condiciones del sujeto pasivo, el tiempo, modo, lugar de acción, etc., así la idoneidad es presentada mediante un acto idóneo puede ser punible a título de tentativa, estando el mismo constituido por aquella conducta considerada típica, que lleva consigo mismo la eficacia y aptitud para lesionar el bien jurídico (66).

(66) Giuseppe Magiore, op cit. p. 548.

5.3 IMPOSIBILIDAD SOBRE EL OBJETO

El objeto en algunas ocasiones es identificado con el sujeto pasivo; así cuando no existe este último, surge la imposibilidad sobre el objeto, ya que la acción cuando se dirige sin meta, sin término, no viene a ser jurídicamente relevante, es decir, hace imposible el delito pese a la idoneidad de los medios.

La ausencia del objeto material por tanto, hace imposible la consumación del delito. No se puede poner la vida de un difunto, no podemos orincioiar a matar a un muerto por ello, sin el objeto al cual se encamina la acción lesiva, esta oierde en el vacío no daña ni pone en peliagro ningún bien jurídico protegido.

El objeto del delito ha sido distinguido por lo que se refiere a lo material y a lo jurídico. El objeto material lo constituye la persona o cosa sobre quien recae el daño; el objeto jurídico, como ya antes se mencionó es el bien protegido por la ley y que el hecho o la omisión criminal lesionan. En consecuencia, en los delitos de homicidio, de robo, de rapto, los bienes jurídicos protegidos por la ley, son la vida, la propiedad y la libertad, valores constitucionales del objeto jurídico de tales infracciones penales.

Por las razones expuestas, consideraremos como el camino adecuado para distinguir la tentativa punible de la impune, la idoneidad o inidoneidad, en su caso, tanto del medio empleado como del objeto sobre el cual se dirige la acción (67).

(67) Jiménez de Asúa. La Ley y el Delito.p.488.

5.4 LA PUNIBILIDAD DEL DELITO IMPOSIBLE

Hemos manifestado que el delito imposible es aquel que, por inidoneidad de los medios empleados para cometerlo o por falta del objeto mismo, no es susceptible de llegar a consumarse. Ejemplo: el intento de envenenar a una persona haciéndole ingerir una sustancia inocua o el de procurar el aborto de una mujer que no está encinta. En el primer caso, la imposibilidad deriva de la inidoneidad del recurso utilizado para llevar a cabo en envenenamiento; en el segundo caso, la imposibilidad proviene de la falta de objeto sobre el cual recae la acción homicida. Raúl Carranca y Trujillo, finaliza manifestando que la noción de la tentativa, se construye sobre la base del "comienzo de ejecución" (conato) y del agotamiento del proceso ejecutivo (frustración). lógico es considerar excluida de ella la tentativa absolutamente inidónea (delito imposible), por ser esta la completa negación de aquella (68).

(68) Gómez Eusebio. Tratado de Derecho Penal. p.481.

CONCLUSIONES

I.- En los antecedentes del delito tentado. podemos apreciar ya en algunos pueblos, donde existía la preocupación por dicho delito, que si en forma incipiente, ya el Derecho Romano nos habla de la tentativa a fin de evitar la venganza aunque algunos autores niegan de dicha existencia. Así en otros códigos podemos apreciar dicha figura, como en el Derecho Germánico, en el Derecho Longobardo. en el Código de Martínez de Castro, en el Código Almaraz y últimamente en el Código Penal de 1931 en México. del cual se han tomado algunas cuestiones al respecto en nuestro país.

II.- El delito tentado es una figura jurídica que se presenta en la vida de "iter criminis", donde existe la ideación o consumación de un delito determinado. que puede ser tocado desde dos puntos de vista, bajo la concepción criminológica (manifestación exterior de la voluntad-conducta) y jurídica (análisis de factores psicológicos y físicos conforme a la conducta y la prevención de la norma jurídica establecida en la ley penal). Tanto es así, que en la fase del "inter criminis" existen dos. tanto una interna o subjetiva, como una externa u objetiva. Además de los actos preparatorios-ejecutivos y la resolución manifiesta.

III.- Conforme a la naturaleza jurídica, podemos observar el criterio de algunos autores, que consideran a la tentativa del delito como delito secundario o imperfecto. Por lo que hay que analizar varios aspectos de dicha figura como son: la conducta, la antijuricidad, la culpabilidad; además de los aspectos que nos señala nuestro Código Penal.

IV.- Es importante señalar las características de la tentativa del delito, así como la situación jurídica de esta figura en que es necesario modificar a nuestro criterio el contenido de los artículos 21 y 22 de nuestro Código Penal conforme a las circunstancias que explicamos en el capítulo cuarto de este trabajo.

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

- 1.- ANTOLISEI, Francesco. Manual de Derecho Penal.
- 2.- CASTELLANOS Tena, F. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa. México.
- 3.- CARRANCA y Trujillo, Raúl. Derecho Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1988.
- 4.- Código penal para el Distrito Federal. Edit. Porrúa.
- 5.- Código Penal y de procedimientos penales para el Estado de Veracruz. Edit. Cajica y Porrúa.
- 6.- CUELLO Calón, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. México.
- 7.- GIUSEPPE Maciore. El Derecho Penal. Tomo I.
- 8.- GOMEZ, Eusebio. Tratado de Derecho Penal.
- 9.- JIMENEZ DE ASUA. La Ley y el Delito. Edit. Porrúa. México 1989.
- 10.- JIMENEZ Huerta, Mariano. Derecho penal Mexicano.
- 11.- MALO Camacho, Gustavo. Tentativa del Delito. México.
- 12.- OSORIO Nieto, Augusto. Síntesis de Derecho Penal. Edit. Trillas. México.
- 13.- PALACIOS, Ramón. La Tentativa del Delito. México.
- 14.- PAVON, Vasconcelos, Francisco. La tentativa del delito. Edit. Porrúa. México.
- 15.- Seminario Judicial de la Federación, tomo XXXV, segunda parte . Pág. 2349, quinta época, sentencia del 23 de agosto de 1932.
- 16.- VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano.