

328309



**Colegio Partenón, S.C.
Incorporado a la U.N.A.M.**

**"Tentativa de Homicidio,
una Nueva Propuesta
de Regulación"**

**Tesis que para obtener
el título de Licenciada en Derecho
presenta, Armida Velázquez Mendoza**



Asesor: Lic. Oscar Morales Miranda

México, D.F.

m. 339756



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

Todo el material contenido en esta tesis 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.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Armida Velázquez
Mendoza

FECHA: 06 Enero 2005

FIRMA: Armida Velázquez

A Mis Padres Armida y Manuel.

Por todos los valores que me inculcaron, el apoyo incondicional que siempre me han brindado, su compañía, su amor y su comprensión, porque lo mejor que pudieron dejarme además de darme la vida y una familia fueron también mis estudios, pues basta simplemente con los ejemplos que ustedes mismos me han dado del estudio para no tener sino algo mejor que ofrecerles cada día.

A Mis Hermanos Eduardo y Carlos.

Por todo su amor incondicional, su cariño, su compañía y que ojalá esto pueda servirles como un pequeño ejemplo para que vean que cuando uno quiere hacer las cosas se puede y más teniendo el apoyo de una familia como la nuestra.

A Mis Profesores.

Porque gracias a ellos es posible en gran medida la realización de este trabajo pues con sus enseñanzas, su experiencia y todo aquello que del ámbito docente y profesional han compartido conmigo me ha servido como ejemplo y han inculcado en mí la confianza para cada día ser alguien mejor.

A Todas Aquellas Personas.

Que aún y cuando no mencione sus nombres han contribuido directa o indirectamente a la realización de la persona que ahora soy y del trabajo que con mucho orgullo presento.

Introducción	5
Capítulo 1 Aspectos Generales de la Tentativa	8
1.1 La Tentativa en Roma	9
1.2 La Tentativa en el Derecho Español	11
1.3 La Tentativa en el Derecho Alemán	14
Capítulo 2 La Tentativa como Delito	17
2.1 Elementos de la Tentativa	18
2.2 La Tentativa como Delito Autónomo	19
2.2.1 Fases del "Iter Criminis"	20
2.2.2 Fase Interna	20
2.2.3 Fase Externa	21
2.3 Fases del Delito	26
2.4 Fundamento de la Punición de la Tentativa	28
2.4.1 Las Teorías Objetivas o del Peligro	29
2.4.2 Teoría Subjetiva o Pura de la Voluntad	29
2.5 Actos Preparatorios y de Ejecución	29
2.6 Consumación y Tentativa del Homicidio	30

Capítulo 3 Aspectos Dogmáticos del Delito de Homicidio	34
3.1 Definición del Delito de Homicidio.....	35
3.2 Estudio Dogmático del Delito de Homicidio.....	40
3.3 Definición Legal del Delito de Homicidio en el Derecho Comparado.	41
3.3.1 Argentina	41
3.3.2 Colombia.....	42
3.3.3 España.....	44
3.3.4 Código Penal para el Distrito Federal.....	45
3.4 Elementos Integrantes del Cuerpo del Delito	47
3.5 Elementos Constitutivos del Delito	53
3.6 Las Figuras del Homicidio Doloso y del Homicidio Culposo	57
3.7 Diversas Formas de Homicidio	62
3.8 Tanatología.....	65
3.9 Agonología.....	66
3.10 Muerte.....	67
3.11 Crono - Tanato Diagnóstico	70
3.12 Autopsia.....	71

Capítulo 4	La Tentativa en Nuestra Legislación.....	72
4.1	El Actual Código Penal.....	73
4.2	La Jurisprudencia	74
4.3	Propuesta de Adicionar un Artículo al Código Penal acerca de la Tentativa de Homicidio	83
4.4	Enunciación del Artículo.....	85
Conclusiones		88
Glosario		90
Bibliografía		94

Introducción

Desde el punto de vista del derecho, el bien jurídico tutelado más importante es la vida, y aún y cuando en el actual Código Penal Federal se encuentran ya previstas en el las conductas de “privación de la vida”, mejor conocido como el delito de homicidio (Artículo 302) y “la agresión en potencia a un bien jurídico o intención de cometer algún delito”, es decir la tentativa (Artículo 12); la sanción resultado de la combinación de éstas dos conductas o éstos dos delitos, no es proporcional a la puesta en peligro del bien más importante para el hombre, o sea, la vida.

Por lo anterior, surge la intención de elaborar una propuesta encaminada a la creación e inserción en el Código Penal para el Distrito Federal de un nuevo tipo penal, concretamente “La Tentativa de Homicidio”. Para lograr dicho objetivo, fue necesario dividir el trabajo en cuatro etapas principales en donde se estudian los aspectos generales de la tentativa, comparando el concepto que maneja el Código Penal con otros sistemas jurídicos como lo son el Derecho Alemán y el Derecho Español, para así poder tener una idea más clara y más amplia del tema de investigación.

Fue necesario analizar detalladamente la estructura de la tentativa como delito, a través de los fundamentos que le dan origen, de las

fases que lo integran y por supuesto, en que consisten cada una de éstas fases, mismas que llevan directamente al estudio del “iter criminis” o camino del delito, que va desde la idea de cometer un delito hasta la consumación del mismo, pues de la distinción de los actos que integran éste camino del crimen depende en gran medida la existencia de la conducta conocida como “tentativa” y que es el tema medular de esta investigación, así como la forma en que ésta habrá de diferenciarse de otras conductas o de otros delitos.

Una vez analizada la tentativa, se procedió de la misma manera con respecto al delito de homicidio.

Para este fin se compararon distintos conceptos dados por estudiosos del derecho, la definición del delito de homicidio como se prevé en las leyes de países como Argentina, Colombia, España y México. Además se trataron las características de éste delito y las formas en que el homicidio puede llevarse a cabo.

En la última parte del estudio se hace una valoración de la tentativa dentro de la legislación mexicana, señalando así la importancia de la jurisprudencia y los criterios que hay al respecto de la tentativa para concluir con la propuesta que motivo este trabajo, misma que consiste en la enunciación del artículo que

se considera debería insertarse en el Código Penal para el Distrito Federal y que tiene como principal objetivo una mayor sanción a la conducta realizada por aquella o aquellas personas que pongan en peligro la vida de otro, a través de la comisión de determinados actos que sin consumarse atenten directamente contra el bien jurídico tutelado.

Capítulo 1

Aspectos Generales de la Tentativa



A lo largo de historia de la humanidad, los valores universales se han impuesto sobre la moral dictada por las sociedades. La moral tiene su origen en el comportamiento individual del ser humano revestido en el núcleo de la sociedad; costumbres, mitos y tradiciones han entretejido esta moral hasta llevarla al plano del orden social, que obliga a cumplirlas, so pena de la autodestrucción de la libertad del individuo, de la vida misma e incluso de la destrucción de grandes culturas.

El tratamiento de las comunidades desde el punto de vista bíblico, justifica, por tradición, la aplicación de actos ejecutorios dictados por la moral y las buenas costumbres.

La ambigüedad en las grandes civilizaciones ha colmado de asesinatos impunes y genocidios a la historia del hombre. Roma, España y Alemania, en su historiografía jurídica no se han quedado al margen; razón por la cual iniciaremos la presente tesis vinculando la tentativa de homicidio y su tratamiento en diferentes esferas jurídico históricas inmersas en costumbres, decretos y leyes.

1.1 La Tentativa en Roma

Después de la evolución de las leyes, desde Summer en el 6 000 a. C. Con la Ley del Talión, en Roma, el derecho va a iniciar la conceptualización de Ciencia Jurídica; la tentativa de homicidio no va a representar ningún daño, desde el punto de vista penal, ya que no es considerada como hecho consumado.

La tentativa como tal, surgió en la ciencia jurídica medieval de Italia, pero fue en el Derecho Romano donde se tomó más en cuenta esta figura jurídica dándose el concepto y la palabra técnica (Theodor Mommsen). Figurando en las "Leges Corneliae", por lo que algunos actos de tentativa y de preparación estaban sancionados con la pena del delito consumado.

La tentativa es una especie de delito, que no llega a consumarse y que constituye una fórmula de ampliación de la pena, por lo que el concepto de una tentativa punible, es sólo el producto de una larga evolución histórica, que descansa en un derecho en cierto grado de desarrollo progresivo. En la antigüedad éste pensamiento se desconoce puesto que la tentativa no representa ningún daño material.

El autor Juan José González Bustamante, señala que el tema de la tentativa, es uno de los más arduos de la dogmática penal; por lo tanto, se concluye que no existe delito de tentativa o de participación y la característica más significativa de éstas modalidades, es la falta de adecuación a un tipo penal, de ahí la importancia de tipificar la tentativa como un delito, tema esencial o medular de esta tesis y que en los temas subsecuentes nos referiremos a ello.

Es importante conocer los criterios en otros países, en lo que se refiere al tipo penal de la tentativa.

En cuanto a la primera cuestión es decir, al ámbito de punición de las formas de imperfecta ejecución, las legislaciones española y alemana aportan soluciones diversas. Antes de exponer una opinión con respecto al acierto de la regulación positiva mexicana, es preciso conocer los antecedentes legislativos de ambos países, así como la fundamentación que la doctrina ha aportado sobre aquélla.

Las regulaciones penales más antiguas de ambos países hacían ya referencias a esta cuestión. Así, por ejemplo, en las Partidas se castigaba la tentativa únicamente en determinadas infracciones graves, como la traición contra la persona del Rey, el homicidio,

el robo y la violación.¹ Igualmente en la "Constitución Criminalis Carolina", se castigaba la tentativa únicamente en los delitos más graves.²

El antecedente más inmediato de ambas legislaciones se encuentra, sin embargo, en el Código Penal Francés de 1810, en aquel Código se realizó una división tripartita de las infracciones penales en crímenes, delitos y contravenciones,^{3 4} considerando punible la tentativa de crimen en todo caso y en ningún caso la de contravención. En cuanto a los delitos decía el artículo 3º de aquel Código: "Las tentativas de delitos no son consideradas como delitos más que en los casos determinados por una disposición especial de la Ley".⁵

¹ Ley 2, Tit. 31, Part. 7a. (citado por Grolzard, *El Código Penal*, pág. 67 s.)

² Altfeld, P., A.T. *Der untaugliche Versuch*, pág. 190, nota 14, 1973.

³ El origen de esta forma tripartita de clasificar los hechos punibles se encuentra (Maurach/Zipf, A.T., I, pág. 178 s.) en el Derecho Natural del siglo XVIII. Como delitos más graves (crímenes) se consideraron los ataques a los derechos naturales de los hombres. Los ataques a los derechos creados por el contrato social, dieron lugar a los delitos menos graves (delitos) y las contravenciones al orden, a simples faltas policíacas. Al introducirse en el Código Penal la tripartición perdió, sin embargo, su significado originario, pues no se distinguía ya según la dirección del ataque, sino según la gravedad de la pena impuesta.

⁴ Esta tripartición tuvo acogida, como se verá, en los Códigos Penales españoles y alemanes. Posteriormente fue abandonada en ambos países. En la actualidad ha sido introducida nuevamente en el Proyecto de Código Penal español

⁵ Jiménez de Asúa, *Tratado*, VII, pág. 659.

El peso de esta regulación fue distinto, como se observará, en ambos países.

1.2 La Tentativa en el Derecho Español

La divulgación de las interpretaciones jurídicas francesas al mundo occidental, permea de un alto sentido de espiritualidad y libertad, de igualdad decimonónica; España al ser víctima de esa filosofía perdió paulatinamente sus colonias, pero creó también un sentido de justicia e igualdad que va a justificar su paso por la historia de las leyes y el derecho.

El Derecho español siguió, ya en un principio, tan solo parcialmente la regulación del Código Francés, y la tendencia posterior ha sido, como se verá, la de apartarse de los principios que en esta cuestión dominaban aquel Código. El Código Penal de 1822 no hacía mención expresa a esta problemática,⁶ que encontramos regulada por vez primera en el Código Penal de 1849; en este Código se aceptó la división de los hechos punibles,⁷ en delitos más graves⁸,

delitos menos graves⁹, y faltas,¹⁰ y en su artículo 5 expuso: "Las faltas sólo se castigan cuando han sido consumadas", considerándose, pues impunes las faltas intentadas las frustradas.

El Artículo 5º del Código Penal de 1848, que posteriormente se ha convertido en el artículo 5,1, ha permanecido invariado en su redacción hasta nuestros días, con la única corrección gramatical que modifica el término "castigan" por el de "castigarán", no obstante, se ha discutido doctrinalmente sobre la necesidad misma de su existencia. La negación de ésta fue mantenida por Groizard, quien sostuvo, que la Ley no tiene necesidad de decir lo que es justificable, basta con que no le reprima, y ya del artículo 3º, puede deducirse que la tentativa y la frustración sólo son punibles cuando se refieren a delitos.¹¹

De la opinión contraria han sido De Vizmanos-Álvarez y Pacheco y en la actualidad Rodríguez Mourullo, para quienes la necesidad del artículo 5,1 surge de la constante repetición con que el Código emplea la palabra delito, comprendiendo en algunos casos únicamente a

⁶ Quintano, *Comentarios*, pág. 62.

⁷ La influencia del Código Penal francés fue puesta de manifiesto por Pacheco, *El Código Penal*, pág. 112.

⁸ Delitos más graves se consideraron aquellos que la Ley castigaba con penas aflictivas (art. 6º, 1)

⁹ Como tales se castigaron aquellos a los que se imponía penas correccionales (art. 6º, 2)

¹⁰ Como faltas se consideraron las infracciones a las que la Ley señalaba penas leves (art. 6º, 3)

¹¹ *El Código Penal*, pág. 123

las infracciones más graves, en otras a los delitos en sentido estricto y a las faltas.¹²

Si el párrafo primero del citado artículo se hiciera “desaparecer de la Ley... por lo menos sería si lo dispuesto en el artículo 3º, respecto al delito frustrado y a la tentativa era una regla aplicable a las faltas”.¹³

Estos argumentos pierden significación si se tiene en cuenta que el actual artículo 5,2 castiga determinadas fallas frustradas, lo cual no tendría ningún sentido si se encontraran ya comprendidas en el artículo 3º. También de la presencia del artículo 5,2 puede extraerse que la tentativa se considera impune en las faltas, ya que no puede esperarse que el Código desee castigar la tentativa en todas las faltas y la frustración únicamente en algunos casos. En todo caso, y de aceptarse la regulación vigente, siempre puede argumentarse, como ya se hizo, que la presencia del artículo 5,1, si bien discutible, “puede ser útil para evitar una disputa”.¹⁴

Como se podrá observar, de los anteriores puntos del Código Español, la tentativa y el delito frustrado, eran una regla aplicable a las

faltas y en el actual Código, si castiga las fallas frustradas (Artículo 5.2) como si se trataran de tentativas de delito.

Con el Decreto de 1 de enero de 1871, se introdujo añadiendo un segundo párrafo al artículo 5º,¹⁵ una excepción al párrafo anterior al considerar punibles “las faltas frustradas contra las personas y la propiedad”. La razón que impulsó al legislador a modificar la antigua regulación se encuentra, según Groizard,¹⁶ en el mayor ámbito que en el nuevo Código había adquirido las faltas como producto de la transformación en faltas de algunos hechos, que antes se habían considerado delitos, pero sin que el legislador aceptara por completo las consecuencias de esta transformación.

En el Código Penal de 1932, se sustituyó el término “personas” por la de “vida e integridad corporal”, volviéndose en 1944 al anterior que ha permanecido hasta nuestros días.

La introducción del párrafo segundo del artículo 5º, en el Código Penal de 1870, no ha sido nunca criticada por la doctrina, que, sin embargo, ha puesto de manifiesto, que, aun cuando la Ley no diga nada al respecto, es evidente que la posibilidad de castigar las faltas

¹² Así, Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, pág. 191.

¹³ De Vizmanos/Álvarez, *Comentarios*, I, pág. 35

¹⁴ Pacheco, *El Código Penal*, pág. 112

¹⁵ Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, pág. 184.

¹⁶ Groizard, *El Código Penal*, pág. 184.

frustradas dependerá en todo caso de la estructura del respectivo tipo delictivo, es decir, de la responsabilidad de que el mismo pueda realizarse en grado de frustración.¹⁷

Esta posibilidad es discutida en aquellas faltas que poseen carácter omisivo, como por ejemplo, las reguladas en los artículos 584 no.14 y 586 no.2, carácter culposo, como las reguladas en los artículos 586 no.3, 592 y 600, o bien carácter formal.¹⁸ Por el contrario, la doctrina sí ha considerado criticable su ámbito estrecho y arbitrario.

En opinión de Ferrer Sama¹⁹ y Rodríguez Mourullo,²⁰ no resulta justificado que permanezcan impunes algunas contravenciones contra el orden público o cometidas por medio de imprenta, que revisten igual o mayor trascendencia que determinadas faltas contra la propiedad. Ferrer Sama propone, en todo caso de "Lege Ferenda", que el artículo 5,2 debería poder aplicarse a todas aquellas faltas que "constituyen un exponente de la barbarie de sus autores, que nos hace

considerarlos tan antisociales como pueden serlo los que cometen algunas faltas contra las personas o contra la propiedad...".²¹

Por el contrario, Rodríguez Mourullo, ha propuesto un argumento de "Lege Lata" a favor de interpretar los términos "personales" o "propiedad" del artículo 5º, en su "concreto contenido sustancial", y no haciendo referencia a las faltas recogidas en los títulos III y IV del libro tercero, cuyas rúbricas rezan respectivamente "de las faltas contra las personas" y "de las faltas contra la propiedad".²²

Esta interpretación sería, en opinión de Rodríguez Mourullo, "posible y mucho más adecuada a la voluntad de la Ley", y permitiría incluir en el párrafo segundo del artículo 5º faltas comprendidas en otros títulos.

Por último, debe ponerse de relieve que la transformación realizada en el Código Penal de 1932, de la clasificación tripartita de los hechos punibles en una clasificación bipartida de los mismos, en delitos y faltas, que continúa vigente en la actualidad (artículo 6º), no afectó en absoluto la regulación de la tentativa y la frustración, pues las mismas se habían

¹⁷ Ferrer Sama, *Comentarios*, I, pág. 92; Jiménez de Asúa, *Tratado*, VII, pág. 870, y Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, I, pág. 192.

¹⁸ Ferrer Sama, *Comentarios*, I, pág. 92, y Jiménez de Asúa, *Tratado*, VII, pág. 870

¹⁹ *Comentarios*, pág. 92

²⁰ *Comentarios*, I, pág. 192.

²¹ *Comentarios*, pág. 92.

²² *Comentarios*, I, pág. 192.

considerado punibles con anterioridad en los delitos más graves y menos graves.

A efecto de tener un mejor panorama de la clasificación bipartita y tripartita, de los delitos en general, por Cuello Calón, citado por Eduardo López Betancourt, en su obra de Teoría del Delito, nos dice lo siguiente:

a) **Clasificación Tripartita:** Esta clasificación es ya antigua, comprende a los crímenes, delitos y contravenciones: fue defendida por los juristas anglosajones en el siglo XVII, como Carpzovius. Su fundamento se encuentra en la literatura penal del período filosófico, donde se distinguieron los crímenes que lesionaban los derechos naturales como la vida, la libertad, entre otros; siendo delitos aquellos que violaban los derechos nacidos por el contrato social, como la propiedad y por último las contravenciones, que infringían disposiciones y reglamentos de policía.

A esta clasificación se le reconoció una utilidad práctica para marcar la competencia de los tribunales. Asimismo se dice que realiza una individualización de la gravedad de la conducta delictiva, profundamente arraigada en la conciencia popular, la cual no acepta los hechos que constituyen un crimen.

b) **Clasificación Bipartita:** Esta clasificación del delito, en relación con la gravedad, comprende a los delitos y contravenciones; se ha dicho que es más favorable, por considerar que entre los delitos y los crímenes no hay diferencias esenciales, sino tan sólo de cuantía, mientras que entre el delito y la contravención sí hay profunda diversidad de naturaleza y cualidad.

Los delitos, contienen una lesión efectiva o potencial en el ámbito jurídico y en los intereses protegidos; también van en contra de las normas de moralidad y son hechos inspirados en intención malévola, mientras las contravenciones son hechos inocentes, indiferentes en sí mismos, realizados sin mala intención; solamente constituyen un peligro para el orden jurídico y por ello se sancionan a título preventivo.

1.3 La Tentativa en el Derecho Alemán

Consideremos que en el derecho alemán se van desarrollar tres connotaciones de delitos: graves, menos graves y contravencionales; cuál es el que ocupa la tentativa, lo señalaremos a continuación.

En el Derecho Penal Alemán, se siguió fielmente el modelo del Código Penal Francés. Ya en el Código Penal Prusiano fue aceptada la tripartición,²³ y de allí pasó al Código Penal Imperial de 1871, que distinguía, entre delitos más graves (Verbrechen),²⁴ delitos menos graves (Verbrechen)²⁵ y contravenciones. Siguiendo el modelo francés consideraba punible la tentativa siempre en los delitos más graves o crímenes y en los delitos menos graves únicamente cuando la Ley lo determinase expresamente.

Aun cuando no se hacía ninguna referencia expresa a las faltas, la doctrina dedujo su impunidad en forma unánime.²⁶ Por otra parte, y sin tener en cuenta la crítica que en ocasiones se realizó en cuanto a la elección de los supuestos en que la tentativa de delito menos grave se consideraba punible,²⁷ no se

encuentran comentarios doctrinales sobre esta cuestión.

La nueva regulación legal no supuso en cuanto aspecto de la penalidad de la tentativa ningún cambio significativo, exclusión hecha de que, como se puso de manifiesto en la fundación del Proyecto Oficial, la entrada en vigor del nuevo Derecho supondría la punición de la tentativa en un mayor número de delitos menos graves, debido a la transformación de delitos más graves en delitos menos graves proyectada en un considerable número de casos.²⁸

El actual 23,1 establece, al igual que el anterior 43,2,²⁹ que la tentativa de un delito más grave se considerará siempre punible, la de un delito menos grave³⁰ únicamente cuando la Ley lo determine en forma expresa.³¹

²³ Con anterioridad había sido aceptada en el Código Penal bávaro de 1813.

²⁴ Éstos eran en el SGB anterior (1,1), e igualmente en el actual (12,1), hechos antijurídico castigados con una pena privativa de libertad igual o superior a un año.

²⁵ En el Código Penal anterior se definía como tales las acciones castigadas con una pena privativa de libertad superior a seis semanas o una pena de multa superior a 500 marcos (1,3). En el StGB actual son delitos menos graves los hechos antijurídicos castigados con una pena privativa de libertad inferior a un año, o con una pena de multa (12,2)

²⁶ Así, Allfeld, A.T., pág. 190, nota 17; Kohlrash/Lange, StGB, 43, IV; Mayer, H., A.T. pág.291, y Mezger E., P.G., pág. 255. Aun cuando no se excluía la posibilidad de que en ocasiones se consideran punibles con arreglo al Derecho particular (Allfeld, A.T., pág. 190, nota 17).

²⁷ Allfeld calificó la elección de "parcialmente muy inapropiada",

pues, por ejemplo, se consideraba punible la tentativa de daños y no, en cambio, la de lesiones (A.T., pág. 190. y en el mismo sentido, Sauer, D.P., pág. 63). Por el contrario, H. Mayer estimó la calificación de aceptable (A.T., pág. 291 s.).

²⁸ Proyecto Oficial, pág. 142.

²⁹ Debe ponerse de relieve que la actual regulación penal alemana comprende las faltas entre los hechos delictivos. La Reforma no ha comportado, sin embargo, su completa desincriminación, ya que un pequeño número, a pesar de las críticas hechas por la doctrina, han adquirido el carácter de delitos menos graves. Esto sucede, por ejemplo, en los 248 (anterior 370, I, núm. 5) y 145 (anterior 360, I, núm. 11), en los cuales no se castiga la tentativa. Una parte considerable de las faltas ha pasado, no obstante, a formar parte de las infracciones administrativas, y por último, algunas han perdido todo carácter de infracción legal. (Eser, en Schröder, 12, núm, 15 ss.)

³⁰ Sobre lo que constituye delito más grave y menos grave, véase las notas 11 y 12 de este capítulo.

Esto ocurre, por ejemplo, en el hurto (242,II), las coacciones (240,III), la evasión de presos (120,III), las lesiones peligrosas (223 a III), la estafa (263,II) y la falsedad documental (267,II).

En las infracciones administrativas sólo puede castigarse la tentativa cuando la Ley lo diga expresamente (13,II OWiG), lo cual sucede sólo excepcionalmente.³²

³¹ Este párrafo se regulaba de forma prácticamente idéntica en el Proyecto Oficial (27,1), con la única excepción del adverbio "siempre", que los redactores del Proyecto Alternativo suprimieron por considerar que podía provocar molestias para tener en cuenta la impunidad de los supuestos de burda falta de comprensión y de desistimiento.

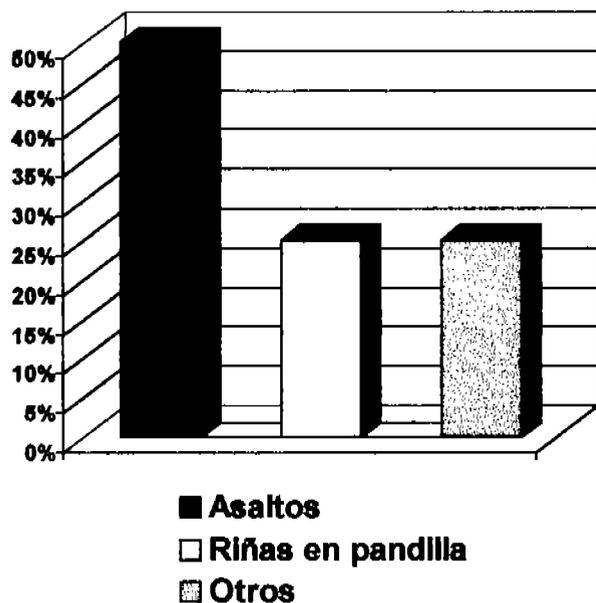
³² Jescheck, H. H., *Tratado*, II, pág. 710, nota 40.

Capítulo 2

La Tentativa como Delito



Existe una definición específica de delito, el grado de tentativa entra en una fase que no se ha materializado, es imprescindible connotar el daño que provoca en la sociedad moderna, para ilustrar mejor los motivos del homicidio o bien, desde el punto de vista estadístico, es importante señalar que el 50 % de los homicidios, en México, son cometidos en asaltos, ya sea a casa habitación a personas transeúntes, el 25% en la calle, son cometidos por riñas en pandilla, el 25% restante, en otras formas, nuestro gobierno no reconoce dichos índices, los pretende ignorar e inclusive ha llegado a mencionar que los índices de criminalidad han disminuido.



Es necesario, en este capítulo analizar las partes de un todo de forma estructural, desde la concepción de la idea, hasta la consumación del acto antijurídico, evaluar el daño que hace la agresión en potencia; la ruta del crimen o el camino del crimen, mismo que se inicia desde la idea que surge en la mente del sujeto activo, pasando a la amenaza que se imprime a la víctima condicionándola a someterse a la voluntad del agresor con el riesgo de perder el todo, lo máspreciado, lo que integra su razón de existir y que además es el bien jurídico de mayor valía: la vida.

2.1 Elementos de la Tentativa

El homicidio en nuestro país es un delito primitivo, instintivo e irreflexivo, sin elaboración intelectual, en cuanto son justamente los mecanismos superiores de control los que fallan, sin decir, que en esto se encuentran también los homicidios premeditados y complejos.

Antes de dar a conocer los elementos de la tentativa, es necesario dar un concepto de tentativa, entendiendo esta como: "los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma

por causas ajenas al querer del sujeto”; habiendo conocido el término de la tentativa, ahora si podemos ver sus elementos:

Consta de dos elementos:

- a) **Subjetivo.**- Es la intención de cometer un daño típico (dolo).
- b) **Objetivo.**- Es la manifestación externa, comienzo de ejecución.

En otras palabras, Subjetivo.- es la idoneidad de los medios para alcanzar el fin; Objetivo.- es la adecuación del acto para producir el daño o peligro.

Para el Sistema Causalista, cuyos autores de esta corriente se encuentran, Octavio Alberto Orellana Wiarco, Eduardo López Betancourt, Marcela Martínez Roaro, entre otros, nos dicen sobre la clasificación de la fase objetiva y la fase subjetiva, misma que se define de la manera siguiente:

Fase Objetiva.- Pertenece la mecánica delictiva de la acción y la omisión, la tipicidad y la antijuridicidad.

Fase Subjetiva.- Corresponde a la culpabilidad (el dolo y la culpa) y para algunos la preterintencionalidad.

El tratadista Octavio Alberto Orellana Wiarco, en su obra Curso de Derecho Penal, nos dice: “Para el finalismo, el tipo está compuesto no solo de elementos objetivos, sino también subjetivos. La acción u omisión humanas subsumibles en el tipo no son simples procesos”.

En base a lo anterior, se considera que ambas figuras jurídicas son la base de la constitución de un delito, pues primero se piensa o se razona como cometer el delito y posteriormente se exterioriza dicha conducta, siendo esta la regla general, aunque como toda regla, surge la excepción cuando se presenta o interfiere una conducta externa que no se tenía prevista como el caso de los delitos sin intención.

2.2 La Tentativa como Delito Autónomo

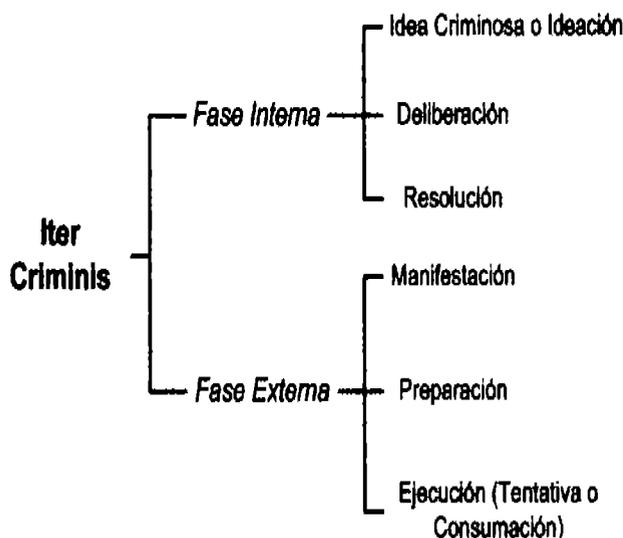
El delito se inicia desde la ideación, que es la construcción mental del daño, hasta la ejecución, pasando por aspectos psicológicos internos, desde el momento en que se finca en la mente de la víctima el acto y el daño psicológico, hasta la fijación de la tentativa y la privación de la conciencia y voluntad.

La tentativa no es una parte de la consumación, son momentos distintos, en la consumación, se persigue la agresión del bien en el acto, y la tentativa es la agresión en potencia, razón por la cual, es importante entrar al estudio del iter criminis.

2.2.1 Fases del "Iter Criminis"

El delito nace como una idea en la mente del hombre, pero aparece externamente después de un proceso interior, más o menos prolongado.

A la trayectoria desplazada por el delito desde su iniciación hasta que está a punto de exteriorizarse se le llama fase interna y ya con la manifestación principia la fase externa, la cual termina con la consumación.



2.2.2 Fase Interna

La fase interna abarca tres etapas o períodos: idea criminosa o ideación, deliberación y resolución.

- a) **Idea criminosa o Ideación.** En la mente humana aparece la tentación de delinquir, que puede ser acogida o desairada por el sujeto. Si el agente le da albergue, permanece como idea fija en su mente y de ahí puede surgir la deliberación.
- b) **Deliberación.** Consiste en la meditación sobre la idea criminosa, en una ponderación entre el pro y el contra. Si la idea resulta rechazada, es anulada en la mente misma del sujeto, pero puede ocurrir que salga triunfante. En la deliberación hay una lucha entre la idea criminosa y las fuerzas morales, religiosas y sociales inhibitorias.
- c) **Resolución.** A esta etapa corresponde la intención y voluntad de delinquir. El sujeto, después de pensar lo que va hacer, decide llevar a la práctica su deseo de cometer el delito; pero su voluntad, aunque firme, no ha salido al exterior, sólo existe como propósito en la mente.

El problema de la incriminación de las ideas, en frase que se ha hecho célebre decía Ulpiano: "*Cogitationis poenam nemo patitur*" (nadie puede ser penado por sus pensamientos) y Rossi, el ilustre clásico, afirmaba: "*El pensamiento es libre, escapa a la acción material del hombre; podrá ser criminal, pero no podrá ser encadenado...*". Por la amenaza de un castigo lo único que se lograría hacer, es que la manifestación del pensamiento fuera mucho más rara; se disminuiría el número de los imprudentes para acrecentar el de los malhechores.

Esto es "cubrir las chispas para tener el placer de asistir al incendio."³³ Por su parte Francisco Carrara, el insigne clásico, sostiene que el ejercicio de la justicia está delegado, en virtud de la ley del orden, a la autoridad social, para que sean protegidos los derechos del hombre, gracias a una coacción eficaz; pero los derechos del hombre no se ofenden con actos internos; la autoridad humana no puede mandar sobre las opiniones y sobre los deseos.

Los pensamientos, sin cometer abuso, no pueden tenerse como delitos. La defensa del orden externo sobre la tierra corresponde a la autoridad; la tutela del orden interno sólo a

Dios. Y cuando se dice que la Ley Penal no ha de castigar los pensamientos, se quiere significar que se sustrae a su dominio toda la serie de momentos que integran el acto interno: pensamiento, deseo, proyecto y determinación, mientras no hayan sido llevados a su ejecución.³⁴

A lo anterior sólo agregaremos que la incriminación de las ideas equivaldría a una radical invasión al campo propio de la moral, desentendiéndose entonces el Derecho de su misión especialísima y esencial, a saber: armonizar las relaciones puramente externas de los hombres en vista a la convivencia y a la cooperación indispensables en la vida gregaria.

2.2.3 Fase Externa

Comprende desde el instante en que el delito se hace manifiesto y termina con la consumación. La fase externa abarca: manifestación, preparación y ejecución.

- a) **Manifestación.** La idea criminosa aflora al exterior, surge ya en el mundo de relación, pero simplemente como idea o pensamiento exteriorizado, antes existente sólo en la mente del sujeto.

³³ Citado por Jiménez de Asúa, *La Ley y el Delito*, pág. 577, Caracas, 1945.

³⁴ Cfr. *Programa de Derecho Criminal*, pág. 47, Vol. I, Ediciones Temis, Bogotá, 1956.

La manifestación no es incriminable. Por excepción, existen figuras de delito cuyo tipo se agota con la sola manifestación ideológica. El artículo 282 del Código Penal Federal sanciona al que amenace a otro con causarle un mal en su persona, en su honor o en sus derechos, o en la persona, honor, bienes o derechos de alguien con quien esté ligado con algún vínculo.

En este caso y en algunos otros, la manifestación consume o tipifica el ilícito; normalmente, sin embargo, no integra delito. La Constitución Mexicana, establece como garantía que la manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, a menos que ataque a la moral, los derechos de tercero, perturbe el orden público o provoque algún delito (Art. 6°).³⁶

No podemos pasar por alto que a la fecha el artículo 282 a que hace referencia este comentario se ha abrogado y están vigentes los artículos 214 al 218 en lo que corresponde a los delitos contra el honor en el capítulo I del Título Décimo Cuarto del nuevo Código Penal.

b) Preparación. Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.³⁶

Sebastián Soler, los define como aquellas actividades por sí mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner el peligro efectivo un bien jurídico dado.³⁷

Los aspectos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón para Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal.

El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo. El pensamiento es casi unánime en el sentido de la no punición de dicho actos.

³⁶ Nuestro Derecho ha elevado a la categoría de delitos, entre otras, las siguientes resoluciones manifestadas: la *proposición para cometer el delito de rebelión* (Art. 135, fracción I); la *resolución para cometer traición, espionaje, sedición, motín, rebelión, terrorismo y sabotaje* (reforma al artículo 141 del C.P., de 27 de julio de 1970, publicada en el Diario Oficial de la Federación de 29 del mismo mes y año, en vigor "el día de su publicación").

³⁶ Cfr. *La Ley del Delito*, pág. 591, Caracas, 1945.

³⁷ *Derecho Penal Argentino*, t. II, pág. 216

Por excepción, el Código Penal sanciona algunos que por sí mismos agotan el tipo relativo, mas no significa que al erigirlos la ley en delitos, permanezcan como actos preparatorios, habida cuenta de que los comportamientos colman los tipos correspondientes, pero intrínsecamente poseen la naturaleza de verdaderos actos preparatorios; tal es el caso del artículo 256 del Código Penal Federal al establecer sanciones para los mendigos a quienes se aprehenda con un disfraz, gánzúas, armas o cualquier otro instrumento que dé lugar para sospechar su propósito de cometer un delito.

Este precepto, sea dicho de paso además de anacrónico, rompe con el principio de igualdad, porque los potentados portadores de los instrumentos señalados, jamás pueden cometer el delito de referencia.

c) Ejecución. El momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos: tentativa y consumación. Se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal. En seguida estudiaremos la tentativa.

Expuesto lo anterior, entendemos por *iter crimines* - la ruta del crimen o camino del crimen, tema de vital importancia para el desarrollo de nuestro trabajo, razón por la cual, veremos las etapas con que cuenta esta figura tan importante en el Derecho Penal.

Para llegar a la consumación del delito, es necesario seguir un "camino", realizar todo un proceso que va, desde la idea o propósito de cometerlo —que surge en la mente del sujeto—, hasta la consumación misma del delito. Ese camino, ese conjunto de actos para llegar al delito, se denomina "*iter criminis*", o sea: "camino del crimen" o "camino del delito".

Dentro del "*iter criminis*" (o sea: en el camino que va desde la idea, hasta la consumación del delito), es posible distinguir cuatro etapas:

- 1) Los actos internos;
- 2) Los actos preparatorios;
- 3) Los actos de ejecución;
- 4) La consumación del delito.

La importancia de esta distinción, reside en que algunos de estos son actos punibles, en tanto que otros no lo son:

1) Los Actos Internos.- Constituyen el punto de partida del "iter criminis" y comprenden la idea misma de cometer el delito, la deliberación interna acerca de aquella idea, la decisión, la elección de la forma de llevarlo a cabo; en fin: todo lo relacionado con el delito que permanece en el fuero interno del individuo. Los actos internos, no son punibles, por dos razones:

- a) Porque sin acción, no hay delito; y para que haya acción, no bastan los actos internos (elemento psíquico de la acción), sino que se requiere también la exteriorización (elemento físico de la acción).
- b) Porque lo anterior está apoyado por la Constitución Nacional, en el artículo 8°.- "Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios y exentas de la autoridad de los magistrados".

2) Los Actos Preparatorios.- Constituyen el primer paso extremo del "iter criminis", la primera manifestación o exteriorización de la acción. Son actos que, si bien no tienden directamente a ejecutar o consumir el delito, tienden a prepararlo.

Sobre los actos preparatorios, solo se dice: antes de ejecutar es posible, o a veces, necesario, realizar otras acciones no ejecutorias, sino preparatorias. Así, el que piensa robar, prepara antes los instrumentos con los cuales ha de forzar la puerta; el que piensa falsificar un documento, ensaya antes la imitación de la letra o estudia la calidad de los reactivos a emplear. He aquí actos preparatorios. Ninguno de ellos importa comenzar la ejecución del delito; tienen con la consumación de éste solamente una relación remota, subjetiva y equívoca.

A raíz de que estos actos guardan, con la consumación del delito, una relación muy remota, y sólo de carácter subjetivo —ya que sólo el autor conoce que sus preparativos son para consumir el delito—, la ley, por lo general no los considera punibles.

A veces, por excepción, la ley castiga actos preparatorios. Así sucede, por ejemplo, en el artículo 251, del Código Penal Federal, en el cual se castiga la mera tenencia de elementos o instrumentos destinados a cometer falsificaciones o en el caso del artículo 253, del Código Penal, en el cual se reprime el sólo hecho de formar parte de una asociación ilícita, o sea, destinada a cometer delitos.

En estos casos, la razón por la cual se castiga el acto preparatorio, es que, entre él y el delito, hay una relación evidente, o sea, una relación inequívoca. Así, por ejemplo, en el caso del artículo 251, del Código Penal, si el individuo tenía máquinas destinadas a la falsificación, resulta inequívoco que pensaba ejecutar la falsificación.

3) Los Actos de Ejecución.- Son aquellos por los cuales el sujeto “comienza la ejecución” del delito que se ha propuesto consumir; son actos por los cuales el sujeto –dice Soler- inicia la acción principal en que el delito consiste. Así, por ejemplo, si en el homicidio, la acción principal consiste en “matar”, el acto de ejecución consistirá en “comenzar a matar”.

En nuestro Derecho Penal, no sólo se aplica pena cuando el sujeto consumó el delito, sino también cuando a pesar de no haberlo ya ha “comenzado a ejecutarlo”. Esto último, es lo que se conoce como “tentativa”.

El hecho de que la tentativa se caracterice por el “comienzo de ejecución” del delito, hace que sea de una importancia fundamental, establecer una distinción entre los actos preparatorios y los actos de ejecución; ya que mientras los primeros, por lo general, no son punibles. Al efecto, en el desarrollo de este tema desarrollaremos las teorías acerca de la

diferencia entre actos preparatorios y actos de ejecución.

4) La Consumación del Delito.- Es la última etapa del “iter criminis”. Se dice que un delito está consumado, cuando se han reunido todos los elementos o condiciones exigidas por la figura delictiva de que se trate (algunos autores, denominan, “delito perfecto” o “delito agotado”, al delito consumado).

F. Carrara nos dice: La tentativa es un delito, no una parte del delito consumado.

Altavilla menciona que la tentativa es una norma autónoma, es un delito perfecto, es un delito propio.

Concluyéndose que el elemento subjetivo de la Tentativa es el mismo que de la Consumación y es el Dolo o la Intención.

Algunos tratadistas en la materia de Derecho Penal, nos han dicho que no puede ser posible que la tentativa sea considerado como un delito autónomo, es principalmente para que no prospere la postura de que es una mera circunstancia atenuante, en la tentativa falta el resultado que en la mayoría de los delitos es elemento del tipo. Se señala que si no existiera disposición que sancionase el intento, no sería punible el conato o sería como delito propio.

La tentativa es una especie de delito, que no llega a consumarse, que se articula a una forma de extensión de la pena y queda vacía mientras no se conecta con el delito concreto. Por su parte, Bettioli dice que la diferencia entre la tentativa y la consumación no existe. La tentativa no es delito autónomo, ya que no se refiere a un bien distinto, sino al mismo.

En cuanto al problema de la tipicidad de la tentativa, ésta relega a la categoría de la figura delictiva de la parte especial, todos los problemas de la tipicidad de la figura de la tentativa.

En conclusión se considera que la tentativa si es un delito autónomo, porque se llega a intentar cometer el ilícito, es decir la conducta si se adecua al tipo, cuando el sujeto activo realiza diversos actos para su consumación, por eso se considera que la tentativa es un delito, no una parte del delito consumado.

2.3 Fases del Delito

Todo acto delictivo cuenta con diversas fases, que van desde una iniciación hasta una culminación, desde como piensa una persona en realizar el acto hasta como se desarrolla el mismo, razón por la cual, el objeto de este subtema es conocer todos y cada uno de esos

pasos, desde el aspecto interno hasta la exteriorización de los actos.

Al ser la tentativa un delito, es importante conocer las fases con concierne a los delitos en general, aunque en temas posteriores, hablaremos con mayor amplitud del delito.

Las fases del delito son:

- Fase interna.
- Fase externa.

La **Fase Interna** se subdivide a su vez en:

- a) **La Ideación.-** Cuando surge en la mente la idea de cometer el delito.
- b) **La Deliberación.-** Surge en la mente el debate, pros y contras, balance de conveniencia e inconveniencia, de la realización del delito.
- c) **La Resolución.-** Cuando el agente delinciente toma la decisión de cometer un delito.

Hasta éste momento no se ha incurrido en ningún delito, existe el principio de que el pensamiento no delinque.

La **Fase Externa** se subdivide en:

- a) Manifestación.-** Cuando la idea se exterioriza, se da a conocer a los demás, tampoco aquí se incurre en ningún delito.

Algunos autores, estudiosos del Derecho como Fernando Castellanos Tena, en su obra *Lineamientos Elementales del Derecho Penal*, Eduardo López Betancourt, en su obra *Teoría del Delito* y Octavio Alberto Orellana Wiarco, en su obra *Curso de Derecho Penal, Parte General*, piensan que hay delitos que se agotan con la manifestación.

Ejemplo: En el delito de amenazas, esto no es aplicable porque produce en el sujeto pasivo la situación de inquietud y de zozobra que nadie tiene derecho a provocar; en los delitos contra el Honor, cuando el autor o agente profiere expresiones que hieren la autoestima de la dignidad del sujeto pasivo y/o cuando el agente divulga versiones que dañan la reputación de otro.

- b) Preparación.** El agente busca los medios idóneos y las situaciones propicias para llevar a cabo el delito. Es decir, son los principios para llevar a cabo el delito.

La preparación no es punible, los hechos preparatorios no revelan clara y precisamente la

intención de cometer el delito. Ejemplo: el que compra una pistola con afán de matar (prepara un homicidio), pero no se puede comprobar que se compró para matar, pudo ser la compra para defenderse.

Si se castiga el acto preparatorio, se está castigando el pensamiento, no la acción externa, el delito preparatorio es un delito en potencia; no real y efectivo.

Los actos preparatorios pueden constituirse en delitos autónomos, aunque Pavón Vasconcelos, nos dice que de acuerdo con la Ley Penal, la norma se integra mediante el precepto y la sanción, siendo la punibilidad el elemento o condición esencial del delito, cuando revelan seguramente el deseo de delinquir, o que encierran un grave peligro, en éstos dos casos, dejan de ser actos preparatorios y se convierte en delito autónomo.

Los actos preparatorios se producen después de la manifestación y antes de la ejecución. Dice Jiménez de Asúa, que los actos preparatorios no constituyen la ejecución del delito proyectado, pero se refieren a él en la intención del agente.

Sebastián Soler, los define como aquellas actividades por si mismas insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de

ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado.

Los actos preparatorios se caracterizan por ser de naturaleza inocente en sí mismos y pueden realizarse con fines lícitos o delictuosos; no revelan de manera evidente el propósito, la decisión de delinquir. Con razón Cuello Calón, en el acto preparatorio no hay todavía un principio de violación de la norma penal. El delito preparado es un delito en potencia, todavía no real y efectivo.

Cuando se castigan conductas delictivas, que son actos preparatorios o tentativa, no debe aplicarse la base típica de éste delito, ya que carecen de naturaleza ejecutiva.

c) Ejecución. Es el momento de ejecución de la acción externa violatoria de la norma penal y que ofrece dos aspectos:

- La Tentativa.
- Consumación.

Es el momento pleno de ejecución del delito, puede ofrecer dos diversos aspectos. Como ya se mencionó se llama consumación a la ejecución que reúne todos los elementos genéricos y específicos del tipo legal.

2.4 Fundamento de la Punición de la Tentativa

La tentativa implica un peligro para el bien jurídico, lo que se debe enfatizar jurídicamente es la voluntad del autor, la configuración mental de un acto criminal. 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 o ilícitos.

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 profesor Francisco Javier Ramos Bejarano, durante mucho tiempo expresó la necesidad para caracterizar la tentativa, de aludir a la ejecución o inejecución, en su caso, de actos encaminados a la realización del delito, a fin de comprender la acción y la comisión.

La punición de la tentativa se fundamenta en dos teorías:

- a) Teorías Objetivas.
- b) Teoría Subjetiva.

2.4.1 Las Teorías Objetivas o del Peligro.

La Ley pena a la tentativa, porque implica un peligro para el bien jurídico y la Atipicidad de la tentativa se da cuando el bien jurídico no ha corrido peligro alguno. Ejemplo: quien penetra en un lugar, donde no hay nada que pueda hurtar, no comete tentativa de robo.

De acuerdo a los siguientes juristas la tentativa se pena:

Francisco Carrara.- Se pena por el peligro que corre el bien jurídico protegido por la ley.

Viceno Manzini señala: el haber violado la norma que considera el peligro como delito.

Giuseppe Maggiori.- La tentativa es un delito por violar el ordenamiento jurídico penal, aunque menos grave que el delito consumado.

2.4.2 Teoría Subjetiva o Pura de la Voluntad.

La teoría subjetiva señala que lo que importa es la voluntad del autor, y estima que una acción es idónea para una tentativa criminal, cuando se considera que la conducta del agente es apropiada para realizar la resolución delictiva. De acuerdo con el autor Von Buri.- se castiga la tentativa ya que significa una manifestación de voluntad.

Según Carrara, la tentativa es una abstracción y cualquiera que sea el medio idóneo o inidóneo debe sancionarse, ya que revela una intención criminal.

En la teoría subjetiva se tiene en cuenta el propósito o su temibilidad; por lo tanto, para que exista tentativa es indispensable que la conducta sea idónea para realizar el propósito criminal del agente, es decir, que exista relación de causalidad de la conducta con el resultado.

Como ya se ha mencionado entonces la tentativa consta de dos elementos: el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo consiste en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto.

2.5 Actos Preparatorios y de Ejecución

Se ha buscado un criterio distinto entre los actos preparatorios exentos de pena y los actos ejecutivos (punibles). Para realizar el propósito criminal del agente, el daño está fraguado, independiente de la materialización del acto.

Por lo anterior, se desprende la importancia de dar a conocer los puntos que a continuación citamos.

- ¿Cuándo principia a entrar en juego la valoración jurídico penal?
- ¿Cuándo trasluce el autor su ideación delictiva?
- ¿Cuándo empieza a cobrar carácter penal su ideación delictiva?

Francisco Carrara.- Hace la diferencia de los hechos preparatorios y ejecutivos señalando que los preparatorios son equívocos y los ejecutivos son inequívocos, cuando la acción se encuentra en el sujeto activo, es preparatorio y cuando pasa a sujeto pasivo es ejecutivo.

E. Beling menciona que será ejecutivo todo aquél que sea comienzo de ejecución. Por ejemplo.- tentativa de homicidio es todo acto por el cual se comience a matar.

Por otra parte, Anton. Señala que en la tentativa de asesinato no es necesario que se haya empezado a matar, sino que se pongan en acción los hechos constitutivos de los agravantes que la califican.

2.6 Consumación y Tentativa del Homicidio

La tentativa de homicidio es un acto grave que atenta contra la libertad humana y reduce a la víctima a un objeto sujeto al albedrío de un criminal. En el homicidio, la consumación ocurre inmediatamente de privar de la vida a una persona, no antes ni después, aunque lleguen a existir lesiones graves o mortales, pero mientras no se cause la muerte, no se configura el delito de homicidio, por ello la cesación de la vida, determina el momento consumativo.

La tentativa puede llegar a admitir la posibilidad, como lo señalamos anteriormente, de presentarse en el homicidio, teniendo una sanción especial, al presentarse la acabada y la inacabada. La cuestión más debatida por la doctrina con relación a estos supuestos constituye la punibilidad, en el caso en que sea posible, de la tentativa de los mismos.

En relación a la tentativa en los delitos de consumación anticipada existen diversas posiciones; y en cuanto a los delitos de tentativa y a los delitos de preparación la doctrina se ha mostrado dividida. Un sector doctrinal ha considerado inaceptable la punición de la tentativa en estos supuestos.

El fundamento de la punición en la tentativa, es el principio de efectiva violación de la norma penal, al poner en peligro intereses jurídicamente tutelados. Es de equidad sancionar la tentativa en forma menos enérgica que el delito consumado, pues mientras en la consumación, además de la violación de la norma penal se lesionan bienes protegidos por el Derecho, en la tentativa, si bien igualmente se infringe la norma, sólo se ponen en peligro esos bienes. Si el sujeto desiste espontáneamente de su acción criminosa, no es punible la tentativa.

El artículo 12 reformado del Código Penal vigente establece: "Existe tentativa punible cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza ejecutando la conducta que debería producirlo u omitiendo la que debería evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

"Si el sujeto espontáneamente de la ejecución impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u

omitidos que constituyan por sí mismos delitos."

Debe hacerse notar que la redacción del precepto reformado, a primera vista, parece excluir la tentativa inacabada, por referirse a la ejecución de la conducta que debería producir el delito o a la omisión de la propia para evitarlo; sin embargo, consideramos que no es preciso la realización u omisión de todos los actos a veces integrantes de la conducta; por lo mismo, es dable concluir que en el dispositivo se capta tanto la tentativa acabada como la inacabada.

A partir de la reforma al artículo 51* del Código Penal, ya no existe el problema respecto al límite de la pena en la tentativa, porque expresamente se establece que la aplicable es la que resulte de la elevación o disminución según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la prevista para cada delito.

El artículo 63 del ordenamiento penal dice: "A los responsables de tentativas punibles, se les aplicará a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos

* La última reforma es del 29 de diciembre de 1984, publicada en el Diario Oficial del 14 de enero de 1985, en vigor 30 días después de su publicación.

* Reforma publicada en el Diario Oficial del lunes 14 de enero de 1985.

52 y 59, hasta las dos terceras partes de la sanción que se les debiera imponer de haberse consumado el delito, salvo disposición en contrario.”³⁸

La interpretación del precepto transcrito, antes de la reforma al artículo 51 del Código Penal, en donde ya se precisa con claridad el límite mínimo para los autores de tentativas punibles, no fue uniforme. Afortunadamente la Primera Sala de nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, consideró que debía entenderse el de tres días de prisión a que se contrae el artículo 25; el máximo, hasta las dos terceras partes de la pena correspondiente de haberse consumado el delito, teniendo en consideración, por supuesto, lo señalado en el segundo párrafo del artículo 12: “... Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temblabilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito.”³⁹

Se habla de tentativa acabada o delito frustrado, cuando el agente emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta los actos encaminados directamente a

ese fin, pero el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad.

En la tentativa inacabada o delito intentado, se verifican los actos tendientes a la producción del resultado, pero por causas extrañas, el sujeto omite alguno (o varios) y por eso el evento no surge; hay una incompleta ejecución si se tiene ya atada a la víctima y se le está haciendo ingerir un tóxico preparado de antemano, mas de pronto se presenta un tercero y rompe el recipiente, impidiendo así que beba todo el contenido.

Se dice que el delito intentado no se consuma, ni subjetivamente; en tanto el frustrado se realiza subjetiva pero no objetivamente; por ejemplo, cuando alguien administró veneno en cantidad suficiente para causar la muerte, pero ésta no ocurrió por causas ajenas a su voluntad, como la inesperada intervención del médico.

Insistimos en que si el sujeto suspende voluntariamente la ejecución de uno de los actos, hay imposibilidad de punición, según el artículo 12 del Código Penal, para que la tentativa sea sancionable precisa que la resolución de delinquir se exteriorice ejecutando la conducta que debería producir el resultado delictivo, u omitiendo la adecuada para evitarlo, si no se consuma por causas ajenas a la

³⁸ Como ejemplo de disposición en contrario, puede citarse el artículo 238, relativo a los tipos de falsificación de billetes de banco, en cuyo último párrafo se lee: “...Al que cometa el delito de falsificación que el lo hubiere consumado”.

³⁹ Sesiones de la Primera Sala, México 1980.

voluntad del agente. Por lo tanto, si el delito no se consuma por causas dependientes de la voluntad, habrá impunidad. La tentativa inacabada sólo es punible cuando el acto indispensable para la consumación plena del delito se omite por causas ajenas al querer del sujeto.

Si en la especie tentativa inacabada o delito intentado cabe el desistimiento, en la acabada o delito frustrado no es posible y tan sólo podrá hablarse de arrepentimiento activo o eficaz; no es dable de lo ya ejecutado, mas como el resultado no se produce por causas derivadas de la voluntad del agente, tampoco hay punición.

Ahora con la reforma al precepto, de modo expreso se indica que si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismos delitos.

El profesor Francisco H. Pavón Vasconcelos, define el arrepentimiento activo o eficaz, como la actividad voluntaria, realizada por el autor, para impedir la consumación del delito, una vez

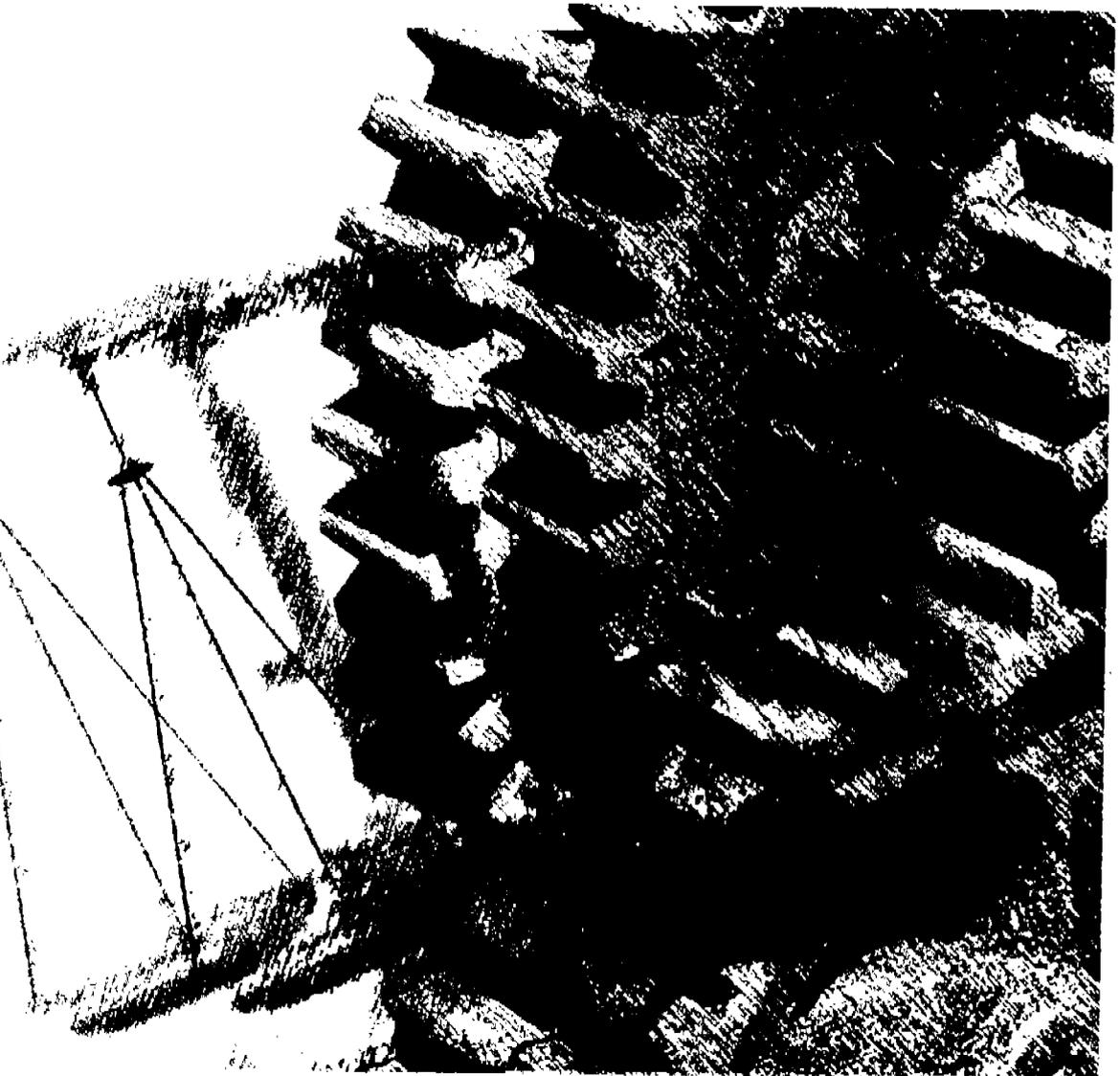
agotado el proceso ejecutivo capaz, por sí mismo, de lograr dicho resultado.⁴⁰

No es lo mismo el arrepentimiento activo o eficaz que el *post factum*. En el primero se evita el resultado y por ende no es dable punir la tentativa; en el segundo surge el resultado, porque tal arrepentimiento deviene una vez consumado el delito, por lo que no se excluye la punibilidad.

⁴⁰ Francisco H. Pavón Vasconcelos, Breve Ensayo sobre la Tentativa, pág. 117, 2ª edición, Porrúa, México, 1974.

Capítulo 3

Aspectos dogmáticos del delito de homicidio



En la historia humana, el privar de la vida a un sujeto ha tenido diversas acepciones; los antiguos mexicanos creían que había que pagar una deuda divina por permanecer en la tierra; los babilonios creían tener el derecho de privar de la vida a quien atentaba contra el orden establecido; en el cristianismo las autoridades decidían quién tenía que morir, guiándose por un juicio sumario donde intervenía la opinión de un pueblo guiado por la ignorancia y el juego de poder.

La distancia que existe entre países orientales y occidentales en cuanto al concepto de homicidio es exageradamente infinita, ya que la costumbre, los mitos, las creencias religiosas y las visiones proféticas continúan alejando los actos jurídicos de una ley universal.

La justificación del homicidio, desde el punto de vista de la sentencia de muerte alcanza en países que se dicen civilizados actos aberrantes contradictorios al siglo de la globalización y de la economía única.

La tentativa de homicidio tratada en este capítulo permite ver, desde un punto de vista jurídico, biológico y humanístico la balanza y el equilibrio en los actos de los hombres.

3.1 Definición del Delito de Homicidio

Es imprescindible conceptualizar al homicidio desde el punto de vista jurídico para evitar confusiones, dado el tratamiento de la presente tesis; es por ello que para continuar con el presente trabajo, entraremos al estudio del delito de homicidio, ya que es un elemento esencial del tema que estamos realizando.

Pero antes de dar una definición jurídica del delito de homicidio, es preciso señalar el origen etimológico. "La raíz etimológica del homicidio proviene de latín homicidium, de homo hombre y de caedere matar. Estas palabras de origen latino se traducen de la manera siguiente: la muerte de un hombre causada por otro hombre".⁴¹

También es importante citar lo que nos dice la Real Academia: Gramaticalmente conforme al Diccionario de la Lengua Española, HOMICIDIO es la "muerte de una persona por otra, cometida ilegítimamente y con violencia."

En esta definición se hace mención al ser humano y nos traslada a hacer mención del hombre.

⁴¹ Diccionario Academia, Fernández Editores, p. 299

Así, el hombre es cualquier individuo que pertenezca a la especie humana, sin distinción de sexo, raza o condición; asimismo tiene derechos y también tiene obligaciones que el Estado impone y que adquiere desde el momento de su existencia, y que a partir de que tiene conocimiento de lo bueno y lo malo, se va formando en su carácter y conciencia, de los actos que va a realizar.

El maestro Emilio O Rabasa⁴², en su obra "Mexicano esta es tu Constitución" nos dice que el hombre es libre y es el que con su conciencia y voluntad puede apartarse de los factores causales, individuales y sociales que lo llevan al vicio, o al acto nocivo para otros o para sí mismo. Asimismo, el hombre mediante su comportamiento va creando su propio destino, del cual difícilmente puede salirse una vez construido.

Después de haber dado el origen de la palabra homicidio y de una breve reseña del concepto de hombre, ahora procederemos a estudiar algunas definiciones jurídico doctrinales del homicidio.

Como primera definición tenemos la del Maestro Osorio y Nieto, que define al homicidio

como "la muerte causada por otro, por lo común ejecutada ilegítimamente y con violencia."⁴³ Por otra parte, González de la Vega afirma que el delito de homicidio "consiste en la privación antijurídica de la vida de un ser humano, cualquiera que sea su edad, sexo, raza o condiciones sociales."⁴⁴

El maestro Carrara, señala que el homicidio "en sentido genérico y cual mero hecho, lo definen como la muerte de un hombre cometida por otro hombre".⁴⁵

Carmignani, expresa que el homicidio "consiste en la muerte de un hombre ocasionada por ilícito comportamiento de otro hombre."⁴⁶ Por su parte, Maggiore define el homicidio como "la destrucción de la vida humana."⁴⁷

Si analizamos las definiciones anteriores concernientes al homicidio, podemos apreciar que solo varían en la forma de expresar el delito, ya que todas ellas nos exponen que el homicidio es dar muerte a un ser humano y

⁴³ Osorio y Nieto, Cesar Augusto. *El Homicidio*, Ed. Porrúa, 1992, p. 3

⁴⁴ González de la Vega, Francisco, *Derecho Penal Mexicano*, Ed. Porrúa. México, p.70

⁴⁵ Op. Cit., p. 798

⁴⁶ Citado por Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *El Homicidio*, Ed. Porrúa, 1992, p. 3

⁴⁷ Maggiore, Giuseppe, *Derecho Penal Vol. IV, 3-*, Editorial Temis Colombia, 1989.

⁴² O Rabasa, Emilio. *Mexicano esta es tu Constitución*, Editorial Porrúa, S.A 1994. Pág. 56

algunas se preocupan por introducir elementos como la antijuricidad o la culpabilidad, pero tenemos una noción del homicidio que a nuestro parecer es muy amplia ya que nos indica el valor que tiene la vida de un ser humano dentro de la sociedad, el cual transcribiremos a continuación.

El homicidio es considerado la infracción más grave, como lo afirma Manzini "La vida humana es un bien de interés eminentemente social, público y porque es la esencia, la fuerza y la actividad del Estado, residen primordialmente en la población formado por la unión de todos; la muerte violenta infligida injustamente a una unidad de esta suma produce un daño público que debe ser prevenido y reprimido, aparte del mal individual en el mismo hecho social dañoso."⁴⁸

También tenemos que Orlando Gómez, considera que el homicidio es el crimen más grave que se pueda concebir y el que merece en sus modalidades, mayor sanción penal. También dice que con el homicidio no solo se afecta al individuo en particular, sino que se ataca a la especie, y por ello produce una reacción psicológica de terror y desconfianza en la sociedad, el homicidio desequilibra a la

familia de la víctima, corta de un tajo una serie de posibilidades para el futuro de otras personas que hubiesen podido recibir el apoyo del sujeto pasivo, y genera una disminución de la confianza en el estado.

La figura del homicidio, está definido en el Código Penal en el artículo 123, que a la letra dice: "al que prive de la vida a otro". Ni más ni menos, sin especificaciones, ahora bien, dentro de este delito encontramos homicidio simple y calificado o también denominado homicidio doloso y culposo, se entiende que las sanciones y el homicidio son calificados cuando se cometen con ventaja, con traición, alevosía, retribución, por los medios empleados, saña, estado de alteración"⁴⁹; es por ello que también daremos una definición de cada uno de estos:

- a) Traición, cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido , o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquel por las relaciones de confianza real y actual que existente entre ambos"⁵⁰

⁴⁸ Citado por Osorio y Nieto, Cesar Augusto, *El Homicidio*, Ed. Porrúa, 1992, p. 78

⁴⁹ Código Penal para el D.F., Editorial Sileta, pág. 21

⁵⁰ Op. Cit., p. 104

- b) Respecto a la ventaja, el diccionario de la Real Academia de la lengua expresa: "Ventaja es la superioridad o mejoría de una persona o cosa respecto de otra."⁶¹

González de la Vega, por su parte, expone que para que se complete la calificativa, es necesario que la ventaja sea de tal naturaleza que el que hace uso de ella permanezca inmune al peligro, que sea absoluta, que no de lugar a la defensa. Por otro lado, el artículo 138 párrafo I del Código Penal indica cuando existe la ventaja, y es en los siguientes casos:

Se entiende que hay ventaja:

- I. Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y este no se halla armado.
- II. Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan con él.
- III. Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido, o

- IV. Cuando este se haya inerte o caído y aquel armado o de pie.⁶²

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia.

- c) En cuanto a la alevosía, se entiende como " cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando asechanza u otro medio que no le de lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer"⁶³.
- d) La traición es la última agravante, el artículo 138 del Código Penal contiene la definición legal y expresa: "Se dice que obra a traición el que no solamente emplea la alevosía sino también la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a su víctima, o la tácita que ésta debía prometerse de aquel por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o

⁶¹ Diccionario de la Real Academia de la Lengua, Ed. Espasa Calpe.S. A., 2ª edición, Madrid, 1981, p.1528

⁶² Op. Cit. p.104

⁶³ Diccionario de la Real Academia de la lengua. Ed. Espasa-Calpe, 2ª edición, Madrid, 1981, p. 528.

cualquiera otra que inspiren confianza."⁵⁴

El nuevo Código Penal, (aunque no define concretamente el concepto de delito) también nos cita como elementos de calificativa a:

- e) Retribución es cuando el agente lo cometa por pago o prestación prometida o dada;
- f) Por lo medios empleados, se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva para la salud, y
- g) Existe estado de alteración voluntaria, cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares,

Al cometerse este delito que ataca no solo al hombre, sino también a la seguridad de la sociedad, es por ello que se requiere y urge que se aplique la tentativa como delito como la que

estamos tratando, esto para prevenir esta clase de delito, ya que no solo se trata de castigar al responsable, sino que también sirve como medio de prevención de futuros delitos, consideramos que es una forma de intimidación y ejemplaridad al sancionarlos con mayor rigidez, con el fin de poder vivir sin el temor con el que en la actualidad nos encontramos.

Para concluir con este punto lo haremos con la definición legal que tenemos en nuestro Código Penal vigente para el Distrito Federal, que en su artículo 123 define el homicidio de la siguiente manera: "Comete el delito de homicidio el que priva de la vida a otro." ⁵⁵ Como se puede observar esta definición, hace una descripción objetiva del delito que es privación de la vida humana, pero no nos dice nada respecto a la acción subjetiva, que posteriormente se estudiará.

El delito de homicidio lo encontramos en el Código Penal Libro Segundo Parte Especial, Título Primero.

⁵⁴ Op. Cit. p.105

⁵⁵ Op. Cit. p. 102

3.2 Estudio Dogmático del Delito de Homicidio

Es la persona física que priva de la vida a otra; siendo el valor más valioso del ser humano la vida, razón por la cual, el Derecho Penal ha de proteger la naturaleza jurídica y esencia del ser humano, la vida, por lo que a continuación presentaremos la estructura del concepto y el aspecto dogmático:

- **El Sujeto Activo** es: La persona física que cometió el hecho ilícito de privar contra la vida de otra persona.
- **El Sujeto Pasivo** es: La persona física o moral sobre quien recae el daño (Individuo) o perjudicó su objeto jurídico.
- **El Objeto Material** es: El individuo persona física en que recae el daño.
- **El Objeto Jurídico** es: La vida Humana del sujeto Pasivo.

Como se ve, no podría ser más simple dicha definición, la cual parte del sujeto activo, pues en vez de referirse propiamente al verbo, alude a quien comete la conducta.

A pesar de su claridad, tal noción ha sido criticada por algunos estudiosos y autores, quienes señalan que al mencionar el Código

"...Priva De La Libertad A Otro", no precisa "A Otro", ¿qué?, realmente no se encuentra confusa esta expresión, pues se entiende que la norma jurídica está dirigida a seres humanos; así, cuando dice que priva de la vida a otro, sin duda se refiere a otro ser humano.

Quienes argumentan que puede interpretarse en el sentido de referirse a un animal llegan al absurdo, pues resulta evidente y lógico que el destinatario de la ley es el ser humano y no otra entidad; aunque así fuere, la propia norma precisa cuándo puede ser dañado un ente diferente de la persona física (delitos patrimoniales).

La vida del ser humano debe ser protegida en todos sus aspectos, porque para quien la pierde no tiene retroceso, por eso el derecho penal es cuidadoso de todos y cada uno de los valores del ser humano, como la libertad y la vida, siendo esta el don que la naturaleza ha otorgado a nuestra especie, por lo que a través de la norma ha buscado proteger y hacer conservar la especie misma y por eso se impone las sanciones más drásticas cuando se atenta contra la vida.

3.3 Definición Legal del Delito de Homicidio en el Derecho Comparado

En esta parte trataremos de hacer algunas referencias de otros conceptos en derecho comparado del delito de homicidio, pero también de diferenciar el concepto de homicidio como delito y el concepto de tentativa; para fundamentar la hipótesis. Antes de entrar al estudio del homicidio y de la tentativa, conoceremos primeramente como se define y se sanciona el delito de homicidio en otros países como:

3.3.1 Argentina

Homicidio:

Art. 79. Se aplicará reclusión o prisión de ocho a veinticinco años, al que matare a otro, siempre que en este Código no se establezca otra pena.

Art. 80. Se impondrá reclusión perpetua o prisión perpetua, pudiendo aplicarse lo dispuesto en el artículo 52, al que matare:

- A su ascendiente, descendiente o cónyuge, sabiendo que lo son;

- Con ensañamiento, alevosía, veneno u otro procedimiento insidioso;
- Por precio o promesa remuneratoria;
- Por placer, codicia, odio racial o religioso;
- Por un medio idóneo para crear un peligro común;
- Con el concurso premeditado de dos o más personas;
- Para preparar, facilitar, consumar u ocultar otro delito o para asegurar sus resultados o procurar la impunidad para sí o para otro o por no haber logrado el fin propuesto al intentar otro delito.

Cuando en el caso del inciso primero de este artículo, mediaren circunstancias extraordinarias de atenuación, el juez podrá aplicar prisión o reclusión a veinticinco años.

Art. 81. 1° Se impondrá reclusión de tres a seis años, o prisión de uno a tres años:

Al que matare a otro encontrándose en un estado de emoción violenta y que las circunstancias hicieren excusable.

Al que con el propósito de causar un daño en el cuerpo o en la salud, produjere la muerte de alguna persona, cuando el medio empleado no debía razonablemente ocasionar la muerte.

2° Se impondrá reclusión hasta tres años o prisión de seis meses a dos años a la madre que, para ocultar su deshonra, matare a su hijo durante el nacimiento o mientras se encontrara bajo la influencia del estado puerperal y a los padres, hermanos, marido e hijos que, para ocultar la deshonra de su hija, hermana, esposa o madre, cometiesen el mismo delito en las circunstancias medicadas en la letra a) del inciso 1° de este artículo.

Art. 82. Cuando en el caso del inciso 1° del artículo 80 concurriese alguna de las circunstancias del inciso 1° del artículo anterior, la pena será de reclusión o prisión de diez a veinticinco años.

Art. 83. Será reprimido con prisión de uno a cuatro años el que instigare a otro al suicidio o le ayudare a cometerlo, si el suicidio se hubiese tentado o consumado.

Art. 84. Será reprimido con prisión de seis meses a tres años e inhabilitación especial, en su caso, por cinco a diez años, el que por imprudencia, negligencia, impericia en su arte o profesión inobservancia de los reglamentos o

de los deberes de su cargo, causare a otro la muerte.

3.3.2 Colombia

Homicidio:

Art. 323. Homicidio. El que matare a otro incurrirá en prisión de diez a quince años.

Art. 324. Circunstancias de agravación punitiva. La pena será de dieciséis a treinta años de prisión, si el hecho descrito en el artículo anterior se cometiere:

1. En la persona del ascendiente o descendiente, cónyuge, hermano, adoptante, o adoptivo o pariente hasta el segundo grado de afinidad.
2. Para preparar; facilitar o consumir otro hecho punible; para ocultarlo, asegurar su producto o la impunidad, para sí o para los partícipes.
3. Por medio de cualquiera de las conductas previstas en los capítulos segundo y tercero del título V, del libro segundo de este código.
4. Por precio, promesa remuneratoria, ánimo de lucro o por otro motivo abyecto o fútil.

5. Valiéndose de la actividad de inimputable.
6. Con sevicia.
7. Colocando a la víctima en situación de indefensión o inferioridad, o aprovechándose de esa situación.

Art. 325. Homicidio preterintencional. El que preterintencionalmente matare a otro, incurrirá en la pena imponible de acuerdo a los artículos anteriores, disminuida de una tercera parte a la mitad.

Art. 326. Homicidio por propiedad. El que matare a otro por piedad, para poner fin a intensos sufrimientos provenientes de lesión corporal o enfermedad grave o incurable, incurrirá en prisión de seis meses a tres años.

Art. 327. Inducción o ayuda al suicidio. El que eficazmente induzcan a otro al suicidio, o le preste una ayuda efectiva para su realización, incurrirá en prisión de dos a seis años.

Art. 328. Muerte de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo de inseminación artificial no consentida. La madre que durante el nacimiento o dentro de los ocho días siguientes matare a su hijo, fruto de acceso carnal violento o abusivo o de inseminación artificial no

consentida, incurrirá en arresto de uno a tres años.

Art. 329. Homicidio culposo. El que culpa a otro, incurrirá en prisión de dos a seis años, multa de un mil a diez mil pesos y suspensión de uno a cinco años en el ejercicio de la profesión, arte u oficio.

Art. 330. Circunstancias de agravancia punitiva para el homicidio culposo. La pena prevista en el artículo anterior se aumentará de una sexta parte a la mitad, en los siguientes casos:

1. Si al momento de cometer el hecho, el agente se encontraba bajo el influjo de bebidas embriagantes o de droga o sustancia que produzca dependencia física o síquica.
2. Si el agente abandona sin justa causa el lugar de la comisión del hecho.

Art. 346. Abandono. El que abandone a un menor de doce años o a persona que se encuentre en incapacidad de valerse por sí misma, teniendo deber legal de valer por ellos, incurrirá en prisión de dos a seis años. Si el hecho descrito en el inciso anterior se cometiere en lugar despoblado o solitario, la pena imponible se aumentará hasta en una 3ra parte.

Art. 347. Abandono de hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo o de inseminación artificial no consentida. La madre que dentro de los ocho días siguientes al nacimiento abandone a su hijo fruto de acceso carnal violento, abusivo, o de inseminación artificial no consentida, incurrirá en arresto de seis meses a tres años.

Art. 348. Abandono seguido de lesión o muerte. Si del hecho descrito en los artículos anteriores se siguiere para el abandono alguna lesión personal, la pena respectiva se aumentará hasta en una cuarta parte. Si sobreviniere la muerte, el aumento será de una tercera parte a la mitad.

3.3.3 España

Homicidio:

Art. 405. El que matare a cualquiera de sus ascendientes o descendientes, o a su cónyuge, será castigado como reo de parricidio, con la pena de reclusión mayor.

Art. 406. Es reo de asesinato el que matare a una persona concurriendo alguna de las circunstancias siguientes:

- 1ª Con alevosía.
- 2ª Por precio, recompensa o promesa.

3ª Por medio de inundación, incendio, veneno o explosivo.

4ª Con premeditación conocida.

5ª Con ensañamiento, aumentando deliberada e inhumanamente el dolor del ofendido.

El reo de asesinato será castigado con la pena de reclusión mayor en su grado máximo.

Art. 407. El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

Art. 408. Cuando riñendo varios acometiéndose entre sí confusa y tumultariamente hubiere resultado muerte y no constare su autor, pero si los que hubieren causado lesiones graves serán éstos castigados con la pena de prisión mayor.

No constando tampoco los que hubieren causado lesiones graves al ofendido, se impondrá a todos los que hubieren ejercido violencia en su persona la de prisión menor.

Art. 409. El que prestare auxilio o induzca a otro para que se suicide será castigado con la pena de prisión mayor; si se lo prestare hasta el punto de ejecutar él mismo la muerte será castigado con la pena de reclusión menor.

3.3.4 Código Penal para el Distrito Federal

Homicidio:

Art. 123.- Comete el delito de homicidio: el que priva de la vida a otro y se le impondrá de ocho a veinte años de prisión.

Nuestro Código Penal al decir "COMETE EL DELITO DE HOMICIDIO EL QUE PRIVA DE LA VIDA A OTRO", a pesar de su redacción, no contiene la definición propiamente dicha del delito, sino de su elemento material, consistente en la acción de matar a otro; la noción íntegra del delito se adquiere agregando el elemento moral, es decir, es necesario que la causa externa del daño de lesiones sea imputable a un hombre para su realización intencional o imprudencial o bien como actualmente lo manejan nuestros juristas, en base a una conducta dolosa o culposa, que al caso viene siendo lo mismo.

Reuniendo hermenéuticamente su incompleta definición, el delito de homicidio contiene un supuesto lógico necesario para su existencia y tres elementos constitutivos, a saber:

- Una vida humana previamente existente, condición lógica del delito;

- Supresión de esa vida, elemento material; y
- Que la supresión se deba a intencionalidad o imprudencialidad delictivas, elemento moral.

El delito de homicidio es un tipo:



1. **Es Básico**, puesto que basta que sólo se cometa para que se integre el delito;
2. **Es Independiente**, porque puede llegarse a cometer por la sola conducta;
3. **Es de Formulación Libre**, ya que puede llegarse a planear;
4. **Es Simple**, porque puede integrarse el delito, también por no hacer lo que se debe hacer, ya sea voluntario o imprudencial, con lo cual se produce aquel;
5. **Es de Acción**, ya que directamente el delito de homicidio se puede integrar con la actuación o el hacer positivo del agente, mediante uno o varios movimientos corporales, es decir, existe la voluntad;
6. **Es de Comisión por Omisión**, también se le conoce como comisión impropia, que es un no hacer voluntario imprudencial, cuya abstención produce el delito de homicidio;
7. **Es Unisubsistente**, aquí, podremos decir, que el homicidio, requiere para su integración, del solo acto de privar de la vida a una persona;
8. **Es Material**, porque, para que sea homicidio es necesario, que se prive de la vida;
9. **Es Instantáneo**, ya que el delito se consuma en el mismo instante de agotarse la conducta, que es el de privar de la vida;
10. **Es de Daño**, porque el llevarse a cabo, afecta directamente el bien jurídico tutelado, que es la vida;
11. **Es Normal**, ya que la descripción legal solo contiene elementos objetivos, ya en éste caso, el homicidio.

La tentativa⁵⁶ tema que es objeto de nuestro estudio, difiere de los actos preparatorios; en éstos no hay todavía materiales que penetren en el núcleo del tipo del delito; tales actos materiales lo mismo pueden ser lícitos o ilícitos; en cambio, en la tentativa existe ya un principio de ejecución y, por ende, la penetración en el núcleo del tipo.

Penetrar en el núcleo del tipo consiste en ejecutar algo en relación con el verbo principal del tipo del delito que se trate.

⁵⁶ uno de los mejores estudios sobre el tema, se debe al jurista mexicano J. Ramón Palacios, "La Tentativa", Imprenta Universitaria, México, 1951.

Según Soler, la tentativa estriba en iniciar la acción principal en la cual el delito consiste; para ello es ilustrativo pensar en el verbo que la expresa. Jiménez de Asúa define la tentativa como la ejecución de un delito.⁵⁷ Para Impallomeni, es la ejecución frustrada de una determinación criminosa.

Entendemos, pues, por tentativa, los actos ejecutivos (todos o algunos), encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto.

Desde hace tiempo, el profesor Francisco Javier Ramos Bejarano expresaba la necesidad, para caracterizar la tentativa, de aludir a la ejecución o inejecución, en su caso, de actos encaminados a la realización del delito, a fin de comprender la acción y la omisión.⁵⁸ Nuestro Código, como veremos, en reforma al artículo 20, se refiere expresamente a ejecutar u omitir la conducta en la tentativa, sin olvidar que también el artículo 21 del mismo ordenamiento nos establece los elementos básicos de arrepentimiento y de desistimiento, como causa para no tipificar el delito de tentativa, luego entonces si se considera a la

tentativa como un delito en nuestro Código Penal.

3.4 Elementos Integrantes del Cuerpo del Delito

Entendemos éste, como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto por la ley, así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes, se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

Entendemos éste, como el conjunto de elementos subjetivos u objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho previsto por la ley, así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes, se deduzca fundadamente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

Jiménez Asenjo, nos dice que en el Derecho Antiguo, cuando faltaba el llamado cuerpo del delito, no era posible imponer ni pena capital ni penas ordinarias, sino solo las denominadas sanciones extraordinarias.

⁵⁷ *La Ley y el Delito*, pág. 595, Ediciones A. Bello, Caracas, 1945.

⁵⁸ *La Tentativa Inacabada*, Revista de la Facultad de Derecho, pág. 64, t. XVI, enero-marzo de 1964.

Entre los autores clásicos Bentham, sostiene que el cuerpo del delito "es el estado de las cosas que ha sido objeto del delito" eso comprende tanto las cosas como las personas

Chiosone, nos dice que el cuerpo del delito no es otra cosa que el hecho mismo o sea el tipo-transgresión. Así en el homicidio el cuerpo del delito será la persona muerta por la acción u omisión voluntaria de alguien o sea el sujeto activo.

El autor Sergio García Ramírez⁶⁹, quien cita en su obra Derecho Procesal Penal, a los tratadistas antes mencionados, nos dice que en suma "el cuerpo del delito se integra con todos los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determina la ley penal".

Antes de la reforma de 1993, la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por cuerpo del delito se entiende el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley. Los elementos del cuerpo del delito los podemos conceptuar como todas y cada una de las partes integrantes de la

descripción legal del delito en ausencia de las cuales no se configura este.

Así mismo, recordemos también que el cuerpo del delito se encuentra previsto en nuestro Código de Procedimientos Penales y que aún y cuando éste no da una definición concreta de ello si hace mención en el Título Segundo, Diligencias de Averiguación Previa e Instrucción, en su Capítulo I.

En el delito en estudio, los elementos del cuerpo del delito son :

- a) Privación de la vida (elemento material u objetivo), cadáver.
- b) Intención delictuosa, es el actuar negligente o la conducta con resultados mayores a los deseados, o sea, dolo o preterintención (que a pesar de que la preterintención ya fue reformada en enero de 1994, creemos conveniente hacer mención de este elemento), considerado como elemento moral.

Al tener los elementos que integran el cuerpo del delito de homicidio, es necesario analizar cada uno de los elementos mencionados. El elemento material del homicidio es un hecho de muerte.

⁶⁹ García Ramírez Sergio. Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa, S.A. de C.V. año 1989, México, Pág. 468-469

La privación de la vida humana motivada por el empleo de medios físicos o de omisiones, debe ser el resultado de una lesión inferida por el sujeto activo a la víctima: se da el nombre de lesión mortal a aquella que por si sola, por sus consecuencias inmediatas o por sus concurrencias con otras causas en las que influye, produce la muerte.

Antes de continuar, es de suma importancia hacer un breve comentario del delito de lesiones, ya que estimamos que el homicidio es el resultado de una lesión mortal. Tema que trataremos con mayor amplitud en el subtema de necropsia. Así por lesión debemos entender cualquier daño exterior e interior perceptible o no, inmediatamente, por los sentidos en el cuerpo, en la salud o en la mente del hombre.

Asimismo, el Código Penal en su artículo 130, "define la lesión, no solamente como las heridas, excoriaciones, contusiones, fracturas, dislocaciones, quemaduras, sino toda alteración en la salud y cualquier otro daño que deje huella material en el cuerpo humano, si esos efectos son producidos por una causa externa."⁶⁰

El artículo 124 del Código Penal, nos dice que es mortal una lesión, cuando la muerte se debe a las alteraciones causadas por la lesión en el órgano u órganos interesados, algunas de sus consecuencias inmediatas o alguna complicación determinada inevitablemente por la misma lesión.

Después de haber citado al delito de lesiones, así como de saber cuándo se considera una lesión como calificada, podemos continuar con el estudio de los elementos del cuerpo del delito de homicidio.

Así, para la integración del delito de homicidio, la muerte deberá ser causada intencional o imprudentemente por otro hombre, en consecuencia, los homicidios casuales realizados con ausencia de dolo o de culpa, no serán delictuosos. Tampoco podrá ser considerado como homicidio el acto por el cual una persona se causa a sí misma, voluntaria o involuntariamente, la muerte.

En el homicidio, el hecho debe adecuarse al tipo penal, es decir, se requiere de que el hecho material: privación de la vida debe adecuarse al tipo descrito por los artículos 123 al 138 del Código Penal.

⁶⁰ Op. cit. p.104

Una vez que ya se dio el concepto del cuerpo del delito, creemos necesario hacer referencia al tipo penal que, aunque se creyó que tipo penal y cuerpo del delito eran conceptos similares, cada uno tiene una génesis diferente y una función distinta que cumplir en el ámbito del Derecho Penal.

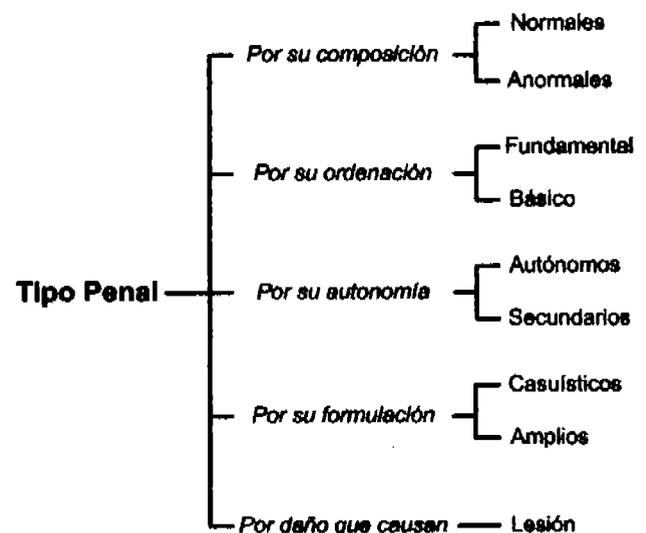
El tipo penal pertenece a una parte sustantiva del Derecho Penal y cuerpo del delito a aspectos eminentemente procesales, que son formas metódicas de comprobación de un hecho típico que tiene uno de antijurídico, culpable y punible.

El tipo penal cumple una función muy importante como la del delito, y por ende en todo procedimiento que se inicie, será necesaria la demostración de los elementos que componen la figura prevista en la hipótesis legislativa, para deducir consecuentemente, si la conducta de autor reúne las condiciones de tipicidad, como única forma de demostración de elementos del tipo.

El tipo penal⁶¹ es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico penal, dentro del ámbito, situación que aparece regulada en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos

de los miembros en los términos el contenido preceptivo o prohibitivo contenido en la misma ley.

A continuación daremos la clasificación del tipo, así mismo, mencionaremos cuál es el tipo que le corresponde al delito de homicidio:



1.- Por su composición se dividen en:

a) **Normales.-** Son aquellos en los que el tipo estará conformado de elementos objetivos;

Anormales.- Los tipos penales además de contener elementos objetivos, también se conforman de subjetivos o normativos.

⁶¹ Jiménez de Azúa, Luis. La Ley y el Delito, Editorial Sudamericana, Buenos Aires Argentina, 1980, Pág. 255

El delito de homicidio es normal, ya que se encuentra conformado de elementos meramente objetivos.

2.- Por su ordenación metodológica.

El tipo es fundamental o básico. Son tipo básico, los que se integran con todos los elementos necesarios y suficientes para conformar el tipo delictivo de que se trate.

3.- Por su autonomía o independencia:

- a) **Autónomos.**- Son los tipos penales con vida propia que no necesitan de la realización de algún otro.
- b) **Subordinados.**- Requieren de la existencia de algún otro tipo, y adquieren vida en razón de este.

El homicidio es autónomo, ya que tiene vida propia.

4.- Por su formulación, pueden ser casuísticos o amplios.

- a) **Casuísticos.**- Se plantean varias formas de realización del delito y no sola como en los demás tipos. Este se divide en alternativos, que son aquellos, en donde se plantean dos o más hipótesis y basta con la ejecución de solo una de ellas para

la tipificación de la conducta ilícita; y acumulativos, este tipo exige la realización o concurso de todas las hipótesis que el legislador ha plasmado en el tipo penal para la adecuación de la conducta al mismo.

- b) **Amplios.**- Contienen en su descripción una hipótesis única en donde cabe todos los modos de ejecución.

5.- Por el daño que causan.

Para el homicidio, será de lesión, ya que siempre va a resultar dañado el bien jurídicamente tutelado, que es la vida.

En cuanto al segundo elemento del tipo del delito de homicidio, tenemos al dolo y la culpa. Al respecto, el artículo 18 del Código Penal, nos dice: "Las acciones u omisiones delictivas solamente pueden realizarse dolosa o culposamente".⁶²

Este artículo indica los grados de culpabilidad que son el dolo y la culpa, a mayor abundamiento podemos citar lo siguiente:

⁶² Op. Cit. p. 12

En lo relativo al dolo, Carrancá y Rivas, al hablar de este elemento de culpabilidad, señala que: "El dolo consiste en la voluntad de causación de un resultado. Supone indispensablemente, por tanto, como un elemento intelectual, la previsión de dicho resultado así como la contemplación más o menos clara y completa de las circunstancias en que dicha causación puede operar, y así mismo supone, como elemento emocional, la voluntad de causación de lo que se ha previsto; es dañada o maliciosa la intención."⁶³

Asimismo, Eugenio Cuello Calón expresa que: "... el dolo consiste en la voluntad consciente, dirigida a la ejecución de un hecho que es delictuoso, o simplemente en la intención de ejecutar un hecho delictuoso."⁶⁴

Luis Jiménez de Asúa, lo define como la producción de un resultado antijurídico, como conciencia de que se quebranta el deber, con conocimiento de las circunstancias de hecho y del curso esencial de la relación de causalidad existente entre la manifestación humana y el cambio en el mundo exterior, con voluntad de

realizar la acción y con representación del resultado que se quiere o ratifica.

El dolo se refiere a la plena intención del sujeto activo, en la comisión de un delito y se subdivide en cuatro tipos:



1. **Dolo Directo** que consiste en la realización de la conducta exactamente en la medida de la voluntad del sujeto activo, esto es cuando el objetivo del activo se cumple ineluctablemente, ni más ni menos.
2. **Dolo Indirecto**, cuando ejecuta una conducta ilícita, la cual el sujeto no tiene interés de realizar, pero que sabe que necesariamente se debe efectuar para lograr su fin.
3. **Dolo Eventual**, cuando el agente para obtener sus fines, sabe que probablemente se presenten otros resultados delictivos.

⁶³ Carranca y Rivas, Raúl. *Derecho Penitenciario*, Ed. Porrúa, México, p. 78.

⁶⁴ Cuello Calón, Eugenio, *Derecho Penal*. 9a. edición, Ed. Nacional Mexicana. p. 228.

4. Dolo Indeterminado, cuando el agente tiene la intención genérica de delinquir.

En cuanto al elemento de culpa, Carrancá y Rivas apunta: "La culpa consiste en el obrar sin la debida previsión, por lo que se causa un resultado daños y previsible, tipificado en la ley penal. En consecuencia, no hay previsión del resultado, siendo esperada y jurídicamente exigible dicha previsión. El resultado dañoso es, no obstante, la imprevisión incriminable, pues la causación involuntaria, ni deja de causarse daño a un bien o un interés jurídico protegidos."⁶⁵

La culpa se define "... como el obrar sin la diligencia debida, causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley (Cuello Calón), o como la infracción de un deber de cuidado, que personalmente incumbe, pudiendo preverse la aparición del resultado (Mezger). La culpa es la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado."⁶⁶

⁶⁵ Op. Cit. p. 17

⁶⁶ Op. Cit. p.89

3.5 Elementos Constitutivos del Delito

Existen una serie de conceptos que se delimitarán en el presente subíndice, y tiene como propósito aclarar diferentes visiones teóricas. Como este punto que estamos estudiando se trata de los elementos del delito, tenemos que el Maestro Jiménez de Asúa, considera como elementos del delito los siguientes: la acción o conducta, la tipicidad, la antijuricidad, la imputabilidad, la culpabilidad, la punibilidad y las condiciones objetivas de la penalidad.

Este autor como otros, considera que son los elementos que acabamos de mencionar los que integran el delito. Desde el punto de vista cronológico, concurren a la vez dos factores del delito por ello, suele afirmarse que guardan entre sí, prioridad temporal, pues no aparece primero la conducta, luego la tipicidad, después la antijuricidad, etc, sino que al realizarse el delito se dan todos sus elementos constitutivos.

En un plano estrictamente lógico, procede observar inicialmente si hay conducta, luego verificar su amoldamiento al tipo legal: tipicidad, después de constatar si dicha conducta típica está o no protegida por una justificante y en

caso negativo, llega a la conclusión de que existe la antijuricidad, enseguida investigar la presencia de la capacidad intelectual y volitiva del agente, imputabilidad, y finalmente indagar, si el autor de la conducta típica y antijurídica, que es imputable, obró con culpabilidad.

Esto no quiere decir que entre los factores integrantes del delito exista prioridad temporal, pero sí una indiscutible prelación lógica, es por ello que hay que hacer notar que a veces, cuando un sujeto decide delinquir, lógica y temporalmente se da primero la culpabilidad (a título doloso) precedida, como es natural, de la imputabilidad y hasta después ejecuta el acto típico y antijurídico.

Daremos una breve reseña acerca de los elementos del delito, comenzaremos con la acción o conducta, y dentro de esta pueden comprenderse la acción y omisión, es decir, el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obrar. La conducta es el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito. La ausencia de conducta de uno de los aspectos negativos o mejor dicho, impeditivos de la formación de la figura delictiva, por ser actuación humana, positiva o negativa, la base indispensable del delito como de todo problema jurídico.

Continuaremos con otro de los elementos del delito que es la tipicidad; y tenemos que es el encuadramiento de una conducta con la descripción hecha en la ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el legislador.

Jiménez de Asúa define la tipicidad, en cuanto carácter del delito, como la exigida correspondiente entre el hecho real y la imagen rectora, expresada en la ley para cada especie de infracción.

Carrancá y Trujillo dice que: "la tipicidad señala la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto".⁶⁷

Para Luis Jiménez de Asúa, la tipicidad desempeña una función predominantemente descriptiva, que singulariza su valor en el concierto de las características del delito y se relaciona con la antijuricidad por concretarla en el ámbito penal.

Frecuentemente, los conceptos tipicidad y tipo son manejados, por cierto indebidamente, en forma sinónima o equivalente, cuando en realidad se trata de dos nociones distintas,

⁶⁷ Op. Cit. p.211

aunque, eso sí, estrechamente relacionadas. Es preciso que del concepto de tipo, solo para saber cual es la diferencia entre tipicidad y tipo y tenemos que "el tipo penal es la descripción de la conducta prevista por la norma jurídico penal, dentro del ámbito situacional, en que aparece regulado en la ley para la salvaguarda de los bienes jurídicos de los miembros en los términos del contenido preceptivo, o prohibitivo contenido en la misma ley".⁶⁸

Cuando no se integran todos los elementos descritos en el tipo legal, se presenta el aspecto negativo del delito, llamado atipicidad. La atipicidad es la ausencia de adecuación de la conducta al tipo; si la conducta no es típica, jamás podrá ser delictuosa. La ausencia de tipicidad surge cuando existe el tipo pero no se amolda a él la conducta dada.

Las causas de atipicidad pueden reducirse a las siguientes:

- a) Ausencia de la calidad o del número exigido por la ley, en cuanto a los sujetos activo y pasivo.

- b) Si faltan el objeto material o el objeto jurídico.
- c) Cuando no se dan la preferencias temporales o espaciales requeridas en el tipo.
- d) Al no realizarse el hecho por los medios comisivos específicamente señalados en la ley.
- e) Si faltan los elementos subjetivos del injusto, legalmente exigidos.
- f) Por no darse, en su caso, la antijuricidad especial.

En cuanto a la antijuricidad, tenemos que en un concepto negativo, pues existe dificultad para dar sobre ella una idea positiva; sin embargo, comúnmente se acepta como antijurídico lo contrario a Derecho.

Según Cuello Calón, la antijuricidad presupone un juicio, una estimación de la oposición existente entre el hecho realizado y una norma jurídico penal. La antijuricidad radica en la violación del valor o bien protegido a que se contrae el tipo penal respectivo.

Carlos Binding señala un doble sentido a la antijuricidad; el formal y el material. La antijuricidad formal esta constituida por la

⁶⁸ Carranca y Trujillo, Raúl, *Derecho Penal Mexicano, Parte General*, Ed Porrúa, México, 1988, p. 152.

conducta opuesta a la norma; en tanto que la antijuricidad material se halla integrada por la lesión o peligro para bienes jurídicos. De esta forma, la antijuricidad material sin la antijuricidad formal no tiene trascendencia penal.

Este elemento, como en los anteriores, existe la ausencia y es necesario hablar de la ausencia de antijuricidad, puede ocurrir que la conducta típica esté en aparente oposición al Derecho, y sin embargo, no sea antijurídica por mediar alguna causa de justificación. Luego, las causas de justificación constituyen el elemento negativo de la antijuricidad, como ejemplo: un hombre priva de la vida a otro: su conducta es típica por ajustarse a los presupuestos del artículo 302 del Código Penal, sin embargo, puede no ser antijurídica si se descubre que obró en defensa legítima, por estado de necesidad o en presencia de cualquier otra justificante.

Respecto a la imputabilidad, para que un sujeto sea culpable, precisa que antes sea imputable, si en la culpabilidad intervienen el conocimiento y la voluntad, se requiere la posibilidad de ejercer esas facultades.

La imputabilidad es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor, para obrar según el justo conocimiento del deber existente. Será imputable, dice Carranca

y Trujillo, "todo aquel que posea al tiempo de la acción, las condiciones exigidas, abstracta e indeterminadamente por la ley para poder desarrollar su conducta socialmente, todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que responda a las exigencias de la vida en sociedad humana".⁹⁹

Consideramos que el elemento que integra a la imputabilidad, es la responsabilidad y entendemos que la responsabilidad es la situación jurídica en que se encuentra el individuo imputable de dar cuenta a la sociedad por el hecho realizado. Son imputables quienes tienen desarrollada la mente, y no padecen algunas anomalías psicológicas que los imposibiliten para entender y querer; pero son responsables quienes habiendo ejecutado el hecho, están obligados previa sentencia firme, a responder de él.

Como la imputabilidad es soporte básico de la culpabilidad, sin aquella no existe ésta y sin culpabilidad no puede configurarse el delito, luego la imputabilidad es indispensable para la formación de la figura delictiva.

Como ya hemos dicho, la imputabilidad es la calidad del sujeto, referida al desarrollo y la salud mental: la inimputabilidad constituye el

⁹⁹ Op. Cit. p. 217

aspecto negativo de la imputabilidad, las causas de ésta son todas aquellas capaces de anular o neutralizar, ya sea el desarrollo o la salud de la mente, en cuyo caso el sujeto carece de aptitud psicológica para la delictuosidad.

Son causas de inimputabilidad los casos que se establecen en el artículo 15 del Código Penal, relativo a las circunstancias de exclusión del delito en su fracción VII, que a la letra dice " Si al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado, a no ser que el agente hubiere provocado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico o siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible."⁷⁰

Como último de los elementos del delito por estudiar, tenemos la culpabilidad y el Maestro Jiménez de Asúa dice al respecto, "en el mas amplio sentido puede definirse la culpabilidad como el conjunto de presupuestos que

fundamentan la reprochabilidad personal de la conducta antijurídica".⁷¹

Para el maestro Ignacio Villaloboe, "la culpabilidad genéricamente consiste en el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y prohibiciones que tienden a constituirlo y conservarlo, desprecio que se manifiesta por franca oposición en el dolo, o indirectamente, por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación del mal ajeno frente a los propios deseos, en la culpa."⁷²

3.6 Las Figuras del Homicidio Doloso y del Homicidio Culposo

Haremos referencia a la figura del homicidio, así como a la estructura del homicidio culposo, con el propósito de enfatizar en la demostración de la hipótesis. En primera instancia, haremos referencia a la figura del homicidio doloso y daremos cuenta de cómo está estructurado éste.

⁷¹ Op. Cit. p. 14

⁷² Citado por Castellanos. Fernando, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Ed. Porrúa, p. 233

⁷⁰ Op. Cit. p. 317

El homicidio doloso se estructura de dos extremos; uno es el elemento subjetivo, que es la voluntad de dar muerte; y el otro, el elemento objetivo, que es la conducta y la relación causal. Partiendo del tipo básico, es como se estructuran las modalidades especiales del homicidio, las cuales en todos los casos, suponen la muerte de un hombre por el elemento intencional o dolo.

Como ya se hizo mención respecto al dolo, es necesario hacer referencia de éste, ya que es el elemento base del homicidio doloso, y tenemos que el dolo es en el delito intencional, el objeto de reproche, el hombre es reprochable porque se decidió al injusto, cuando podía aceptar el derecho, lo que pertenece a la culpabilidad es la conciencia de la ilicitud del hecho, pues la acción es reprochada en la medida que podía tener conciencia de la ilicitud de su obrar.

El dolo es el conocimiento y la voluntad de ejecutar una acción que se sabe típica y sintéticamente, se puede decir que hay dolo cuando el agente conoce el hecho típico y quiere su realización.

El delito doloso resulta de transgredir la prohibición de llevar a efecto la acción tendiente a matar, por lo cual, el dolo comprende el obrar con conciencia de la ilicitud del hecho, habiéndose presentado no solo la realización

del hecho, sino también las circunstancias que lo agravan. La acción homicida se califica como dolosa, cuando el conocimiento y la voluntad del actor se determinan a producir la muerte de un hombre; el obrar doloso es una actividad encaminada conscientemente a matar, por ello, lo doloso no es tanto la muerte que es un resultado, sino la esencia misma de la acción, por cuanto ella busca como objetivo, dar muerte.

Toda acción voluntaria se estructura sobre la decisión de materialización, es decir, por la conciencia de lo que se quiere, elemento intelectual de la acción, y por la decisión o voluntad de realizar el comportamiento, momento volitivo de la acción, esto es una acción voluntaria que implica un proceso mental en el cual el sujeto representa el hecho que se ha propuesto, quiere su realización y luego la ejecuta; de ese proceso se infiere que el tipo penal (ahora cuerpo del delito) tenga doble estructura, como lo hemos dicho, una parte objetiva y una subjetiva.

Ahora bien, la parte objetiva es la fase de ejecución del hecho, su resultado y el nexo causal; en tanto, que la parte subjetiva corresponde al dolo y la culpa. Por eso decimos que el homicidio es doloso cuando el agente se ha representado y quiere la muerte de un

hombre. Como lo hemos mencionado en puntos anteriores, el homicidio es la privación de la vida de un hombre, entonces el homicidio doloso es la muerte de un hombre intencionalmente ocasionada por otro hombre; de allí que el tipo de homicidio se estructura con los siguientes elementos que analizaremos a continuación:

- a) Un sujeto activo
- b) La conducta homicida dolosa (acción u omisión)
- c) La muerte (resultado o lesión al bien jurídico)
- d) Nexo de causalidad

El sujeto activo del delito de homicidio es la persona natural que realiza la acción de matar a otro en forma dolosa, es decir, quien objetiva y subjetivamente adecua su propio comportamiento a la descripción del tipo penal (cuerpo del delito).

Como se ha dicho respecto a la culpa⁷³, ésta es una forma de obrar, una manera de comportarse el individuo, la conducta de la acción es el punto de partida de todo juicio de

valor sobre el hombre, de ella se predica o valora que es buena o mala jurídica o antijurídica cuidadosa o imprudente. Toda conducta es un movimiento voluntario, lo cual no implica que toda voluntad sea intencionada, pues la voluntad y la intención son aspectos diversos de una misma función.

Es una conducta negligente en la que el actor quiere realizar una acción no punible, como conducir el vehículo, viajar, dialogar, etc., solo que el realizar este acto voluntario, no aplica en su ejecución, el cuidado y la prudencia que le son exigibles, a consecuencia de lo cual, sin pretenderlo se produce un resultado típico. La acción culposa tiene que ver y sólo puede ser al igual que la dolosa un comportamiento voluntario, solo que en la imprudencia o culpa, la voluntad no está encaminada a producir el resultado, sino a ejecutar un evento no punible: conducir, limpiar, arma el arma, operar a un enfermo, etc.

En toda conducta debe existir una voluntariedad en la decisión, queda demostrada cuando se establece que no existe conducta si el hombre no se decidió voluntariamente a ejecutar un hecho, sino que el acto le fue impuesto ciegamente por fuerzas causales, caso en el cual estaremos ante una causa fortuita.

⁷³ Orellana Wilarco Octavio Alberto. Teoría del Delito. Editorial Porrúa, S.A. Novena Edición. México, Pág. 111

Daremos continuidad a nuestro trabajo, concluyendo este punto con el homicidio culposo, de tal manera, que denominaremos "culposa" la aplicación de la voluntad dirigida a un resultado no típico, pero que desencadena, por indebido cuidado, un resultado típico.

Ello pone de manifiesto que no es la llamada "acción culposa", sino la ejecución de un resultado atípico, no prohibido y generalmente lícito; a diferencia del dolo, en el cual la voluntad del individuo apunta precisamente a producir el evento típico. En la acción culposa hay una voluntad aplicada a un evento no punible que por una mínima atención, pericia o cuidado, se desvía ocasionando lo no querido, hay una acción final, pero no una acción finalista de producir el resultado.

En la vida social los hombres actuamos, pero dada la convivencia estamos obligados a comportarnos con cierto margen de prudencia y cuidado, de tal suerte que no ocasionemos daño a interés de otros; muchas veces el sujeto hace caso omiso del cuidado a que está obligado y que está en capacidad de observar; omisión que ocasiona daño a intereses ajenos. En esta hipótesis ocurre uno de dos fenómenos: si el evento concreto está tipificado en la ley penal, el autor habrá consumado un delito imprudente y si no lo está será civilmente responsable.

El fin de la acción no es tomado en cuenta para estructurar el tipo, pero eso no significa que la finalidad de la acción en el delito culposo sea irrelevante, pues el fin y solo el verdadero fin permite diferenciar la acción culposa de la dolosa; de la misma manera el fin puede ser relevante para determinar la presencia de causas de justificación o de exculpación.

En todo tipo penal culposo encontramos la siguiente estructura:

Una Conducta Voluntaria Dirigida a un Resultado no Típico: La culpabilidad radica en la censura o reproche a la actitud interna del individuo, porque ha hecho uso de su capacidad, sin observar el cuidado adecuado en su comportamiento; el hombre, como ser que vive en sociedad, tiene el deber de llenar un mínimo de cuidado en su conducta, por cuanto la convivencia significa limitaciones en beneficio colectivo. El elemento básico del tipo culposo consiste siempre en la realización de un acto voluntario encaminado a realizar un fin no típico, como el conducir, fabricar alimentos, atender a un paciente.

- **Violación de un Deber de Cuidado:** El tipo penal describe la producción de un resultado prohibido penalmente, a consecuencia directa de un actuar imprudente, como un evento en el cual el resultado surge no por intencionada aplicación de la voluntad hacia ese fin u objetivo, sino por una inadecuada aplicación de la atención hacia el fin no típico, en cuanto omite la observancia del cuidado debido.

Para que una acción se adecue al tipo penal culposo en un homicidio, se necesita no solo la objetiva producción de la muerte de un hombre por otro hombre, sino además que la muerte se deba a la culpa de otro, es decir, una acción que pueda calificarse de imprudente, negligente, violatorio del deber de cuidado.

El deber de cuidado es el elemento del tipo penal que corresponde al juez analizarlo, por cuanto la norma penal no indica cuál era el deber de cuidado, sino que corresponde al juez complementar el tipo penal con la actualización al caso concreto del cuidado objetivo para determinar luego el cuidado personal que el autor era capaz de observar. Para que haya culpa se necesita la vulneración de deber de cuidado; así, en el homicidio culposo solo se menciona expresamente la producción del resultado culposo y el nexo causal, sin indicar

cuando actuó el individuo con culpa, pero suministrando al juez unas directivas para inferir con base en la norma general.

La conducta es culposa cuando el agente realiza un hecho punible por falta de previsión del resultado previsible o cuando, habiéndolo previsto confió en poder evitarlo, pero sin que tampoco esta norma le diga al juez cual era el grado de previsión, o cuál el grado de cuidado debido. Como ejemplo pondremos una competencia deportiva., en la conducción de vehículos automotores y menos frente a condiciones concretas de la vida real.

El deber de cuidado impuesto por el orden jurídico nos exige hacer el mínimo de deliberación mental para advertir el peligro y el hecho de advertir el peligro nos debe llevar a realizar una conducta tendiente a evitarlo, conducta que a veces puede ser la omisión de hechos que podríamos realizar.

La razón por la cual la ley y la sociedad exigen al hombre para poder realizar una determinada actividad (conducir vehículos, preparar medicinas, atender un parto) licencia, preparación o experiencia cierta. es precisamente para evitar la ejecución de esas conductas de suyo peligrosas.

Pero la tendencia de conocimientos o licencias no indican ya que el hombre sea prudente o imprudente, pues bien puede ocurrir que a pesar de poseer la preparación y la licencia necesaria, obre con descuido de los conocimientos que tiene.

El deber de cuidado implica claramente que el peligro ha de ser previsible y evitable por el autor, atendiendo a sus particulares capacidades personales pues nadie está obligado a prever o evitar lo que escapa al normal ejercicio de sus facultades físicas y mentales.

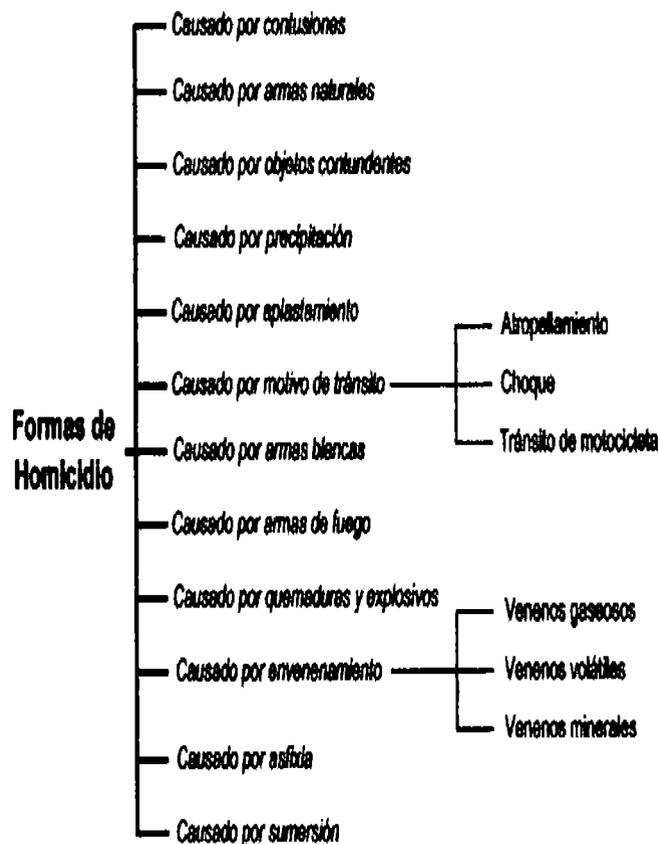
El deber de guardar el cuidado debido supone una persona capaz de prever el peligro, y siendo el riesgo concreto imprevisible o inevitable por escapar al control del hombre, no puede existir culpa, sino un hecho o caso fortuito.

a) Producción del Resultado Típico: Es el tercer elemento que integra el tipo culposo. El resultado típico en los delitos culposos puede ser el daño al bien jurídico, en el caso del homicidio las lesiones, etc, pero también puede ser el peligro de daño, en la mayoría de los tipos penales de nuestra legislación.

3.7 Diversas Formas de Homicidio

Existen diversas causas de homicidio de las cuales consideramos necesario realizar una breve reseña, desglosada a partir del acto y de sus alcances morales y axiológicos.

Existen diversas causas de homicidio, de las cuales mencionaremos solo algunas haciendo una breve reseña:



a) Homicidio Causado por Contusiones:

Se entiende por contusión, la lesión producida por choque o aplastamiento contra un cuerpo duro no cortante. El mecanismo es variable, presión o aplastamiento, tal como techo, muro o vehículo en movimiento, un choque percusión de un objeto arrojado o caído o bien por arrancamiento.

El objeto generador de la contusión también es variable, pudiendo ser parte del cuerpo humano: puño, pie o cabeza del agresor; objeto cualquiera: piedra, palo, macana, entre otros. Lo importante en las contusiones es que se trata de un cuerpo duro no cortante, el objeto productor de la lesión mortal.

b) Homicidio Causado con Armas Naturales:

La muerte con armas naturales como son con partes del propio cuerpo del agresor, sus manos, pies, rodillas, cabeza, etc. En este tipo de homicidio se presentan fracturas, estallamiento de los órganos.

c) Homicidio Causado con Objetos Contundentes:

Los objetos o instrumentos utilizados para privar de la vida a una persona, son de los más variados, generalmente son objetos o instrumentos fabricados para fines distintos al

de producir lesiones o muerte, pero los ha manufacturado expresamente para ello (macana, cachiporra).

d) Homicidio por Precipitación:

La precipitación es una forma típica y característica de suicidio, puede considerarse que la mayoría de las muertes por precipitación, son debidas a accidentes laborales o suicidio.

e) Homicidio por Aplastamiento:

La causa de la muerte por aplastamiento es generalmente por el peso, la presión que ejerce el material caído sobre la persona y su plano de sustentación.

f) Homicidio Causado por Motivo de Tránsito Terrestre:

Los homicidios que aludiremos en este punto es una de las primeras causas de muerte violenta que constituyen un grave problema delictivo y de salud pública, razón por la cual consideramos plenamente justificado el estudio específico de estos hechos.

i) El atropellamiento consta de cuatro fases que son: impacto. Proyección, aplastamiento y arrastre.

ii) El choque, en caso de lesiones ocasionadas por choque esta se

origina cuando un vehículo en movimiento se colisiona con otro vehículo en movimiento o estático, o con un cuerpo fijo (poste, árbol, muro señalamiento carretero etc.).

iii) Por tránsito de motocicleta. Estas son sin lugar a dudas de las más cruentas, debido a las características propias de estos vehículos, como son la velocidad a la que se desplazan y la ausencia total o casi total de elementos o protectores, toda vez que el tripulante, y en su caso el o los acompañantes, viajan en el exterior del vehículo y las defensas que tiene son el casco y ocasionalmente las rapas que dan cierta protección pero en todo caso mínima.

g) Homicidio Causado por Armas Blancas:

Se denominan armas blancas a los instrumentos de medidas, pesos variables, destinados o utilizados para ataque o defensa, constituidos por una empuñadura que puede ser de diversos materiales y un segmento de metal con filo, punta y filo o únicamente punta. Son armas cortantes las que tienen uno o dos filos, teóricamente no tienen punta y son de poco peso y dimensiones.

h) Homicidio Causado por Armas de Fuego:

Este tipo de lesiones es producido por la penetración del proyectil disparado violentamente por la explosión de pólvora, por efectos de la percusión.

I) Homicidio Causado por Quemaduras y Explosivos:

En las quemaduras la etiología es diversa, pudiendo ser agentes físicos, químicos o biológicos, siendo los más frecuentes causas de muerte las debidas a quemaduras por calor, electricidad atmosférica (fulguración), etc, estas lesiones son siempre accidentales y generalmente mortales, y son provocadas por la corriente eléctrica contenida en el rayo.

J) Homicidio Causado por Asfixia:

La muerte causada por asfixia puede ser por sofocación, estrangulación, ahorcadura.

K) Homicidio Causado por Sumersión:

Se entiende por sumersión, estar los orificios de las vías aéreas, boca y nariz, sumergidos en un líquido cualquiera, penetrando este líquido en los pulmones, en lugar de aire, la asfixia que sobreviene entonces, es denominada por sumersión.

I) Homicidio causado por Envenenamiento:

La Real Academia de la Lengua expresa que veneno es "cualquier sustancia que introducida en el cuerpo o aplicada a él, en poca cantidad ocasiona la muerte o graves trastornos".⁷⁴

Otras definiciones que es oportuno anotar son las siguientes. "término general para sustancias que aplicadas o introducidas en pequeña cantidad en el organismo producen en este alteraciones graves o mortales".⁷⁵ "Un veneno es un sustancia que aplicada o introducida en el organismo por cualquier vía produce alteraciones graves o la muerte"⁷⁶ Un veneno "es una sustancia que introducida al organismo altera momentáneamente o suprime definitivamente las manifestaciones vitales de toda materia organizada".⁷⁷ Los venenos se clasifican de las siguientes formas:

- a) Venenos Gaseosos: óxido de carbono, hidrógeno sulfurado, vapores filtosos, gas de combate, etc.
- b) Venenos Volátiles: alcohol, cloroformo, benceno, fósforo, ácido cianítrico, etc.

- c) Venenos Minerales: mercurio, plomo, arsénico, ácido y bases cáusticas, etc.

3.8 Tanatología

Concepto: El vocablo tanatología tiene su origen etimológicamente en las voces tanatos-muerte y logos-tratado, estudio, Bonnet define este conjunto de conocimientos como "la parte de la medicina legal que estudia las modificaciones del organismo humano a partir del momento mismo de haberse producido la muerte",⁷⁸ Simonin define la tanatología a la que también denomina "Medicina Legal Tanatológica" como "el estudio de los métodos de examen del cadáver y de las transformaciones que sufre".⁷⁹

La tanatología, tomando en consideración lo expuesto por diversos autores, es el conjunto de conocimientos técnicos y normas jurídicas y administrativas relativas a la muerte y el cadáver.

Clasificación: Siguiendo lo expuesto por Bonnet, podemos clasificar la tanatología de la siguiente manera:

⁷⁴ Op. Cit. p. 1527

⁷⁵ Op. Cit. p. 305

⁷⁶ Op. Cit. p. 305

⁷⁷ Op. Cit. p. 305

⁷⁸ Bonnet, Pablo, *Lecciones de Medicina Legal*. Ed. López Libreros, Buenos Aires, 1975, pág. 88

⁷⁹ Simonin, Camilo, *Medicina Legal Judicial*. Ed. Jims, Barcelona, 1973, pág. 719

- a) *Tanato-diagnóstico*. Es el estudio de los signos biológicos que hacen posible determinar la muerte de una persona. En esta parte, básicamente se estudian los signos negativos de vida y positivos de muerte.
- b) *Tanatos-semiología*. Se estudian en esta parte los llamados fenómenos cadavéricos inmediatos o mediatos.
- c) *Tanato-cronología o crono-tanato-diagnóstico*. Mediante la observación de determinados signos que aparecen en el cadáver –signos biológicos, fenómenos cadavéricos, fauna y flora cadavéricos- se pretende determinar el tipo transcurrido desde que se produjo la muerte.
- d) *Tanatopsia, autopsia o necropsia*. Es el estudio de las causas que determinan la muerte desde el punto de vista médico-legal.
- e) *Tanato-conservación*. Se refiere a las técnicas utilizadas para la conservación del cadáver.
- f) *Tanato-normatividad*. Es el conjunto de normas jurídicas y administrativas referentes a la autopsia, obtención de tejidos, conservación, traslado,

inhumación, incineración y exhumación de cadáveres.

3.9 Agonología

Esta figura es de suma importancia, para el objeto de estudio de nuestro tema, pues se trata de la última etapa de nuestra vida, y se observan diversas situaciones desde el punto de vista clínico, psicológico y hasta jurídico.

Concepto: Es el estudio del conjunto de síntomas clínicos, físicos y químicos que ocurren en el organismo humano en los momentos inmediatos anteriores a la muerte.

Sintomatología de la Agonía: Por síntomas entendemos el conjunto de fenómenos y signos que revelan una enfermedad o lesión. Estos síntomas o signos son los siguientes:

a) Síntomas clínicos:

- Hipotermia (descenso de temperatura) progresiva, que se inicia en las extremidades.
- Deshidratación gradual, que se observa en córnea, labios, lengua y hundimiento de los globos oculares.

- Respiración entrecortada a veces fuerte, semejante a ronquidos, estertores;
- Arritmia cardíaca.
- Disminución de la circulación vascular periférica.

b) **Síntomas neurológicos:**

- Disminución de la percepción sensorial.
- Movimientos inconscientes y descontrolados de las extremidades, predominantemente de las superiores.
- Inmovilidad, siguiendo a la etapa anterior.

c) **Síntomas psíquicos:**

- Estupor
- Pérdida gradual de conciencia, periodo crepuscular o de precoma, inconsciencia, coma.

3.10 Muerte

a) **Concepto:**

Muerte proviene del vocablo latino *mors*, amargura. Es la muerte un trance fatal e inevitable, motivo de meditación y estudio a

través de la historias. Hipócrates hizo la descripción clínica del último momento vital, considerando como signo tanatológico la llamada "facie hipocrática" o semblante de moribundo; más tarde Galeno afirmaba "no puede haber vida donde no haya circulación".⁸⁰ Posteriormente realizaron importantes estudios relativos a la muerte Von Haller, Moeschott, Bichat, Boucht y otros.

Bender define la muerte como "la cesación final e irreversible de la vida, con latido cardíaco así como respiratorio imperceptible",⁸¹ el *American Colege of Chest Physicians*, sostiene el concepto de muerte cerebral, la cual acontece cuando en un electroencefalograma no aparecen registros.

El Papa Pío XII expresó que: "La vida humana continúa por tanto tiempo como persisten sus funciones vitales distinguiéndose de la simple vida de los órganos, por tanto tiempo como se manifiesta sin la ayuda de procedimientos artificiales".⁸²

⁸⁰ Paz Otero, Gerardo, *El Trauma Tanatológico. El Médico*. México, agosto de 1969, pág. 64

⁸¹ Alarcón, Donato G., *La Muerte: Humanismo y Medicina. El Médico*. México, mayo de 1979, pág. 24.

⁸² Ob. Cit., pág. 120

Podemos considerar que la muerte es la detención definitiva de las funciones vitales que son: nerviosas, circulatorias, respiratorias y cerebrales.

b) Problemática:

La posibilidad de una prematura declaración de muerte siempre ha sido motivo de preocupación para las personas encargadas de la investigación de homicidios.

En ocasiones puede presentarse como grave problema determinar cuando ha fallecido el sujeto y que signos deben buscarse para establecer que una persona ha dejado de vivir; ¿el pulso?, puede ser tan débil que no sea perceptible; ¿los latidos cardiacos?, pueden también ser imperceptibles en razón de su debilidad; ¿modificaciones en los vasos de la retina?, si no se tiene experiencia con el oftalmoscopio no se pueden observar; ¿la reacción pupilar?, puede no registrarse a causa de estados tóxicos o miedo agudo; ¿los reflejos?, pueden persistir después de la muerte.

Respecto de las muertes violentas que constituyen casi la totalidad de las averiguaciones que se inician por homicidio, deberá considerarse el mecanismo de la muerte y los signos que se aparecen, por ejemplo, si el

sujeto ha caído desde una gran altura, si ha sido atropellado por un vehículo, fulgurado o electrocutado y el cuerpo se presenta inerte, frío y rígido; es razonable considerar que la persona ha fallecido.

Esta afirmación la fundamentamos en la idea de que lo que el investigador está en posibilidad de observar es la muerte corporal o somática, no la tisular, bioquímica o cerebral. En este tipo de casos, por lo general, el paso del tiempo y los signos ya señalados son suficientes para confirmar la muerte.

El proceso de la muerte se caracteriza por una disminución simultánea o evolutiva de las funciones vitales, esta manifestación del proceso de la muerte, denominado tanatogénesis presenta los siguientes síndromes:

- a) *Síndrome cerebrógeno*. Consiste en insuficiencia irreversible del sistema nervioso central y comprende todas las formas de coma y la muerte por inhibición o emoción.
- b) *Síndrome hemógeno*. Constituido por las insuficiencias hemodinámicas profundas, e incluye choque, colapso y anemia aguda;

- c) *Síndrome cardíogeno*. Son los daños cardiacos graves, perforaciones, rupturas y hemopericardio;
- d) *Síndrome pulmógeno*. Lesiones respiratorias intensas con anoxia y edema agudo pulmonar;
- e) *Síndrome tanatógeno mixto*. Ocurre cuando se lesionan o destruyen simultáneamente víceras, centros nerviosos y funciones de los tres sistemas vitales. Este síndrome, el más interesante para la función de la investigación de homicidios se revela en los siguientes casos:
 - Traumatismos por tránsito de vehículos graves, cuando actúan paralelamente una gran masa y una gran velocidad, de los cuales resultan diversas lesiones, fracturas múltiples, estallido de órganos huecos, desgarre de víceras, quemaduras, amputaciones traumáticas de miembros, decapitación, etc.
 - Explosiones intensas con lesiones múltiples por acción de la onda explosiva.

- Ahorcamiento, cuando la suspensión del cuerpo hace que el lazo produzca simultáneamente interrupción circulatoria.

Los signos arriba indicados son señalamientos muy generales, a continuación trataremos de explicar brevemente los fenómenos que se presentan a partir de la muerte.

c) Diagnóstico:

Se entiende por diagnóstico "la parte de la medicina que tiene por objeto identificar una enfermedad fundándose en los síntomas de ésta".

Con base en la noción general de diagnóstico, podemos afirmar que diagnóstico de muerte es, la parte de la medicina legal que tiene por finalidad identificar o determinar la muerte, fundándose en los síntomas o signos de ésta. Ahora bien, para poder diagnosticar la muerte se atenderá a lo que se conoce como fenómenos cadavéricos, los cuales son cercanos o inmediatos y mediatos o tardíos.

d) Fenómenos Cadavéricos:

- a) *Inmediatos*. Los fenómenos cadavéricos que se presentan enseguida de que ha cesado la vida en la persona son: la deshidratación, que consiste en pérdida

de líquidos por evaporación y que produce alteraciones cutáneas, apergaminamiento de la piel; mucosas, desecamiento de labios, glánde, vulva y región anal y oculares. El enfriamiento del cadáver que se caracteriza por el descenso de la temperatura corporal hasta igualarse a la del ambiente y se encuentra condicionado por diferentes factores como son: temperatura ambiental, edad, causa de muerte, complexión, vestimenta, etcétera. La deshidratación y el enfriamiento son fenómenos físico-químicos.

- b) *Mediatos o tardíos.* Putrefacción es el primer fenómeno mediatos o tardío que se presenta, tiene como origen factores externos, temperatura y humedad ambientales principalmente, e internos básicamente en la existencia de parásitos y bacterias intestinales.

Dentro de la putrefacción se consideran los siguientes fenómenos: adipocira que es la transformación grasa del cadáver; corificación, esto es incompleta transformación grasa; momificación, que no es propiamente una forma de putrefacción sino la deshidratación y desecación del cadáver; colicuación, transformación de las partes blandas en líquido putrefacto; petrificación o calcificación,

consistente en la infiltración y transformación, parcial o total del cuerpo de sales calcáreas.

Fauna cadavérica es otro fenómeno que se presenta en el organismo muerto con el transcurso del tiempo, éste consiste en la aparición de insectos que afectan las partes blandas del cadáver.

3.11 Crono - Tanato Diagnóstico

Es de suma importancia el presente tema, toda vez que a través del estudio Crono-Tanato-Diagnóstico, se conocerá la determinación de la muerte de la persona. Este vocablo etimológicamente se integra con las raíces *crono cronos*, tiempo, *tanato tanatos*, muerte y diagnóstico conjunto de síntomas que permiten calificar una enfermedad o una situación de orden médico, por tanto este término es la estimación de o determinación de la fecha de la muerte. Los signos o fenómenos cadavéricos que hemos estudiado nos pueden dar información relativa a la fecha de muerte, éstos son:

- a) *Deshidratación:* aparece entre los 30 y 60 minutos de la muerte;

- b) *Enfriamiento*: se inicia a partir de una hora de muerte la persona;
- c) *Rigidez*: entre tres y nueve horas;
- d) *Espasmo cadavérico*: es inmediato, cuando existe, para después ceder ante la rigidez;
- e) *Livideces*: entre el momento de la muerte hasta 4 o 5 horas después;
- f) *Hipostasias*: tienen un lapso de desarrollo semejante al de las livideces.
- g) *Putrefacción*: el momento en que se inicia es variable, según factores a los que se ha hecho alusión, pero puede iniciarse a partir de tres o cuatro horas de la muerte.

3.12 Autopsia

En este tema conoceremos mediante el estudio del cadáver las causas de la muerte de la persona.

Definición: Se da el nombre de autopsia a la apertura y examen de las tres grandes cavidades del cadáver: craneana, torácica y abdominal; realizados con el objeto de investigar y comprobar las causas de muerte de un sujeto.

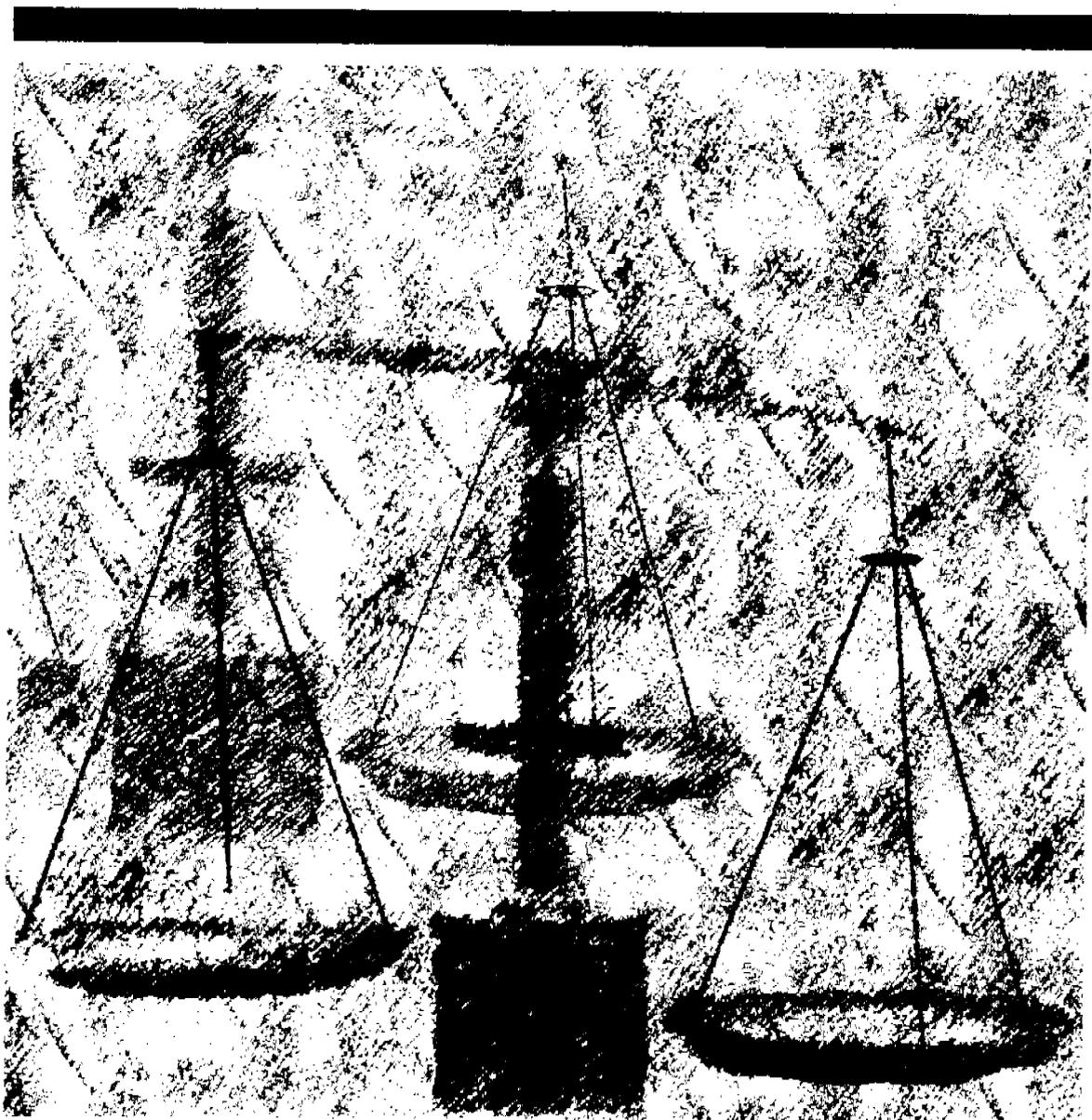
Terminología: A la autopsia se le denomina necropsia o tanatopsia. El Código Penal y los Códigos de Procedimientos Penales Federal y del Distrito Federal utilizan el término autopsia, nosotros por razones de índole etimológica pensamos que los vocablos correctos son necropsia o tanatopsia, pero no obstante esta consideración se utilizará el giro autopsia, por ser éste aceptado por nuestro derecho positivo.

Etimología: Autopsia proviene de las voces griegas *autos*, uno mismo y *opsis*, vista; necropsia, del griego *nekros*, cadáver y *opsis* vista; y tanatopsia también del griego *thanatos* muerte, y *opsis*, ya explicado.

Como puede apreciarse autopsia viene a ser verse a sí mismo, necropsia ver el cadáver y tanatopsia ver la muerte, por tanto como se expresó en párrafo anterior los términos adecuados son necropsia o tanatopsia.

Capítulo 4

La Tentativa en Nuestra Legislación



Existe una enorme distancia, entre nuestra legislación y la realidad cotidiana que día con día viven los ciudadanos, por una parte podemos considerar que estamos caminando metafóricamente en un piso de cristal, ya que muchos de nuestros actos voluntarios o involuntarios se pueden convertir en delitos; por otra parte, estamos sujetos a una cantidad de atentados que afectan nuestra paz y nuestra libertad cotidiana.

La legislación, no contempla el daño moral o psicológico que puede causar una amenaza de muerte a una persona común. Escuchamos que algunos políticos y empresarios han denunciado ante los medios de comunicación, problemas con su vida personal y con su familia a partir de atropellos verbales, robos, amenazas de muerte o por el simple hecho de convertirse en una persona exitosa que posee bienes materiales, se menciona en spots de carácter gubernamental la situación de vivir entre rejas, cuando los que deberían de vivir entre rejas son los delincuentes.

En el presente capítulo se justifica la hipótesis de contemplar el delito de tentativa de homicidio como un delito independiente a los que ya se encuentran previstos en el Código Penal, como son el caso del delito de Homicidio y de Tentativa.

4.1 El Actual Código Penal

Sobre nuestro tema objeto de estudio, el actual Código Penal, nos establece la normatividad a seguir, según los artículos que a continuación se mencionan:

Artículo 20.- (Tentativa Punible) Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Artículo 21.- (Desistimiento y arrepentimiento) Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por si mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o medida señalada para este.

Los preceptos jurídicos que se han comentado, contienen dentro de su redacción, varias causas que favorecen al sujeto activo, aunque primeramente pretende ser firme en el postulado punible, pero posteriormente otorga dos causas importantes para que dicho acto

jurídico deje de ser visto como una conducta delictuosa, como es el caso del desistimiento y del arrepentimiento.

Por lo que se considera que dichos preceptos jurídicos adolecen de una verdadera valoración del delito de tentativa, pues el hecho de realizar el acto aun a pesar de que haya arrepentimiento o desistimiento, siempre el actuar del sujeto activo con dicha conducta de intentar causar un daño, va a causar un daño ya sea físico o emocional, que el legislador ha pasado por alto en la redacción de dichos artículos del Código Penal que se ha comentado.

4.2 La Jurisprudencia

El estudio de la aplicación de las leyes nos permite fundamentar el daño que hace en la víctima la tentativa de homicidio.

El tratadista mexicano, Efraín Moto Salazar en su obra "Elementos de Derecho", nos dice que la Jurisprudencia es "La interpretación que de la Ley hacen los Tribunales, cuando la aplican a cinco casos concretos sometidos a ellos y la generalizan"⁸³

En México, toca a los Tribunales Federales establecer la Jurisprudencia, para que esta exista, es necesario que la interpretación de la Ley se aplique a casos concretos, se repita en cinco ocasiones (siempre en el mismo sentido) y se generalice. La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en múltiples ocasiones, llena los vacíos que deja la Ley.

La jurisprudencia establecida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en múltiples ocasiones, llena los vacíos que deja la Ley.

La Jurisprudencia, como antes dijimos, la establecen los Tribunales, en tanto que la Ley es el producto del Poder Legislativo, en ocasiones, la Ley no es clara en su redacción y entonces es necesario interpretarla para aplicarla de una manera justa, cuando los jueces interpretan la Ley, están haciendo propiamente jurisprudencia.

Cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido Jurisprudencia sobre alguna cuestión a ella sometida, ésta se convierte en obligatoria y todos los Tribunales inferiores de la República deben acatarla y explicarla.

⁸³ Efraín Moto Salazar. Elementos de Derecho, Editorial Porrúa, S.A. México, 1977, Pág. 12

Por lo antes expuesto se hace necesario, conocer algunos criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para enfocar la necesidad de poder incrustar un artículo en el Código Penal sobre la tentativa de homicidio.

Jurisprudencia Mexicana de La Suprema Corte de Justicia de la Nación

Hay tentativa punible cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso, directamente, por actos idóneos y no practique todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sean su propio y espontáneo desistimiento; pero no debe perderse de vista que en una tentativa, domina casi por completo el elemento subjetivo del delincuente (*"Semanao Judicial de la Federación", tomo XXXV, 2ª parte, p. 2349, quinta época. Sentencia del 26 de agosto de 1932, en que la 1ª Sala confirma la sentencia dictada por el Juez de Distrito*).

La Primera Sala en turno a la cuestión expresó: "... la ley requiere para que se castigue el agente por los actos que no han llegado a la ejecución del delito que concurren las circunstancias siguientes:

a) Que aquél inicia exteriormente la ejecución del hecho delictivo;

b) Que los actos de iniciación sean directos para la ejecución e idóneos para cometer delito;

c) Que la causa por la cual no practique todos los actos necesarios para la ejecución no sean su propio y espontáneo desistimiento".

Por consiguiente es menester citar los siguientes criterios de la Corte, donde podremos observar, los parámetros de los grados de tentativa, la intencionalidad del agente, el *animus necandi* del sujeto, los elementos de prueba, los actos preparatorios, y diversos criterios que la Suprema Corte de Justicia de la Nación toma en consideración a efecto de poder tipificar el delito en estudio de la presente tesis, razón por la cual se hace referencia a los siguientes criterios:

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. REQUISITOS QUE SE REQUIEREN PARA ACREDITAR EL.

Época: Novena

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta

Parte : II, Agosto de 1995

Tesis: XX.28 P Página: 529

Texto: Constituyendo la tentativa punible un grado de ejecución directa e inmediata de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado, para que pueda considerarse que un homicidio es cometido en grado de tentativa, se requiere: a). querer privar de la vida; b). una total realización de los actos de ejecución, y c). no consumación del homicidio por causas ajenas a la voluntad del agente. TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGESIMO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 420/95. Juan Moreno López. 22 de junio de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Angel Suárez Torres. Secretario: Ramiro Joel Ramírez Sánchez.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. EN EL SE SUBSUME EL ILICITO DE LESIONES.

Época: Novena

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
 Parte : II, Noviembre de 1995
 Tesis: XI.2o.5 P
 Página: 543

Texto: Si de las constancias de autos se desprende que la conducta desplegada por el sujeto activo, aunque produjo como resultado material un daño en la salud del pasivo, se verificó por el activo desplegando actos tendientes directa e inmediatamente a privarlo de la vida, sin lograr su consumación por causas ajenas a su voluntad; incontrovertible jurídicamente resulta que el proceso penal que se le instruya debe seguirse por el delito de homicidio en grado de tentativa y no por el de lesiones dado que éste se subsume en aquél, al estar evidenciada la intencionalidad del sujeto activo y no constituir el citado resultado material sino un principio de ejecución del homicidio tentado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 78/95. Sergio Mier Serrano. 30 de agosto de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Salvador Enrique Castillo Morales. Secretaria: María Guadalupe Molina Covarrubias.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA. REQUIERE ACREDITARSE LA INTENCIONALIDAD DEL AGENTE.

Época: Novena

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
 Fuente: Semanario Judicial de la Federación y

su Gaceta

Parte : II, Octubre de 1995

Tesis: XI.2o.4 P

Página: 552

Texto: Sin negar que el hecho de que accionar un arma de fuego en contra de una persona no necesariamente implica que sea el propósito de privarle de la vida, porque para ello se requiere que tal intención, lo que es un aspecto totalmente subjetivo, se manifieste a través de la ejecución de actos que así lo revelen; y si en el caso los quejosos se encontraban detrás de un árbol y al llegar los ofendidos les dispararon en repetidas ocasiones con las armas que portaban, logrando lesionar letalmente a uno de ellos y al otro le acertaron un disparo, por lo que corrió y cuando lo hacía recibió un impacto más, y aún así continuó huyendo hasta quedar fuera del alcance de sus agresores, es evidente que la intención homicida de éstos se puso de manifiesto, ya que si no lograron segar la vida del pasivo fue precisamente por una causa ajena a su voluntad, lo cual integra la tentativa punible con respecto al delito de homicidio. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 228/95. Jesús y Ramón Torres Contreras. 13 de septiembre de 1995. Unanimidad de votos.

Ponente: Juan Díaz Ponce de León. **Secretario:** Octavio Chávez López.

TENTATIVA DE HOMICIDIO. PARA SU CONFIGURACION ES PRIMORDIAL DEMOSTRAR EL ANIMUS NECANDI DEL SUJETO ACTIVO.

Época: Octava

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : XII-Noviembre

Tesis:

Página: 447

Texto: Para distinguir en un evento si se está en presencia de un delito de homicidio en grado de tentativa, o de lesiones, hay que atender especialmente al elemento subjetivo del tipo, es decir, a la intención o estado psíquico del agente en el momento de cometer el hecho criminoso. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 94/93. Martín Eloy Márquez Ruiz. 10 de mayo de 1993. Unanimidad de votos. **Ponente:** Alfonso Manuel Patiño Vallejo. **Secretario:** Pedro Olea Elizalde. Véanse: Semanario Judicial de la Federación, Séptima Época, Volúmenes 151-156, Segunda

Parte, página 101. Sexta Epoca, Volumen XXXIII, Segunda Parte, página 102 Quinta Epoca, Tomo L, página 566.

TENTATIVA PUNIBLE DE HOMICIDIO, ELEMENTOS DE PRUEBA DE LA.

Época: Octava

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : XII-Agosto

Tesis:

Página: 587

Texto: Los elementos de la tentativa punible de homicidio son: a) La intención de querer privar de la vida al pasivo (elemento subjetivo); b) La realización de actos idóneos para consumarla y c) Que el resultado no se produzca por causas ajenas a la voluntad del agente; por lo que si en autos se demostró que el activo manifestó verbalmente su intención de cometer el ilícito penal, momentos antes de los hechos, que efectuó un disparo sobre la cara de la víctima mientras se encontraba tirada, produciéndole lesiones y no la muerte, dada la intervención de otras personas que impidieron siguiera la agresión, es indudable que existen datos fehacientes que permiten concluir con la intención de perpetrar el homicidio; máxime que un disparo sobre la cara de la ofendida, región

donde se ubican órganos vitales, constituye un medio idóneo para el fin y tal conducta probada, justifica el auto de formal prisión reclamado. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 234/92. Miguel Espino Nava. 19 de enero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Juan Manuel Arredondo Elías. Secretario: Francisco Javier Solís López.

TENTATIVA INEXISTENTE. ACTOS PREPARATORIOS, AUTOR INTELECTUAL DE LOS

Época: Octava

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : X-October

Tesis:

Página: 463

Texto: El autor intelectual responde por cualquiera de las fases de la ejecución del delito, precisamente por la autoría intelectual, pero si en el caso el delito que dispuso se cometiera (homicidio) ni siquiera se intentó cometer, por haberse desecho "el trato" entre los coindiciados, no llegando entonces a la primera etapa de ejecución que constituye la

tentativa, consistente en la realización directa, inmediata e inequívoca de la realización del delito que conforma la base típica de cada ilícito, pues aun cuando el agente intelectual haya planeado el hecho criminoso de que se trata y proporcionado todos los datos indispensables, así como el dinero para la compra del instrumento del delito, para su comisión, ello no constituye actos de ejecución sino actos preparatorios de naturaleza impune, quedando entonces fuera de la hipótesis normativa que prevé la tentativa; por ende, si no se actualiza la tentativa del injusto por parte del autor material, menos aún por lo que hace al agente intelectual. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL SEPTIMO CIRCUITO (ANTES TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEPTIMO CIRCUITO).

Precedentes: Amparo en revisión 275/91. Mariano Pastor Escudero Lagunes. 27 de septiembre de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Adriana Alicia Barrera Ocampo. Secretaria: Lilia Rodríguez González.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, ELEMENTOS DEL.

Época: Octava

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : VIII-Agosto

Tesis:

Página: 185

Texto: Para considerar que un homicidio se cometió en grado de tentativa, se requiere inevitablemente: a) que esté plenamente acreditado que el sujeto activo del delito quería privar de la vida al ofendido; b) además de que aquél llevó a cabo los actos necesarios e idóneos para privarlo de la vida; y c) que no se consumó el homicidio por causas ajenas a la voluntad del sujeto del delito; es decir, este grado del delito se encuentra constituido por dos conductas, una de carácter subjetivo, que consiste en la intencionalidad y otra de carácter objetivo, que configura los actos de ejecución tendientes a la consumación del ilícito. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.

Precedentes: Amparo en revisión 194/90. Jorge Quiroz Ortega. 18 de septiembre de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Arnoldo Nájera Virgen. Secretario: Enrique Crispín Campos Ramírez.

HOMICIDIO EN GRADO DE TENTATIVA, EL ERROR EN LA PERSONA NO CONFIGURA EL.

Época: Octava

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : VI Segunda Parte-1

Tesis:

Página: 172

Texto: Si el hoy quejoso realizó los actos necesarios para llevar a cabo el delito de homicidio propuesto, mismo que, por error en la persona, se cometió en una distinta de la víctima que se pretendía, de ello no puede corregirse la configuración del ilícito de homicidio tentado en agravio de esta última, puesto que tal figura delictiva requiere objetivamente, es decir, con tal independencia del sujeto pasivo, que su consumación no se lleve a cabo por causas ajenas a la voluntad del activo o bien, por su desistimiento, lo que no acontece cuando, como en el caso, el resultado delictivo se produjo, aunque en diversa persona. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL DECIMO PRIMER CIRCUITO.

Precedentes: Amparo directo 276/90. Juan Pedraza Soria. 31 de agosto de 1990. Unanimidad de votos. Ponente: Amado Guerrero Alvarado. Secretario: Reynaldo M. Reyes Rosas.

TENTATIVA DE HOMICIDIO, INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE.

Época: Séptima

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : 83 Segunda Parte

Tesis:

Página: 59

Texto: Tratándose del delito de homicidio en grado de tentativa, no está en lo justo el inculpado si pretende que se tomen como base para la cuantificación de la pena las dos terceras partes de los ocho años que señala el artículo 283 del Código Penal de Coahuila, como mínimo para el delito de homicidio, ya que tal precepto sanciona con pena de ocho a trece años de prisión al responsable del delito de homicidio, y los artículos 9o. y 52 del mismo ordenamiento legal no establecen la regla que pretende implantar el inculpado, pues ninguno de ellos habla de que se aplique "el mínimo" de la sanción que corresponda como si el delito se hubiese consumado, ya que dichos preceptos establecen que para imponer la pena de tentativa los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito, la que se aplicará hasta en dos terceras partes de la

sanción que debiera imponérsele si el delito se hubiere consumado; por lo que es correcto que el juzgador se atenga primero al grado de temibilidad del acusado; y si de acuerdo con las constancias de autos y por su intervención en los hechos la temibilidad del acusado se ubicó por el tribunal como de término medio, para a su vez sacar el término medio aritmético de la pena correspondiente como si se hubiera consumado el delito, y el tribunal aplicó de acuerdo con las disposiciones inherentes, las dos terceras partes de ese término medio aritmético, resulta evidente que actuó con estricto apego a los dispositivos de la ley aplicable al caso.

Precedentes: Amparo directo 2528/75. Enrique Vázquez Torres. 24 de noviembre de 1975. Mayoría de 3 votos. Ponente: Mario G. Rebolledo F. Disidentes: Manuel Rivera Silva y Abel Hultrón y A.

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

Época: Séptima

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : 175-180 Segunda Parte

Tesis:

Página: 149

Texto: Si la sala responsable, al individualizar la sanción por el delito de homicidio en grado de tentativa, consideró al acusado de una peligrosidad entre la mínima y la media, más cercana a la primera, y estimó que de haberse consumado el delito le hubiera impuesto doce años de prisión, que en el caso sería la pena mínima a imponer, conforme al artículo 275 del Código Penal del Estado de Jalisco, antes de su última reforma, pero a virtud de tratarse de una tentativa, lo sancionó con las dos terceras partes de esos doce años, que en el caso resultan ser precisamente ocho años de encarcelamiento, es evidente que con ello violó, en perjuicio del quejoso, sus garantías individuales, puesto que para la individualización de la pena, tratándose del delito de homicidio en grado de tentativa, no basta tomar en cuenta las circunstancias que sirvieron para fijar la peligrosidad del sujeto, sino igualmente el posible daño objetivo causado durante el proceso ejecutivo realizado y el grado a que se llegó dentro de éste, pues no es lo mismo sancionar el principio de ejecución de un delito que los actos que agotaron su proceso ejecutivo. Además, deberá atenderse a que, como el Código punitivo aludido no determina en el delito tentado, el

mínimo de la pena a imponer, refiriéndose exclusivamente a la máxima, que precisa en las dos terceras partes de la que debería imponerse de haberse consumado el delito, ello obliga al juzgador a acudir a la norma general que contempla el artículo 16 de la invocada codificación estatal, la cual alude a que la pena de prisión será de tres días hasta treinta años, o sea, que para el caso concreto, el mínimo para sancionar la tentativa debe ser de tres días y el máximo las dos terceras partes de la sanción que corresponda al delito consumado, margen éste en que se debe basar el juzgador para fijar la pena, tomando en cuenta, además, como ya se dijo, el grado de ejecución, así como el daño objetivo que pudiera haberse causado a la víctima.

Precedentes: Amparo directo 2495/83. Luis Manuel Ortiz Bautista. 20 de julio de 1983. 5 votos. Ponente: Fernando Castellanos Tena. Secretario: Oscar Vázquez Marín. Séptima Época, Segunda Parte: Volúmenes 133-138, Pág. 199. Amparo directo 2725/79. Rosendo Marín Paisano. 27 de marzo de 1980. 5 votos. Ponente: Manuel Rivera Silva. NOTA (1): En la publicación original de esta tesis aparece la leyenda: "Reitera el criterio de la tesis de Jurisprudencia publicada en los Volúmenes 169-174, Segunda Parte, página 185." NOTA (2): Esta tesis también aparece en: Informe de

1983, Segunda Parte, Primera Sala, Tesis 48, página 40, con el rubro "TENTATIVA, CIRCUNSTANCIAS QUE DEBEN TOMARSE EN CUENTA PARA LA INDIVIDUALIZACION DE LA PENA EN CASO DE (HOMICIDIO)".

TENTATIVA DE HOMICIDIO. (LEGISLACION DE SONORA).

Época: Sexta

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : XXXIII, Segunda Parte

Tesis:

Página: 102

Texto: Si la declaración del ofendido y la confesión de todos y cada uno de los acusados, ponen de manifiesto que los acusados y quejosos se pusieron de acuerdo en que su intención al golpear a dicho ofendido fue el privarlo de la vida, y estimaron que lo había logrado al dejarlo inconsciente y arrojarlo a un pozo con un nivel de agua superior a su estatura, y el hecho de que dicho ofendido no haya fallecido, se debió a su resistencia física que frustró las intenciones de los acusados, es indudable que existió una tentativa de homicidio ya que de acuerdo con lo que dispone el artículo 10 del Código Penal de Sonora, existe tentativa cuando se ejecutan hechos

encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Precedentes: Amparo directo 7480/59. Jesús Félix Miske y Coags. 28 de marzo de 1960. Unanimidad de 4 votos. Ponente: Rodolfo Chavez S. Tesis relacionada con Jurisprudencia 279/85.

TENTATIVA (HOMICIDIO).

Época: Sexta

Instancia: Primera Sala

Fuente: Semanario Judicial de la Federación

Parte : XXIX, Segunda Parte

Tesis:

Página: 81

Texto: Si está plenamente probado que el reo juntamente con otros sujetos, acudió a un lugar con el deliberado propósito de dar muerte, por venganza, a otra persona, pero de ninguna de las constancias procesales se infiere que haya habido actos de ejecución ni se efectuó otra actividad que la búsqueda de la víctima, no puede decirse que se realizaran hechos encaminados directa e inmediatamente a la ejecución del homicidio y que éste no se produjera por causas ajenas a la voluntad del reo y de sus compañeros.

Precedentes: Amparo directo 4345/59. Ciro García Rodríguez. 11 de noviembre de 1959. 5 votos. Ponente: Rodolfo Chávez S. Tesis relacionada con Jurisprudencia 279/85.

4.3 Propuesta de Adicionar un Artículo al Código Penal acerca de la Tentativa de Homicidio

Hipo tesis, hipo, antes de; tesis, poner en claro, en latín. En este último apartado se justifica la presente tesis con la propuesta de ley.

La consideración de la tentativa como figura típica es ineludible, debido a la situación de angustia que viven las personas en las calles de nuestra ciudad y ha sido ciertamente la posición seguida por la mayoría, de las personas estudiosas del Derecho, la forma o idea de concebir dicha tipicidad no ha sido, sin embargo, unitaria, existiendo fundamentalmente dos posiciones distintas. Por una parte la mantenida por aquellos autores que han visto en esta figura una extensión o ampliación de la tipicidad básica y que supone incluso una modificación de la misma, pero ningún caso constituye un tipo distinto al recogido en la Parte Especial del Código Penal.

Para los representantes de la segunda posición la tentativa vendría a construir en la realidad tipos de delito distintos a los recogidos en la Parte Especial del Código Penal y que describen los delitos consumados.

Para el caso es importante observar que uno de los primeros que se ocupó de esta cuestión, sobre la tentativa como delito autónomo, fue M. E. Mayer, quien, aun cuando propusiera los términos "causas de ampliación de la pena"⁸⁴ para la denominación de estas conductas consideró que bajo este concepto debían comprenderse todas aquellas circunstancias que fundamentan la tipicidad de una conducta, atribuyendo a las características del delito particular una validez que va más allá de su extensión conceptual.⁸⁵ Que vienen a construir una ampliación del concepto de delito definido en la Parte Especial al ampliar en una determinada extensión la amenaza penal. Esta posición fue seguida por Zimmerl, quien consideró exacta la denominación de estas conductas como "causas de ampliación del

tipo",⁸⁶ por H. Mayer,⁸⁷ Maurach,⁸⁸ Quintano⁸⁹ y Rodríguez Mourullo⁹⁰, entre otros autores.

A diferencia de la posición de Belling, que limitaba el concepto de figuras típicas los autores citados entendieron que la colocación de estos preceptos, no constituye ningún impedimento para su consideración como conductas típicas.

Esta colocación obedece simplemente a una razón de técnica legislativa, ya que es mucho más razonable el escribir este precepto en la Parte General del Código junto a aquellas disposiciones que son aplicables a todos los delitos descritos, en lugar de repetir la punición de la tentativa junto a la consumación para cada delito en particular, lo cual constituiría, sin lugar a dudas, un sistema repetitivo y falto de agilidad.

La tentativa era vista por M. E. Mayer como una desviación del caso normal, que por lo tanto debía encontrar su propia consideración. El supuesto "normal" en el que el legislador había pensado al redactar los tipos de la parte

⁸⁴ Según este autor, esta denominación es preferible a la de "formas de aparición del delito", pues a través de esta última no se expresa nada característico, ya que en general cada grupo diferenciado de delitos, como por ejemplo los delitos de peligro, delitos imprudentes, delitos de dos actos, constituye una especial forma de aparición (A.T., pág. 341, nota 1)

⁸⁵ A.T., pág. 341

⁸⁶ Zimmerl, GS, 98 (1929), pág. 387.

⁸⁷ *Strafrecht*, 1953, pág. 277

⁸⁸ D.P., II, pág. 166

⁸⁹ Comentarios, pág. 46

⁹⁰ Comentarios, I, pág. 65 ss.

Especial es la completa realización del tipo.⁹¹ Igualmente consideró Maurach que “la división en grados de esta progresión criminal carece de importancia en el caso normal situado por el legislador en la base de la estructura de sus tipos pues todas las figuras del Código Penal de la realización de la imagen de injusto tipificado, esto es: la consumación del hecho”⁹² la existencia del precepto dedicado a la tentativa pone de manifiesto –según H. Mayer-⁹³ que el “tipo de delito normal debe ser comprendido como efectiva lesión del bien jurídico”⁹⁴

La inclusión de la lesión del bien jurídico en el tipo del delito consumado ha conducido a un sector doctrinal a observar que la tentativa de delito no sólo constituye una ampliación de la tipicidad a supuestos comprendidos en el tipo del delito consumado, sino que la falta en la tentativa de elementos característicos de aquél conduce a que se trata de un tipo de delito distinto, por ende debe ser autónomo y surge luego entonces la necesidad de incrustar un artículo que hable exclusivamente de los delitos

de tentativa de homicidio, en los términos que más adelante citaremos.

Debido a que es un delito de puesta en peligro y que el bien jurídicamente protegido en el caso específico de la “Tentativa de Homicidio” es la vida, se justifica por su gravedad la introducción en el Código Penal de un artículo que regule o prevea la Tentativa de Homicidio en los términos que a continuación se citaran.

4.4 Enunciación del Artículo

Esperamos que la presente enmienda se lleve a futuro e inclusive sea elevado a rango constitucional.

Artículo 129 bis.- Comete el Delito de Tentativa de Homicidio, aquella persona que con la firme intención de privar de la vida a otro, realiza actos que pongan en peligro su vida, sin haberse consumado el tipo penal de homicidio, por lo que se le impondrá una penalidad de cuatro a ocho años de prisión.

Si en la comisión de este delito concurre alguna circunstancia agravante de las previstas en el artículo 138 de este Código se impondrán en una cuarta parte las penas previstas para el homicidio calificado.

⁹¹ A.T., pág. 342

⁹² D.P., II, pág. 165

⁹³ *Strafrecht*, 1953, pág. 277

⁹⁴ En contra de la consideración de la consumación como “supuesto normal” se ha expresado Binding: “Que la consumación es el “ caso normal” lo puede afirmar un filósofo, pero no un jurista” (GS, 85 [1917], pág. 204, nota 21).

Para que sea más fácil comprender a que se refiere el segundo párrafo del artículo propuesto, es conveniente insertar lo que a la letra dice el artículo 138 del Código Penal; siendo además importante aclarar que las agravantes siempre estarán consideradas en la tentativa de homicidio por ser ésta una conducta dolosa y no culposa.

Artículo 138.- El homicidio y las lesiones son calificadas cuando se cometan con: ventaja, traición, alevosía, retribución, por el medio empleado, saña o en estado de alteración voluntaria.

I. Existe Ventaja:

- a) Cuando el agente es superior en fuerza física al ofendido y éste no se hallare armado;
- b) Cuando es superior por las armas que emplea, por su mayor destreza en el manejo de ellas o por el número de los que intervengan en él;
- c) Cuando el agente se vale de algún medio que debilita la defensa del ofendido;
- d) Cuando éste se halla inerte o caído y aquél armado o de pie.

La ventaja no se tomará en consideración en los tres primeros casos, si el que la tiene obrase

en defensa legítima, ni en el cuarto, si el que se halla armado o de pie fuere el agredido y además hubiere corrido peligro su vida por no aprovechar esa circunstancia.

II. Existe Traición: Cuando el agente realiza el hecho quebrantando la confianza o seguridad que expresamente le había prometido al ofendido, o las mismas que en forma tácita debía éste esperar de aquél por las relaciones de confianza real y actual que existen entre ambos;

III. Existe Alevosía: Cuando el agente realiza el hecho sorprendiendo intencionalmente a alguien de improviso, o empleando acechanza u otro medio que no le dé lugar a defenderse ni evitar el mal que se le quiera hacer;

IV. Existe Retribución: Cuando el agente lo cometa por pago o prestación prometida o dada;

V. Por los Medios Empleados: Se causen por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos, o bien por envenenamiento, asfixia, tormento o por medio de cualquier otra sustancia nociva para la salud;

VI. Existe Saña: Cuando el agente actúe con crueldad o con fines depravados; y

VII. Existe Estado de Alteración Voluntaria:

Cuando el agente lo comete en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos u otras sustancias que produzcan efectos similares.

Conclusiones

PRIMERA.- La delincuencia en nuestro País ha avanzado tanto que ha rebasado a las normas, razón por la cual se hace necesario que surjan más y mejores propuestas de normatividades que hagan posible regular la conducta de las personas en cuanto a los delitos más graves.

SEGUNDA.- Siendo la tentativa un acto próximo a la realización de una conducta, máxime siendo esta delictiva debe ser sancionado de una forma autónoma.

TERCERA.- Debemos tomar en consideración que la tentativa como delito es distinta del delito consumado.

CUARTA.- Para comprender de una manera clara y precisa la autonomía del delito de tentativa, es necesario recurrir a los actos preparatorios y los actos de ejecución.

QUINTA.- Debemos tomar como base los criterios de lo tratadistas en derecho penal Francisco Carrara y Altavilla quienes nos dicen que la Tentativa es un delito y no una parte del delito o bien es un delito propio.

SEXTA.- Debemos considerar que la tentativa implica un verdadero peligro para el bien jurídico tutelado y por tanto es un parámetro para valorar la introducción de nuevos artículos en nuestro Código Penal que regulen de manera más precisa éstas conductas.

SÉPTIMA.- La gravedad de la tentativa se encuentra en razón de la gravedad del delito no realizado, siendo la tentativa de homicidio la que merece una punición distinta y mayor de otros tipos de tentativa.

OCTAVA.- Por todo lo anterior es mi propuesta que se incremente la penalidad para la Tentativa de Homicidio y la creación e introducción de un artículo en nuestro Código Penal para el Distrito Federal que la regule en específico.

Glosario



A

- **Agente:** Aquel que realiza actos que pueden ser o son productores de efectos jurídicos.
- **Agravante:** Lo que toma más grave algún hecho o cosa. En Derecho Penal, cada una de las circunstancias agravantes.
- **Agresión:** En el sentido lato es toda acción contraria al derecho de otro; y en el sentido estricto, la acción o efecto de acometer, de atacar.
- **Alevosía:** Traición o perfidia. Según el Código Penal español: "Hay alevosía cuando el culpable comente cualquiera de los delitos contra la vida, empleando medios, modos o formas en la ejecución que tiendan directa y especialmente a asegurarla, sin riesgo para su persona que proceda de la defensa que pudiera hacer el ofendido". La alevosía es una circunstancia agravante en los delitos contra las personas. En el asesinato no se aprecia cual agravante genérica, sino como calificativa de dicho delito; lo propio que en el homicidio, por ella convertido en asesinato.

- **Antijuridicidad:** Elemento esencial del delito, cuya fórmula es el valor que se concede al fin perseguido por la acción criminal en contradicción con aquel otro garantizado por el Derecho.

C

- **Cadáver:** Restos del ser que ha perdido la vida. Cuerpo del hombre o de la mujer que ha muerto.
- **Condenado:** Sujeto contra quien se ha pronunciado sentencia, bien sea en asunto civil o en causa criminal.
- **Crímen:** Acción merecedora de la mayor repulsa y pena.
- **Crímen Capital:** El castigado con pena de muerte.
- **Criminalidad:** Calidad o circunstancia por la cual es criminal una acción. También, volumen total de infracciones o proporción en que se registran los crímenes en general, y las varias clases de crímenes en particular, en una sociedad o región determinada y durante cierto espacio de tiempo.

- **Cuerpo:** En el lenguaje jurídico esta palabra tienen varias acepciones; pero la que nos interesa se refiere a: La de aquello que es objeto o materia del delito.
- **Cuerpo del Delito:** Para ciertos autores no es sino la ejecución, la existencia, la realidad del delito mismo; mientras otros denominan así a la víctima o el instrumento material del delito, la cosa en que o con que se ha cometido un acto criminal, o en la cual existen señales de él; por ejemplo, el cadáver del asesinado, el arma con que se le hirió, etc.
- **Culpabilidad:** Calidad del culpable, de responsable de un mal o de un daño. Imputación de delito o falta, a quien resulta agente de uno u otra, para exigir la correspondiente responsabilidad, tanto civil como penal.
- **Culpable:** Responsable de un delito o falta. Por inexacta extensión, acusado o sospechoso.
- **Culposo:** Se refiere a la elección u omisión que está sancionada penalmente sin constituir delito doloso.

D

- **Delito:** Etimológicamente la palabra delito proviene del latín *delictum*, expresión también de un hecho antijurídico y doloso castigado con una pena. En general, culpa, crimen, quebrantamiento de la ley imperativa.
- **Dolo:** Constituye *dolo* la resolución libre y consciente de realizar voluntariamente una acción u omisión prevista y sancionada por la ley.

H

- **Homicidio:** Muerte dada por una persona a otra. Penalmente, el hecho de privar de la vida a otro hombre o mujer, procediendo con voluntad y malicia, sin circunstancia que excuse o legitime.
- **Homicidio Preterintencional:** La muerte causada a una persona por quien no se proponía inferirle mal de tanta gravedad. Tal es el caso del que, pretendió producir una intoxicación a otro, lo envenena; o el de quien, llevado por el exclusivo ánimo de herir o mutilar, alcanza un punto vital del cuerpo de la

víctima y le origina la muerte.

I

- **Idóneo:** Con aptitud legal para ciertos actos.
- **Ilícito:** Lo prohibido por la ley a causa de oponerse a la justicia, a la equidad, a la razón o a las buenas costumbres. Ilegal. Inmoral. Contrario a pacto obligatorio.

L

- **Lesión:** Herida, golpe u otro detrimento corporal.
- **Lícito:** Justo. Legal. Jurídico. Permitido. Razonable. Según justicia. De la calidad mandada. Moral.

P

- **Pasivo:** Sujeto que recibe la acción del agente, y no coopera con ella.
- **Pena:** Sanción previamente establecida por la ley, para quien comete un delito o falta, también especificados.

- **Pena Corporal:** La que recae sobre la persona o integridad física del delincuente; como la muerte y las antiguas de azotes y mutilaciones. Por extensión, la que restringe la libertad del reo o le impone especiales prestaciones; cual todas las privativas de libertad y la de trabajos forzados.
- **Punible:** Merecedor de castigo. Penado por la ley.
- **Punitivo:** Penal, sancionador. Concerniente al castigo.

S

- **Sujeto:** En el ámbito penal, el sujeto activo del delito hace referencia al autor, cómplice o encubridor; el delincuente en general.

T

- **Tentativa:** Intento. Principio de ejecución del delito.
- **Traición:** Deslealtad.

Bibliografía

- ALARCÓN, Donato G.,
La Muerte: Humanismo y Medicina. El Médico. México, mayo de 1979.
- ALLFELD, P.,
Der untaugliche Versuch, 1973.
- BONNET, Pablo,
Lecciones de Medicina Legal.
Ed. López Libreros, Buenos Aires, 1975.
- CARRANCA y Rivas, Raúl.
Derecho Penitenciario,
Ed. Porrúa, México.
- CASTELLANOS, Fernando,
Lineamientos Elementales de Derecho Penal,
Ed. Porrúa.
- CUELLO Calón, Eugenio,
Derecho Penal.
9a. edición, Ed. Nacional Mexicana.
- FERRER Sama,
Comentarios al Código Penal I,
(Sucesor de Nogués) Murcia 1946.
- GROIZARD, A./ Gómez de la Serna,
Código Penal de 1870, T. I, 1870
- GONZÁLEZ de la Vega, Francisco,
Derecho Penal Mexicano,
Ed. Porrúa. México.
- JESCHECK, Hans H.,
Tratado de Derecho Penal. Parte General (traducción de José Luis Manzanares Samaniego),
(4ª. Ed. Completamente corregida y ampliada. Comares) Granada 1993.
- JIMÉNEZ de Asúa,
Tratado VII,
(2ª ed. Losada) Buenos Aires 1977.
- MAGGIORE, Giuseppe,
Derecho Penal Vol. IV,
Editorial Temis Colombia, 1989.
- MOTO Salazar, Efraín,
Elementos de Derecho,
Editorial Porrúa, S.A. México, 1977.
- OSORIO y Nieto, Cesar Augusto.
El Homicidio,
Ed. Porrúa, 1992.
- PACHECO,
El Código Penal, Concordado y Comentado,
T. I, 1867.

- PAZ Otero, Gerardo,
El Trauma Tanatógeno. El Médico.
México, agosto de 1969.
- QUINTANO Ripollés, A.,
Comentarios al Código Penal,
2ª ed., 1966.
- RODRÍGUEZ Mourullo, Gonzalo/
Córdoba Roda,
Comentarios al Código Penal I, 1976.
- SIMONIN, Camilo,
Medicina Legal Judicial.
Ed. Jims, Barcelona, 1973.
- VIZMANOS, T. S.,/Álvarez Martínez, C.,
Comentarios al Código Penal,
T. I 2ª. Ed., 1853.
- ZIMMERL, L., Die
Tatbestandsmässigkeit des Versuch,
GS, 98 (1929).
- **Enciclopedia Jurídica Omeba,**
Tomo II, Editorial Bibliográfica Argentina,
Buenos Aires, Argentina, 1955.
- **Leyes Consultadas**
- **Código Penal Para El Distrito Federal,**
Edit. Sista, México, 2002.
- **Código Penal Federal,**
Edit. Sista, México, 2003.
- **Nuevo Código Penal Para El Distrito
Federal,**
Edit. Porrúa, 61ª Edición, México, 2003.
- **Legislación Penal Procesal,**
Edit. Sista, México, 2003.