

UNIVERSIDAD MICHOACANA DE SAN  
NICOLÁS DE HIDALGO  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO  
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

TESINA: LA TENTATIVA EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD

PARA OBTENER EL DIPLOMA EN ESPECIALIDAD EN  
DERECHO PENAL

LICENCIADO ÁLEX CHÁVEZ ROJAS

ASESOR: DOCTOR EN DERECHO MARIO ALBERTO GARCÍA  
HERRERA

O Q T G N K . ' O K E J Q C E f P ' L W N K Q ' F G N ' 4 2 2 :

# INTRODUCCIÓN

Este trabajo de investigación fue elegido por la inquietud que existe sobre la proliferación de los denominados delitos de peligro; siendo que en muchas ocasiones se da un adelantamiento extremo del derecho penal, originándose un crecimiento irracional cada vez mayor de éste; resultando todavía más alarmante que ahora se esté penando su tentativa, específicamente en los delitos contra la salud. Razón por la cual SE causó gran interés en observar la razón de dicha aplicación, ya que, además, aparecen interpretaciones del poder judicial en las que se legitima la punición de estos injustos; así como analizar si dicha interpretación es acorde y loable a la ley penal y a la doctrina; y así determinar si éstas son correctas, o si en cambio no existe un solo sentido, es decir, hay una polisemia. Para así establecer y visualizar la legitimidad de dicha punición y su sustento jurídico. Por todo lo anterior, sobra decir que la investigación resulta por demás inquietante y atractiva.

La investigación se inició al observar la necesidad de interpretar los textos jurídicos, a fin de dar sentido a la norma y, así establecer el contenido de los delitos contra la salud y su tentativa, por lo que al respecto el tema fue muy factible, ya que se contó con la información suficiente, lo cual arrojó interesantes resultados, comprobándose así la hipótesis planteada; pues se determinó que efectivamente los delitos contra la salud pertenecen a los delitos de peligro, analizándose también, sus clases, sus penalidades y el bien jurídico protegido. Para así determinar que actualmente la tentativa se está aplicando en el transporte y la venta, de los cuales se realizó el análisis jurídico penal.

De igual manera, se observó la teoría objetiva aplicable en el derecho Mexicano, así como las diversas teorías existentes en el derecho comparado de España y Argentina, determinándose que las teorías dominantes para la aplicación de la tentativa son la objetiva y la subjetiva, analizando además, los principios de proporcionalidad y lesividad, esto para determinar si la aplicación de la tentativa es

acorde, así como establecer qué tan justa resulta la aplicación de las penalidades actuales.

Para su mejor estudio y comprensión, el presente trabajo se estructuró y se realizó de acuerdo a la metodología correspondiente para los procesos de investigación, por lo que al cumplirse el mismo, se estableció un marco conceptual a efecto de conocer la significación adecuada del delito, la pena, el derecho penal, la tentativa, los delitos de peligro, el bien jurídico tutelado, la venta y el transporte, los delitos contra la salud, entre otros; de igual manera se plasmó la historia de la tentativa para así determinar como apareció ésta en la vida jurídica, observando su desarrollo a través del tiempo y así poder estipular su esencia y naturaleza. Al realizar la labor de indagación se expuso la normativa relativa a los delitos contra la salud, para lo cual se consultó la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Tratados Internacionales aplicables en el país, el Código Penal Federal, la Ley General de Salud, así como las Jurisprudencias y Tesis emitidas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por otra parte se incluyó un capítulo referente al derecho comparado, estudiando las legislaciones de España y Argentina en comparación con la de los Estados Unidos Mexicanos. Por último, se circunscribió un capítulo en el cual se analizó cómo se encuentra la aplicación de la tentativa en los delitos contra la salud en la actualidad, explicando y comprobando que dicha aplicación es errónea, también se examinó la penalidad en dichos ilícitos de conformidad con los principios de proporcionalidad y lesividad, así como la necesidad de la modificación del artículo 12 del Código Penal Federal; a fin de otorgar un beneficio a la sociedad y en concreto a las personas que se ven inmiscuidas en este tipo de injustos penales.

# ÍNDICE

	Pag.
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO PRIMERO	
ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO	
1.1. Definición Conceptual del Derecho Penal	1
1.2. Aspectos Conceptuales del Delito	7
1.3. Aspectos Generales de la Pena	10
1.4. Análisis Jurídico de la Tentativa	13
1.5. Aspectos Jurídicos-Penales de los Delitos de Peligro	15
1.6. La Salud Pública Como Bien Jurídico Tutelado	18
1.7. Definición Legal y Conceptual de Venta y Transporte	21
1.8. La Interpretación de la Ley en los Delitos Contra la Salud	23
CAPÍTULO SEGUNDO	
ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA TENTATIVA	
2.1. Antecedentes Históricos Generales de la Tentativa	28
2.2. Antecedentes de la Tentativa en el Sistema Jurídico Penal de los Estados Unidos Mexicanos	30
2.2.1. El Código Martínez de Castro de 1871	30
2.2.2. El Código de Almaráz de 1929	31

2.2.3. El Código Penal de 1931	32
2.2.3.1. Reforma de 1994 al artículo 12 del Código Penal Federal	34
2.3. Esencia Jurídica Penal de la Tentativa	35

## CAPÍTULO TERCERO

### NORMATIVIDAD JURÍDICA RELATIVA A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD

3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos	41
3.2. Tratados y Convenios Internacionales	42
3.3. Código Penal Federal	46
3.4. Ley General de Salud	49
3.5. Jurisprudencias y Tesis Penales Relativas a la Tentativa en los Delitos Contra la Salud	50

## CAPÍTULO CUARTO

### LA APLICACIÓN DE LA TENTATIVA EN OTRAS LEGISLACIONES

4.1. España	54
4.2. Argentina	56
4.3. México	60

## CAPÍTULO QUINTO

### LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN JURÍDICA CON LAS PENAS EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD

5.1. La Tentativa en los Delitos Contra la Salud y su Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Mexicano	62
5.2. Necesidad de la no Aplicación de la Tentativa en los Delitos Contra la Salud.	68
5.3. La Penalidad en los Delitos Contra la Salud, atendiendo	

a los Principios de Proporcionalidad y Lesividad	76
5.4. Modificación al Artículo 12 del Código Penal Federal	84
5.5. La Aplicación de Penas Proporcionadas y Justas en los Delitos Contra la Salud	89
CONCLUSIONES	94
PROPUESTAS	98
FUENTES DE INVESTIGACIÓN	100
ANEXOS	106

## CAPÍTULO PRIMERO

# ASPECTOS GENERALES DEL DERECHO PENAL EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO

### 1.1. Definición Conceptual del Derecho Penal

El derecho penal es el conjunto de normas jurídicas que fijan el poder sancionador y preventivo del Estado, en base a los conceptos establecidos en las leyes sancionadoras, en las que se establecen la responsabilidad del sujeto y pena.<sup>1</sup>

Etimológicamente “derecho” proviene del latín *directum* el cual deriva de *dirigiere* (enderezar, dirigir, encaminar), a su vez de *regere, rexi, rectum* (conducir rectamente, bien, guiar). El derecho penal debe de calificar o castigar conductas realmente importantes, es decir, relevantes, y que afecten bienes jurídicos, por que de no hacerlo, se observaría que lejos de establecer un orden social, se generaría un desorden social, como pudiera ser en la familia, al desahogar toda la fuerza del derecho penal, en penas indebidas o desproporcionadas, por lo que el derecho penal se aplica como una medida urgente, ya que es el arma más fuerte que tiene el Estado para controlar a la ciudadanía y ésta sólo se tiene que ocupar en caso de extrema necesidad, cuando es la última alternativa.

“Las leyes son las condiciones con que los hombres vagos e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra, y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. El complejo

---

<sup>1</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, “Diccionario de Derecho Procesal Penal”, P. 586.

de todas estas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Para evitar estas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles, que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre, cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes...”<sup>2</sup>.

También se dice que el derecho penal forma parte de los mecanismos sociales que tienen como fin obtener determinados comportamientos de forma particular. La materia punitiva viene a marcar sus fines declarando determinadas conductas como indeseables y amenazando en caso de su realización con sanciones en cierta forma graves, puesto que éstas son las más rigurosas que se conocen en el sistema social, ya que se considera que los comportamientos que castiga son en teoría los más intolerables, siendo en este sentido que el derecho en mención es un órgano de control social<sup>3</sup>.

El derecho penal es la rama del derecho público que establece los delitos, las penas y medidas de seguridad que a su vez son sancionados y por consecuencia vienen a conformar y afectar el sistema punitivo directa o indirectamente, marcando el punto de referencia que le está obligado al juzgador, quien a su vez deberá de interpretar las normas penales que ha de aplicar. Existiendo así un medio de control social por parte del Estado para crear y aplicar el derecho penal objetivo (*ius punendi*).

El derecho tiene como finalidad encauzar la conducta humana para hacer posible la vida común, manifestándose como un conjunto de normas que rigen la conducta externa de los hombres en sociedad, las cuales pueden imponerse a sus

---

<sup>2</sup> BECCARIA, “*Tratado de los Delitos y las Penas*”, pp 7-8.

<sup>3</sup> BACIGALUPO ZAPATERO, Enrique, “*Manual de Derecho Penal*”, pp. 1-2.

destinatarios mediante el empleo de la fuerza de que dispone el Estado, por estar facultado para ello. Se ha expresado que el derecho no es sino la sistematización del ejercicio del poder coactivo del Estado, más indudablemente la sistematización es inspirada en ideas del más alto valor ético y cultural para realizar su fin primordial, de carácter mediato, que viene a ser la paz y seguridad social<sup>4</sup>.

Todos los intereses que el derecho intenta proteger tienen una importancia incalculable, sin embargo, de entre ellos existen algunos cuya tutela debe ser asegurada a toda costa, por ser fundamentales en determinado tiempo y lugar para garantizar la supervivencia misma del orden social. Para lograr tal fin, el Estado está naturalmente facultado y obligado de allegarse los medios adecuados para garantizar la tutela de dichos bienes jurídicos, originándose así la necesidad y justificación del derecho penal que por su naturaleza esencialmente punitiva, es capaz de crear y conservar el orden social.

La expresión derecho penal, como afirma Maggiore, se aplica para designar tanto el conjunto de normas penales (ordenamiento jurídico penal), en cuanto a la ciencia del derecho penal, estimada como una rama del conocimiento humano, compuesta de un acervo de nociones jurídicas de naturaleza intelectual, definiéndolo como la rama del derecho público interno relativo a los delitos, a las penas y a las medidas de seguridad, que tiene por objetivo inmediato la creación y conservación del orden social<sup>5</sup>.

El derecho penal para su debida aplicación debe ser científico, razón por la cual éste debe estar basado en la sistematización, la interpretación y el desarrollo del derecho nacional vigente, siendo así necesario dedicarse con especial energía, además, a nuevos e irresueltos problemas planteados en el derecho material por el desarrollo social, científico y tecnológico<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> CASTELLANOS TENA, Fernando, “*Lineamientos Elementales del Derecho Penal*”, pp. 17-18.

<sup>5</sup> *Op. Cit.* pp. 18-20.

<sup>6</sup> ROXIN, Claus, “*La Teoría del Delito, en la Discusión Actual*”, P. 3.

“En el futuro, la ciencia penal no tendrá que limitarse, tal como lo ha hecho durante mucho tiempo y como en parte todavía lo hace hasta hoy, al Derecho positivo, a la *lex lata*, sino que tendrá que practicar una política criminal científica; esto es, independientemente del asesoramiento legislativo actual, tendrá que diseñar una y otra vez el Derecho penal del futuro y con ello poner en movimiento un continuo proceso de reformas. La ciencia penal tendrá también que proporcionar las bases científicas para un desarrollo penal supranacional; esto significa que para dentro de poco existirá: el Derecho penal europeo y el Derecho internacional penal”<sup>7</sup>.

Nos habla Claus Roxin que el derecho penal debe ser aplicado de manera científica, es decir, bajo un debido desarrollo dogmático penal buscando la exclusiva protección de bienes jurídicos, evitando que éste no sea irracional, yendo más allá al mencionar que el derecho punitivo además debe establecer estándares internacionales, realizando así el llamado derecho penal internacional, ya que con esto contribuiría a su mejor desarrollo nacional en dicha materia, para así evitar el rezago de ciertos países.

Es aquel conjunto de normas jurídicas que une ciertas y determinadas consecuencias jurídicas, en su mayoría reservadas a esta rama del derecho, a una conducta humana determinada, construyéndose así el delito. La consecuencia jurídica de mayor trascendencia es la pena; en todos los casos, ella afecta exclusivamente al autor de un delito que ha actuado culpablemente. Además de la pena, el derecho dispone de las medidas preventivas, sin carácter sancionatorio y condicionadas por la peligrosidad del autor, no por su culpabilidad; si el autor peligroso ha actuado culpablemente, el efecto de las medidas es complementario al de la pena; si, al contrario, el autor es incapaz de actuar culpablemente, las medidas reemplazan a la pena<sup>8</sup>.

El derecho penal constituye uno de los medios de control social existentes en

---

<sup>7</sup> *Op. Cit.*, pp 3-4.

<sup>8</sup> REINHART, Maurach, “*Derecho Penal, Parte General*”, p.4.

las sociedades actuales. La familia, la escuela, la profesión, los grupos sociales, son también medios de control social, pero poseen un carácter informal que los distingue de un medio de control jurídico altamente formalizado como es dicho orden jurídico. Como todo medio de control social, éste tiende a evitar determinados comportamientos sociales que se reputan indeseables, acudiendo para ello a la amenaza de imposición de distintas sanciones para el caso de que dichas conductas se realicen; pero éste se caracteriza por prever en principio las sanciones más graves: las penas y las medidas de seguridad, como forma de evitar comportamientos que juzga especialmente peligrosos (los delitos). Se trata de una forma de control social tan importante que ha sido monopolizada por el Estado y por consecuencia el ejercicio de un poder por parte del Estado, el cual se encuentra limitado por el principio de legalidad<sup>9</sup>.

Es un saber que busca una intencionalidad, porque siempre que se busca saber se persigue algún objetivo que en particular, no puede ser la mera curiosidad. El uso de la expresión derecho penal es equívoco: con frecuencia se le utiliza para emplear una parte del objeto de su saber, que es la ley penal. La imprecisión no es inocua, porque confunde a dicho derecho (discurso de los juristas) con la legislación (acto del poder político) y, por ende, derecho penal con poder punitivo, que son conceptos que es necesario separar<sup>10</sup>.

Es casi unánime la delimitación contemporánea del horizonte de proyección del derecho penal, centrado en la explicación de complejos normativos que habilitan una forma de coacción estatal, que es el poder punitivo, caracterizada por sanciones diferentes a las otras ramas del saber jurídico: las penas. En otro momento se sostuvo que la denominación derecho penal destacaba la priorización de la punición sobre la infracción, en tanto que derecho criminal indicaría el centro de interés opuesto<sup>11</sup>. Nos señala que el derecho penal no implica solamente lo que refiere la ley penal al sancionar los delitos, así como el poder del Estado para castigarlos, sino

---

<sup>9</sup> MIR PUIG, Santiago, *“Derecho Penal, Parte General”*, pp. 47-48.

<sup>10</sup> ZAFFARONI, Raúl Eugenio, *“Derecho Penal, Parte General”*, p. 3.

<sup>11</sup> *Op. Cit.*, p. 4.

también implica el conocimiento de la teoría del delito, teoría de la pena, teoría de la responsabilidad y así esto en conjunto es lo que podrá llamarse derecho penal.

Desde hace más de veinte años viene desarrollando Günter Jakobs un sugestivo sistema del derecho penal, que, sin rechazar por completo la influencia de Welzel, su maestro, se asienta, cada vez más decididamente, sobre fundamentos metódicos totalmente diferentes a los del finalismo, pese al principio en que éste ha de asegurar la vigencia de los valores positivos de acción ético-social, sus respectivos caminos se separaron desde ese punto por completo, propugnando por una renormativización de los conceptos jurídico-penales con el propósito de orientar a la función que corresponda al mismo. Como consecuencia de ello, no sólo sucede que los conceptos de culpabilidad y de acción, a los que la dogmática de la materia correspondiente ha atribuido siempre de forma expresa una esencia, o más vagamente, una estructura (lógica-objetiva, prejurídica), se convierte en conceptos de los que no se puede decir absolutamente nada, hacen referencia a la misma, sino que incluso el concepto de sujeto al que se imputa se muestra como un concepto funcional<sup>12 13</sup>.

En conclusión podemos afirmar de forma simple que el derecho tiene como finalidad primordial el guiar la conducta humana y así con esto buscar un equilibrio para la vida en común, y con esto buscar un orden social, por consecuencia para tal función el Estado crea la tipificación de delitos, penas y medidas de seguridad, señalando la forma en que se deberán de sancionar estos, buscando siempre proteger los bienes jurídicos más preciados para la sociedad, siendo esta su verdadera esencia de acuerdo a la realidad y necesidades de cada pueblo por ser considerados de valor incalculable, sin embargo, en la actualidad se observa un crecimiento irracional del derecho penal, con una creación cada día mayor de delitos concurriendo en un poder punitivo como lo menciona Zaffaroni, siendo como ya se observó, éste protege solamente bienes jurídicos de gran valor y por una lucha del

---

<sup>12</sup> JAKOBS, Günter, “*Estudios de Derecho Penal*”, pp. 17-18.

<sup>13</sup> Nos habla de la teoría objetivista, la cual es la teoría más reciente en el derecho penal.

legislador de cada vez protegerlos de una manera más eficaz, ha ingresado al catálogo de delitos, el crecimiento de los delitos de peligro sin realizar un debido análisis, y creando contrario a derecho un desorden social y desintegración familiar, teniendo como factor una criminalización. Ante este crecimiento desmesurado del derecho punitivo, de igual forma ha aparecido la penalización de los ilícitos de peligro en abstracto y en concreto, ya que en la actualidad se considera que no solo basta proteger la lesión de los bienes, sino también la protección de que éstos sean lesionados, apareciendo así con esto y bajo el mismo argumento la penalización de la tentativa, es decir, castigando los actos preparatorios materiales tendientes a cometer un delito, el cual no se produjo por causas ajenas al autor, lo que tiene como consecuencia una puesta en peligro del bien jurídico de ser lesionado.

## **1.2. Aspectos Conceptuales del Delito**

El delito es un acto sancionado por la ley con una pena, lo que es una definición errónea, ya que la punibilidad no es un elemento necesario o indispensable del delito, puesto que hay delitos que gozan de una excusa absolutoria y no por ello dejan de ser un delito, por lo que además no se adhiere solo a lo definido, ya que abundan las infracciones administrativas, disciplinarias o que revisten el carácter de meras faltas, los cuales se hayan sancionados por la ley con una pena, sin ser delitos, y no señala elementos de lo definido (esenciales o descriptivos), puesto que estar sancionado con una pena es un dato externo, usual en nuestro tiempo para la represión y por lo cual se podrá identificar el delito con más o menos aproximación; pero sin que sea inherente al mismo ni útil para definirlo<sup>14</sup>.

Definición legal de delito: es el acto u omisión que sanciona las leyes penales, esto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 7 del Código Penal del Estado de Michoacán, así como el diverso 7 del Código Penal Federal. La palabra delito deriva del verbo latino *delinquere*, que significa “abandonar, apartarse del buen

---

<sup>14</sup> VILLALOBOS, Ignacio, “*Derecho Penal Mexicano*”, pp. 201-202. Se esta de acuerdo con esta definición, ya que en la misma no se establece a la punibilidad como elemento del delito.

camino, alejarse del sendero señalado por la ley”. También se dice que es el crimen, culpa, quebrantamiento de la ley; acción u omisión voluntaria castigada por la ley como pena grave<sup>15</sup>.

Delito es un acto típicamente antijurídico, culpable, sometido a veces a condiciones objetivas de penalidad, imputable a un hombre y sometido a una sanción penal<sup>16</sup>.

Los autores han tratado en vano de producir una definición del delito con validez universal para todos los tiempos y lugares, una definición filosófica esencial. Como el delito está íntimamente ligado a la manera de ser de cada pueblo y a las necesidades de la época, los hechos que unas veces han tenido ese carácter, lo han perdido en función de situaciones diversas y, al contrario, acciones no delictuosas, han sido establecidas como delitos. A pesar de tales dificultades es posible caracterizar al delito jurídicamente, por medio de fórmulas generales determinadas de sus atributos esenciales<sup>17</sup>.

El delito es la conducta de un hombre, pero no todas las conductas son delitos y para distinguir las que son de las que no son, se señala: que son las conductas prohibidas a las que se les asocia una pena como consecuencia. Por lo tanto no obra delito cuando la conducta de un hombre no se adecúe a alguno de esos dispositivos.<sup>18</sup>

Algunos autores han definido al delito como “la conducta, típica, antijurídica y culpable”, sin embargo, existen otros autores que no opinan lo mismo como el caso de Gustavo Malo Camacho, quien toma como concepto de delito a la conducta típica, antijurídica y culpable y señala que éste es el concepto que sostiene una parte importante de la doctrina penal y del que se siguen a la vez, los conceptos de

---

<sup>15</sup> PALOMAR DE MIGUEL, Juan, “*Diccionario Para Juristas*”, p. 452.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco, “*Código Penal Comentado*”, p. 207.

<sup>17</sup> *Op. Cit.*, nota 4, pp. 124-127.

<sup>18</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 339.

atipicidad, antijuridicidad y culpabilidad<sup>19</sup>. Concepto con el cual se esta de acuerdo, ya que se considera al igual que éste, que la punibilidad no es elemento esencial del delito, ya que puede existir delito sin que exista penalidad, como en los casos que se aplica alguna excusa absolutoria, en los cuales efectivamente de forma indudable existe la realización de un delito, solamente que el Estado prescinde de aplicar la pena, ya que no lo considera necesario.

La acción humana es ejercicio de actividad final. La acción es, por tanto, un acontecer final y no solamente causal. La finalidad, o el carácter final de la acción, se basa en que el hombre, gracias a su saber causal, puede prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias posibles de sus conductas, asignarse, por tanto, fines diversos y dirigir su actividad, conforme a un plan, a la consecución de estos fines. Gracias a su saber causal previo puede dirigir sus diversos actos de modo que oriente el suceder causal externo a un fin y lo domine finalmente<sup>20 21</sup>.

Efectivamente el delito tiene necesariamente que ver con las necesidades de cada pueblo y a las necesidades de cada época, ya que deben de tomarse en cuenta los usos y costumbres de cada pueblo para determinar lo que puede ser un delito, aunque es de verse que en muchas ocasiones no se valoran adecuadamente éstos, ahora bien de acuerdo con las necesidades de la época, es menester señalar que de acuerdo al crecimiento de la delincuencia que existe en la actualidad, se ha tratado de frenar a ésta, ampliando cada vez más el catálogo de delitos, habiendo una proliferación cada vez más grande de los delitos de peligro.

Aparece que delito viene a ser la infracción hecha a la ley del Estado, promulgada con el fin de proteger la seguridad y el orden social de los ciudadanos, el cual necesariamente resulta de un acto u omisión, es decir, un hacer o dejar de hacer, moralmente imputable y socialmente dañoso; siendo el delito un acto contrario

---

<sup>19</sup> MALO CAMACHO, Gustavo, “*Derecho Penal Mexicano*”, p. 125.

<sup>20</sup> WELZEL, Hans, “*El Nuevo Sistema del Derecho Penal*”, pp. 41-42

<sup>21</sup> Esta teoría nos habla de la teoría finalista realizada precisamente por Hans Welzel, en la que nos habla que el delito depende de la finalidad de la acción, es decir, depende de un elemento subjetivo o la llamada intención que se tenía de cometer cierto hecho.

a derecho, por lo que la pena viene a ser la consecuencia lógica del delito para preservar el orden jurídico, pero debe de mencionarse que aún y cuando la pena es la consecuencia lógica del delito, ésta no constituye un elemento del delito como lo mencionan Zaffaroni e Ignacio Villalobos, ya que puede existir delito, sin que exista penalidad impuesta, cuando se aplica una causa absolutoria. Es importante referir lo que es delito, ya que precisamente en el delito es menester estudiar su vida o llamado el *iter criminis* y dentro de esta la tentativa, que es precisamente el tema que más adelante se determinara y así observar como la tentativa es parte del delito y más aún que la misma es castigada como si se hubiera consumado el hecho ilícito.

### **1.3. Aspectos Generales de la Pena**

La pena se puede definir como la sanción jurídica que se impone al declarado culpable del delito, en sentencia firme, y que tiene la particularidad de vulnerar de la manera más violenta los bienes de la vida.<sup>22</sup> Dentro del derecho penal la sanción que más daña a quien la sufre, es la pena; se le considera como la justa retribución del mal, del delito proporcionada al reo; esta idea de retribución exige que al mal del delito sobrevenga la aflicción de la pena, para la integración del orden jurídico violado.

Pena viene del latín *poena*, castigo impuesto por autoridad legítima al que ha cometido un delito o falta. Disminución de uno o más bienes jurídicos, impuesta por un órgano jurisdiccional al autor de un acto antijurídico<sup>23</sup>.

Queda fuera de su horizonte toda la coacción estatal que no responde a la función asignada y que, por arbitraria definición, no es punitiva aunque materialmente lo sea. Se confunde el poder punitivo con el poder punitivo a secas, porque no parte de un concepto básico de éste (Constitucional, Internacional o pre-legal) que le permita distinguir luego lo lícito de lo ilícito<sup>24</sup>. Como la función manifiesta se

---

<sup>22</sup> *Op. Cit.*, nota 1, p. 1262.

<sup>23</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 1156.

<sup>24</sup> *Op. Cit.*, nota 10, pp. 41-42.

considera positiva, el Estado tiene el deber de extenderla cuantas veces lo considere necesario o conveniente, por lo cual la función no sólo sirve para aplicar la pena y para deducir todo un derecho penal subjetivo, cuyo titular sería el propio Estado.

Esta función asignada traducida en un *ius punendi*, se emplea para indicarles a las agencias políticas hasta donde pueden echar mano de los elementos del Estado de policía. La pena es una coerción, que impone una privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones en curso, ni neutraliza los peligros inminentes<sup>25</sup>.

La pena siempre viene a ser una consecuencia necesaria del delito, es decir, en teoría si no hay delito no hay pena, teniendo siempre una naturaleza retributiva. La ley viene a prever hipótesis generales, pero siempre contiene el principio de individualización que se viene a reflejar, sobre todo, en los grados de culpabilidad y ser. Afirma que en esta individualización (dar a cada quien lo suyo) se encuentra el interés del derecho penal contemporáneo, siendo así cómo el proyecto general de punición se transforma de un hecho personal<sup>26</sup>.

La pena es una reacción al delito; se ha dicho que entre los más grandes factores criminógenos, está la propia prisión y los sustitutivos penales, por lo tanto en su mayoría son modalidades de prisión. Se tiene la idea que el fin de la pena cambia, pero no se cree que sea así, a pesar de lo que se argumenta acerca de la multa (netamente fin retributivo) como sustitutivo, pero como la decisión de imponer éste debe perseguir la readaptación del sujeto, se está seguro que no se desvirtúa ninguna finalidad<sup>27</sup>.

Aparece así la pena como una forma primitiva de castigar a quienes han causado un daño al grupo al que pertenecían; el castigo era ejemplar para el sujeto responsable que con su conducta había causado el malestar en el grupo, y la forma

---

<sup>25</sup> Ibidem, p. 43.

<sup>26</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Derecho Penal*”, pp. 87-88.

<sup>27</sup> MOLINO CAÑIZO, Elena, “*Criminalia, Derecho Penal y Pena*”, p. 53.

común de castigar era la eliminación del sujeto ya sea privándole de la vida o desterrándolo, el fundamento de este castigo era la venganza hacia el ofensor<sup>28</sup>.

El Estado emprendió su principal acción para hacer frente a quien alteraba el orden social imponiendo las penas. La idea primitiva era otra, puesto que únicamente existían las penas como medios para castigar al delincuente, y con el tiempo surgen las llamadas medidas de seguridad. Para Franz Von Liszt, la pena es el mal que el juez inflige al delincuente a causa del delito, para expresar la reprobación social con respecto al acto y al autor<sup>29</sup>.

La pena es parte de ese derecho subjetivo que tiene el Estado para aplicar el derecho penal, comenzando con el poder punitivo aplicado a través de la policía de acuerdo a lo que se establece como ilícito y que termina al ser penado por la ley. La pena es aplicada de manera forzosa y viene a ser una consecuencia del delito, por parte de un órgano jurisdiccional que implica la imposición de una pena de prisión o no; la primera consiste en la privación de la libertad deambulatoria, la suspensión de derechos electorales y la aplicación de multa, la cual no repara ni restituye al ofendido, ni tampoco detiene las lesiones realizadas o futuras, ya que cuando se aplica la pena, la lesión ya está hecha. Se puede decir que el derecho penal normalmente llega demasiado tarde, ya que ni neutraliza los peligros inminentes y menos tratándose de peligros en abstracto, por lo que no es adecuado que se le relacione la pena con un derecho de defensa, ya que el camino para reprimir el delito no es la pena, sino una adecuada política criminal; observando que en nuestro sistema penal Mexicano se encuentra sancionada la Tentativa de los delitos, pero apreciamos cómo dichas penalidades resultan ilógicas e inadecuadas, puesto que al parecer resulta lo mismo intentar matar, comenzar a matar y matar, ya que la pena mínima es la misma en cualquiera de los tres supuestos y aparece además que la pena se aplica para la tentativa en los delitos de peligro, concretamente en los delitos Contra la Salud, lo cual resulta inadecuado.

---

<sup>28</sup> RAMOS ARTEAGA, Elena, "*Criminalia, Las Penas y Medidas de Seguridad. El Sistema de la Doble Vía*", p. 63.

<sup>29</sup> *Op. Cit.*, pp. 63-64.

## 1.4. Análisis Jurídico de la Tentativa

Acción con que se intenta, prueba, experimenta o tantea una cosa. Principio de ejecución del mismo por medio de actos externos que no llegan a ser los suficientes para que se realice el hecho, sin que existiera desistimiento voluntario por parte del culpable<sup>30</sup>. Es una figura que nos habla de los delitos que no se consuman por causas ajenas a la voluntad del autor, pero que tienen una punibilidad, es decir, en este tipo de ilícitos lo que se castiga es la intención del autor de cometer un ilícito, mediante la realización de actos materiales necesarios e idóneos para cometer el injusto, lo que nos pone de manifiesto que con la conducta no se llega al resultado, sino solamente se pone en peligro al bien jurídico tutelado<sup>31</sup>.

Se refiere a aquel acto externo realizado con el fin de encaminarse a la realización de un tipo penal y sólo interesa distinguir en qué momento es punible. La tentativa es punible cuando en base a la proximidad o inmediatez de los actos efectuados, y refiriéndose a la ejecución de hechos (actos) encaminados directamente a la realización del delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.<sup>32 33</sup>

El Código Penal Federal nos habla del momento en que la tentativa es punible, esto es cuando no se trata solamente de un acto interno, sino cuando éste es externo, es decir, cuando se exterioriza la conducta con un fin delictivo y cuando ésta tiene la proximidad e inmediatez de los actos efectuados. Es la realización, por parte del sujeto activo de actos de ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se produce por causas ajenas a dicho sujeto.

---

<sup>30</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 1521.

<sup>31</sup> Esta viene a ser una definición real.

<sup>32</sup> *Op. Cit.*, nota 14, p. 456.

<sup>33</sup> Esta se refiere a una definición conceptual dado que se encuentra en la doctrina.

La tentativa existe por la ejecución incompleta de un delito. Para tener en consideración los actos de tentativa hay que tener en consideración sus elementos objetivos o materiales, pero teniendo también en consideración además, que los actos preparatorios no son suficientes para definir a la tentativa, pues en dichos actos preparatorios no existe todavía un comienzo punible por carecer de univocidad<sup>34 35</sup>.

La tentativa viene a ser la voluntaria puesta en peligro de forma típica de un bien jurídicamente tutelado. Algunos autores lo llaman como el *iter criminis*, entendida como camino hacia el delito<sup>36</sup>.

Es la realización por parte del sujeto activo de actos de ejecución tendientes a la realización de un delito, cuya consumación no se produce por causas ajenas a dicho sujeto, es lo que se entiende por tentativa. En ésta ya se aprecia un principio de ejecución, se penetra en el núcleo del tipo<sup>37</sup>. Se está de acuerdo con esta definición, ya que como se mencionó, efectivamente es cuando se empieza exteriorizar la voluntad del activo con actos de ejecución tendientes a la realización del tipo, por consecuencia no se castigará como tentativa aquellos actos internos donde todavía no se haya exteriorizado con actos ejecutivos la conducta de éste y además se necesita que exista un bien jurídico tutelado, ya que si no existe se podrá decir que la tentativa es de imposible realización, ejemplo cuando le disparamos a una sombra pensando que es una persona.

Se dice que la tentativa está presente cuando, con el objetivo de cometer un delito, ha comenzado alguien su ejecución por medios apropiados y no ha realizado todo lo que es necesario a la consumación del mismo, por causas independientes de su voluntad. Los delitos imperfectos se caracterizan y se diferencian por la parte subjetiva. Ejemplo: alguien dispara contra la víctima y causa una herida, ¿cómo se

---

<sup>34</sup> Es esta una definición real.

<sup>35</sup> GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, “*Tratado Sobre La Tentativa*”, pp. 37-38.

<sup>36</sup> *Op. Cit.*, pp. 38-40.

<sup>37</sup> OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, “*Delitos Contra La Salud*”, p, 16.

sabe si es homicidio frustrado o lesión? Ya que objetivamente es lo mismo. La diferencia radica en la intención del autor, esta intención va a ser la que permita diferenciar el delito y por ello es la parte central de los delitos de imperfecta realización. Esto sin embargo no quiere decir que en estos delitos no haya una parte objetiva, sí la hay<sup>38</sup>.

Resulta claro que lo que protege la tentativa es el peligro de lesión en que un sujeto determinado pone a un bien jurídico tutelado, esto es así, porque es claro que no es menester que dicho bien sea lesionado para que a un sujeto se le castigue su conducta como delictiva, sino que también se castiga la intención de cometer el delito, es decir, se castiga ese aspecto subjetivo y volitivo de querer cometer el delito, realizando actos materiales necesarios para el comienzo del delito y el cual no llega a concretarse, pero ante tal circunstancia aparece la aplicación de la tentativa en los delitos Contra la Salud, siendo que éstos son delitos de peligro y no de resultado, por lo que resulta la incógnita hasta que tanto es legítimo castigar la tentativa en los delitos de peligro.

### **1.5. Aspectos Jurídicos- Penales de los Delitos de Peligro**

El delito de peligro, es aquel cuya realización crea la posibilidad de ocasionar una lesión a un bien jurídico tutelado. El derecho penal no sanciona únicamente a los delitos que ocasionan lesiones efectivas a éstos, sino también se va a preocupar por las acciones que los ponen en peligro<sup>39</sup>. Cabe mencionar que el mismo suele aun incriminar ciertas acciones independientemente del hecho de que ellas constituyan real y efectivamente una lesión destructiva de un bien jurídico y hasta prescindiendo de que pongan en peligro en concreto ese bien. Las castiga en general porque tienen una idoneidad genérica para crear peligros y causar daños<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> [www//es.wikimedia.org/vwiki/tentativa](http://es.wikimedia.org/vwiki/tentativa), p. 1, 3 de marzo del 2008, 16:33.

<sup>39</sup> LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, “*Teoría del Delito*”, p. 59.

<sup>40</sup> Se les llama a estos delitos de peligro en abstracto porque en realidad no causan ningún peligro al bien jurídico, sino sólo se castigan debido a la calidad del objeto que se tiene, el cual se cree que dada su calidad, éste resulta

Existen delitos de peligro<sup>41</sup> en abstracto y en concreto y tradicionalmente se les ha llamado a los segundos, a los que el bien jurídico debe de haber sufrido un riesgo real de lesión y a los primeros en los que el peligro real no es necesario, en los de concreto, se debe demostrar el peligro concreto sufrido por el bien jurídico, mientras que en los de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción<sup>42</sup>. Siendo estos los llamados ilícitos formales.

El delito de peligro es aquel que solamente crea un riesgo para el bien jurídico cuya protección motiva el tipo legal<sup>43</sup>. Los delitos de peligro y de resultado pueden cometerse por culpa, mientras no se requiera para su realización precisamente el querer o consentir la situación típica que los caracteriza y basta una actitud mental o negligencia para llegar a ellos<sup>44 45</sup>.

Los delitos se clasifican de acuerdo a la forma en que afectan al bien jurídico: de lesión y de peligro y éstas a su vez, en delitos de peligro en abstracto y en concreto, los primeros son aquellos en los que basta con que la conducta importe un peligro ya de por sí, aún cuando el bien jurídico no haya sido lesionado con un resultado<sup>46</sup>. En cuanto a los delitos de peligro en concreto requieren que efectivamente se haya puesto en peligro al bien jurídico que pretende proteger la norma<sup>47</sup>, tener la certeza de que el daño se hubiere producido si no hubiere existido el factor que evitó su conclusión<sup>48 49</sup>.

---

idóneo para cometer ciertos ilícitos como en el caso de las armas de fuego, ya que éstas son idóneas para cometer delitos y su propia presencia parece ser que resulta un peligro dada su naturaleza.

<sup>41</sup> La palabra peligro proviene del latín *periculum*, que es la contingencia o riesgo inminente de que ocurra algún mal.

<sup>42</sup> *Op. Cit.*, nota 3, pp. 101-102.

<sup>43</sup> *Op. Cit.*, nota 14, pp. 240-241.

<sup>44</sup> *Ibidem*. P. 311.

<sup>45</sup> Por ejemplo encontramos los delitos relacionados con comunicación de noticias, secretos, planos etc., los algunos relacionados con la seguridad en las vías públicas.

<sup>46</sup> Por ejemplo portación y posesión de armas de fuego, conducir vehículo en estado de ebriedad, etc.

<sup>47</sup> Este tipo de delitos de peligro en concreto atiende a una teoría muy normativista, ya que lo único que ve es por el cumplimiento de la norma.

<sup>48</sup> Por ejemplo encontramos los delitos de disparo de arma de fuego, ataque peligroso, Contra la salud, etc.

Pero resulta que existe un problema respecto del saber cuando debe de intervenir el derecho penal, lo cual ha sido una crítica constante, así como la legitimidad de los delitos de peligro en abstracto, ya que se ha sostenido que para este tipo de delitos, lo que se tomará en cuenta es el desvalor de la acción más no del resultado y la ausencia de causas de justificación. Ahora bien, también se pretende comprobar la potencialidad del peligro y esto ya asemeja a los delitos de peligro en concreto<sup>50</sup>.

Así podemos decir que el delito de peligro es aquel que crea una posibilidad de lesionar un bien jurídico y que éstos se dividen en delitos de peligro en concreto y en abstracto, siendo los primeros aquellos en los que se crea un peligro real a un bien jurídico, es decir, es necesario comprobar que el bien jurídico se le esta ocasionando un peligro de ser lesionado, en cambio los segundos no se necesita comprobar que el bien jurídico corra peligro alguno, sino que bastará con que se realice la acción para que se tipifique la conducta, por lo que éstos se castigan no por el peligro en que ponen al bien jurídico, sino por la idoneidad de los objetos para ponerlos en peligro, por lo que es un peligro hipotético. Este tipo de delitos ha sido duramente cuestionado en cuanto a su legitimidad, ya que se trata, tal vez, de un adelantamiento extremo del derecho penal en los que muchas veces se castiga, ya ni siquiera por el peligro en que se ponga a un bien jurídico, sino por el peligro hipotético o con la sola presunción de que pudiera utilizarse algún objeto para en un futuro cometer algún ilícito, y los cuales, además, por si fuera poco, renuncian definitivamente al nexo causal, lo cual resulta una globalización cada vez mayor del derecho penal, pero esto de manera irracional y sin mediar una debida legitimación. Dentro de los delitos de peligro encontramos a los delitos Contra la Salud.

---

<sup>49</sup> BUSTOS RAMÍREZ, Juan, et al., "*Lecciones de Derecho Penal*", 107-110.

<sup>50</sup> Idem.

## 1.6. La Salud Pública Como Bien Jurídico Tutelado

En todos y cada uno de los delitos Contra la Salud el bien jurídico tutelado es la salud pública la cual se refiere al Estado sanitario en que se encuentra la población de un país, de una región o de una localidad<sup>51</sup>. También se le puede llamar como la salud de la sociedad y en este tipo de delitos se vienen a referir las modalidades que se pueden llevar a cabo en materia de narcóticos<sup>52</sup>.

“Por lo que hace al principio del bien jurídico, que es igualmente esencial de todo sistema penal en un Estado Democrático de derecho, él rige tanto a la actividad del juzgador como a la del legislador; se establece, por una parte, que en ningún caso deberá imponerse pena alguna, si no es por la realización de una conducta que haya lesionado o, por lo menos, puesto en peligro un determinado bien jurídico; premisa que, por otra parte, a nivel legislativo, exige al legislador que en sus regulaciones penales no deberá de prohibir u ordenar conductas si no existe de por medio un bien jurídico que proteger. Es decir, los tipos penales sólo se justifican en la medida que con él se trata de proteger un determinado bien jurídico. Por ello la consideración de bien jurídico constituye la razón de ser de los tipos penales y de todo el derecho penal”<sup>53</sup>. Resulta claro que la función del derecho penal consiste en la única y exclusiva protección de bienes jurídicos, sean individuales o colectivos, además que sólo se van a proteger los bienes jurídicos de más y fundamental importancia para el orden de la sociedad.

---

<sup>51</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 1415.

<sup>52</sup> Lo constituyen las sustancias que actúan sobre el sistema nervioso central, que alivian el dolor e inducen al sueño. Entre los narcóticos u opiáceos se incluyen: el opio y sus componentes activos, como la morfina, la heroína y la codeína. También se incluyen en este grupo, una cantidad de sustancias sintéticas con efectos morfínicos, tales como la petidina, la metadona y la normetadona. El artículo 193 del Código Penal Federal utiliza la palabra narcótico, como un término que abarca en general, todas las sustancias reglamentadas bajo el ámbito jurídico penal. “Programa Nacional Para el Control de Drogas” 1989-1994, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 30 de enero de 1992.

<sup>53</sup> MORENO HERNÁNDEZ, Moisés, “*Criminalia*”, pp. 173-174.

El bien jurídico de igual forma es la colectividad, es decir, no la salud de una persona en particular, sino la protección de la salud de la ciudadanía en general es pues la salud pública. Puesto que cuando existen situaciones de común que se dan en una multitud de hombres congregados en una sociedad estable, un derecho individual viene a convertirse en un derecho social común a todos ellos, porque efectivamente todos o un número determinado pueden necesitarlas o aprovecharlas.<sup>54</sup>

Hay diversos estudios que señalan que el bien jurídico tutelado en el delito contra la salud, relativo a las drogas, va más allá de la protección a la salud de la sociedad, puesto que el ataque va contra la humanidad, ya que se trata de un delito con dimensiones internacionales<sup>55</sup>. El autor en este supuesto nos está hablando del delito de narcotráfico, siendo específicamente en actividades de dimensiones internacionales en donde existen personas que se dedican a traficar con grandes cantidades de drogas para introducirlas a un país, así que sólo en estos supuestos se refiere a las dimensiones internacionales, ya que existen países que tienen un sustento económico con dicha actividad, como resulta con nuestro país o Colombia y que la distribución de droga es en grandes cantidades a otros países, siendo éste el supuesto a que se refiere.

La salud se ha definido de diversas maneras; así, la Real Academia de la Lengua Española la define como el estado en que el ser orgánico ejerce normalmente todas sus funciones. El Diccionario Médico Salvat nos dice que Salud es un estado de completo bienestar físico, mental y social; no consiste solamente en la ausencia de enfermedad o dolencia<sup>56</sup>. La medida de la salud no es la utópica ausencia de toda enfermedad, sino la capacidad de desenvolverse con eficiencia dentro de cierto ambiente<sup>57</sup>. Es el estado sanitario de la población, tiene un contenido sociológico, educativo, laboral, económico, jurídico, moral y hasta religioso, por lo

---

<sup>54</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, “*Drogas Análisis Jurídico del Delito Contra la Salud*”, p. 278.

<sup>55</sup> *Op. Cit.*, p. 279.

<sup>56</sup> Citados por *Op. Cit.*, nota 37, p.23,

<sup>57</sup> Se refiere a la salud individual.

que no es concepto meramente médico.

La punibilidad de la posesión de sustancias estupefacientes<sup>58</sup> viene a proteger los bienes jurídicos, ante todo la salud, de los otros consumidores, que podría verse perjudicada por el propio consumo. Este objeto de protección penal es ilegítimo, tanto penalmente como desde el punto de vista constitucional. Una concepción de bien jurídico basada en la libertad del ciudadano no puede separar la idea de bien de la facultad de disposición que sobre éste tiene el titular del mismo<sup>59</sup>. A un derecho penal que vincula su legitimación a la vulneración de derechos subjetivos, la diferencia entre la violación de derechos ajenos y la disposición, irrelevante para el derecho penal, sobre los propios derechos, era algo que conceptualmente le venía impuesto. La interpretación constitucional absolutamente mayoritaria afirma la existencia de un derecho fundamental a la autopuesta en peligro de acuerdo con el art. 2º apartado 1.GG: El consumo de estupefacientes, como cualquier otra actividad de autopuesta en peligro, constituye una forma de ejercicio de la libertad protegida como derecho fundamental<sup>60</sup>.

Así se puede determinar que la salud pública viene a abarcar toda la colectividad de un país, a la que puede decirse que existe un bienestar físico, mental y social, por lo tanto, se encuentra saludable, siendo un tanto criticable en el sentido que los delitos contra la salud pongan en peligro a la salud pública, ya que como lo mencionó el anterior autor lo único que se pone en peligro es la propia salud del poseedor y no puede determinarse que también se ponga en peligro a la salud de terceros, en tanto no se haya transmitido esa posesión y aun así sería la propia

---

<sup>58</sup> Sustancia capaz de influir en la actividad psíquica de un individuo y cuyo uso continuado puede generar una toxicomanía, el término estupefaciente comprende a los psicotrópicos y demás sustancias susceptibles de producir dependencia psíquica o física. En general las leyes ponen en manos del poder ejecutivo de cada estado la confección y actualización periódica de las listas de dichas drogas. Así, periódicamente, conforme a los estudios de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes de las Naciones Unidas, los gobiernos incorporan las drogas consignadas en anexos, actualizadas en las nominas de estupefacientes (listas I, II, III y IV). TOMÁS ESCOBAR, Raúl, *“Diccionario de Drogas Peligrosas”*, pp. 138-139.

<sup>59</sup> En harás de esa libertad personal, países como Holanda han legitimado la posesión de ciertas drogas como la marihuana, ya que señalan que en el supuesto de la posesión y consumo existe un bien jurídico individual y no colectivo y por lo tanto sólo se ejerce la libertad personal, así como en todo caso una auto puesta en peligro.

<sup>60</sup> *“La Insostenible Situación del Derecho Penal”*, Instituto de Ciencias Penales de Frankfurt, pp. 74-75.

libertad del nuevo poseedor para poner en peligro de forma particular el bien jurídico; situación que ocurre con todos los poseedores quienes ellos mismos realizan la autopuesta en peligro, por lo que no existe un peligro para la sociedad en la posesión de estupefacientes, sino únicamente en lo particular de cada persona, a quien se le imponen penas elevadas regularmente por exponer su libertad de autoponer en peligro su salud individual, lo cual en nada afecta a la sociedad en general.

## 1.7. Definición de Venta y Transporte

Transportar (lat. *transportare*), llevar una cosa de un paraje o lugar a otro. Llevar de una parte a otra por el porte o precio convenido<sup>61</sup>.

Por transportar se entiende el traslado de algo, en este caso narcóticos de un lugar a otro y este transporte es de un punto a otro del territorio nacional<sup>62</sup>.

La modalidad de transportación para efectos del delito contra la salud, debe de ser entendida como el llevar la droga de un lugar a otro distinto, y con finalidad diferente a la simple posesión. Por lo que el simple traslado de la droga de un lugar a otro no constituye la modalidad en comento, pues aunque literalmente al llevar la sustancia de un sitio a otro distinto hay transporte, desde el punto de vista penal y para los efectos del delito contra la salud, que haya una finalidad distinta de la simple posesión, y que el traslado sea a lugares distintos, esto es por ejemplo del campo donde se compró la marihuana a la ciudad donde se ha de entregar el estupefaciente, o donde se ha de procesar, empaquetar o acondicionar éste, aunque no se entregue a terceros. El hecho de mover la droga en el mismo domicilio donde se encuentra no es transportación; el que alguien la coseche y la lleve a su domicilio o al lugar donde la va a consumir no está ante la modalidad de transportación, por lo tanto el elemento distancia no es determinante para establecer la transportación, ni tampoco es indispensable que la droga llegue a su destino final para que se tenga

---

<sup>61</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 1564.

<sup>62</sup> *Op. Cit.*, nota 37, p. 43.

por considerada la transportación, ya que ésta significa movimiento y hacerlo de su lugar de origen en camino, ya está adecuándose la conducta al tipo<sup>63</sup>.

El transportar es llevar de un lugar geográfico a otro un narcótico, con un fin distinto de la posesión, puesto que sin este elemento no es factible que se de la transportación, como se observa además debe de ser el transporte de un lugar geográfico a otro distinto. Siendo de igual forma determinante que la transportación se haga con un fin distinto que el de la posesión ya que si no es con otro fin no se podrá dar el transporte, así por ejemplo tenemos el caso en el que un chofer de autobús es adicto a la cocaína y por consecuencia trae consigo cocaína para su consumo y la lleva de un lugar geográfico a otro distinto, no obstante dicho traslado no implica que la haya transportado ya que la finalidad era la posesión y no otra conducta.

En cuanto a la venta ésta es: (lat. *vendita*, pl. *de venditum*; *de vendere*, *vender*), acción y efecto de vender. Acto en que se ofrecen en venta una o más cosas, presentes o no. Contrato por el cual se transfiere una cosa propia a domicilio ajeno por el precio<sup>64</sup>. Es comerciar o la trasmisión de la propiedad de una cosa o derecho por su propietario, mediante un precio en dinero<sup>65</sup>. El Código Civil habla del contrato de compra venta y en su artículo 2248 señala: habrá compra-venta cuando uno de los contratantes se obliga a transferir la propiedad de una cosa o de un derecho y el otro, a su vez se obliga a pagar por ellos un precio cierto y en dinero. Para los efectos de la modalidad de venta del delito contra la salud, será el transmitir la propiedad de la droga por un precio cierto y en dinero<sup>66</sup>. La compraventa, se define como el contrato por virtud del cual una parte llamada vendedor, transmite la

---

<sup>63</sup> *Op. Cit.*, nota 54, pp. 351-352.

<sup>64</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 1616.

<sup>65</sup> *Op. Cit.*, nota 37, p. 23.

<sup>66</sup> *Op. Cit.*, nota 54, p. 370.

propiedad de una cosa o de un derecho a otra, llamada comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero<sup>67</sup>.

La compra venta es el acuerdo de voluntades mediante el cual un sujeto llamado vendedor, transmite la propiedad de alguna droga, a otra llamada comprador, teniendo como mediación el pago de un precio cierto y en dinero. Señalándose que para que se de el delito contra la salud en su modalidad de venta tiene que haberse establecido con antelación el acuerdo de voluntades, ya que si no existe éste no habrá compraventa.

## **1.8. La interpretación de la Ley en los Delitos Contra la Salud**

La interpretación de la ley tiene que ver con la hermenéutica, la cual, proviene del griego *hermeneutiké* de *hermeneutikós*, siendo el arte de interpretar textos para fijar su verdadero sentido. La hermenéutica del derecho, es el arte de interpretar las normas de este<sup>68</sup>.

Algunos lo han definido como la filosofía de la comunicación social. Para otros se trata de una filosofía de la interpretación. Todo hablar es finito en la medida de que en él yace la infinitud de un sentido por desplegar e interpretar. Tal es el carácter especulativo del lenguaje. La idea de horizonte hace posible entender el carácter hermenéutico de todo lenguaje concreto y de nuestra relación con el tiempo<sup>69</sup>.

Habermas señala: La comprensión hermenéutica es una interpretación de textos que supone contenidos ya entendidos; conduciendo a nuevos procesos de formación desde el horizonte de unos ya cumplidos<sup>70</sup>.

---

<sup>67</sup> ROJINA VILLEGAS, Rafael. “*Compendio de Derecho Civil, Contratos*”, p. 49.

<sup>68</sup> *Op. Cit.*, nota 15, p. 766.

<sup>69</sup> SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, “*Posmodernidad, Hermenéutica y Educación*”, pp. 81-85.

<sup>70</sup> Citado por: *Op. Cit.*, p. 86.

La hermenéutica está vinculada a la modernidad en lo que representa el término de una interpretación sobre la realidad en general, caracterizada por el nihilismo, esto es, por el hecho de que el mundo se haya convertido en una fábula<sup>71</sup>.

La hermenéutica se ha encargado de interpretar a la palabra sin agotarla, respetando su permanente reserva de significación, esto es, haciendo posible la alteridad en cuanto tal y como diálogo con la tradición. Uno de sus presupuestos centrales lo constituye la caracterización heideggeriana del *dasein*, o “ser-ahí”, definido como comprensión, esto es que existir o ser en el mundo equivale a tener originalmente intimidad con una totalidad de significados. Es en el mundo de la significación que aparece el de los objetos, en todas sus aperturas o posibilidades y usos humanos. Dicho de otra manera, sólo existen cosas en el mundo si antes existen significaciones o sentidos que las hagan aparecer<sup>72</sup>.

Gadamer vincula el problema de la hermenéutica con el de la historicidad de la comprensión, sobretodo la realiza en los textos, y en donde tiene cabida una valoración esencial de los llamados prejuicios, pre-comprensiones u opiniones. Quien quiere comprender un texto realiza siempre un proyectar: tan pronto como aparece en el texto un primer sentido, el intérprete proyecta enseguida un sentido del todo. Comprender o interpretar un texto consiste entonces en un constante re proyectar. La comprensión ocurre cuando nuestras preconcepciones pierden, a través del re proyectar, su carácter arbitrario. Así, en la comprensión debemos dejarnos llevar por el texto o las cosas, de forma que nuestros prejuicios puedan ser corregidos. El primer paso para comprender consiste entonces en realizar una crítica a nuestras pre-comprensiones de las cosas, ya que no se puede penetrar de manera libre en ellas. Los prejuicios de un individuos son, mucho más que sus juicios, la realidad histórica de su ser<sup>73</sup>. Ese aspecto histórico señalado de interpretación ha venido a comprender que la tentativa en los delitos de peligro y concretamente en los delitos

---

<sup>71</sup> Ibidem., p 145.

<sup>72</sup> SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, “*Ensayos Sobre Hermenéutica (Ética y Literatura)*”, p. 12.

<sup>73</sup> Cita por: *Op. Cit.*, p. 14.

Contra la Salud sea punible, siendo ésta una interpretación y por consecuencia un entendimiento equívoco de lo que es la tentativa, así como de los delitos de peligro.

En todo momento se da la interpretación, así como en toda circunstancia el hombre comprende, en esa medida interpreta, por lo que en general decimos que hablamos, comprendemos y razonamos en todo momento realizando interpretación, ya que esto es un aspecto relativo a la vida humana y por lo tanto se vuelve esencial en la misma. El hombre tiene una necesidad imperante de estar en todo momento explorando el mundo y por lo tanto sus posibilidades, lo que significa que a todo momento se está interpretando con el fin de conocer eso que se explora.

La filosofía hermenéutica es antipositivista y anticientificista, en el sentido de que no acepta como único criterio de verdad el de la ciencia positiva (la confirmación o la falsación en el mundo de lo humano), esto es, en las acciones que requieren ser comprendidas, donde el sujeto forma parte del propio proceso de conocimiento; por lo que se trata de un conocimiento valorativo, aunque no por ello arbitrario, es decir, privado de criterios de objetividad. Interpretar-comprender, requiere que el sujeto, el intérprete, este situado en una determinada perspectiva, que no puede ser la del que contempla una realidad<sup>74</sup>.

De acuerdo a lo mencionado, no obstante que se renuncia a la cientificidad en cierta forma, por supuesto que la interpretación debe de tener algo de científico para que esta sea objetiva y acorde a una realidad aplicada.

De acuerdo a Gadamer la hermenéutica se presenta como una metodología para interpretar textos. Presentándose como la experiencia de encontrarnos ante la totalidad del mundo como el espacio vivencial de la existencia humana y su comprensión posible. La hermenéutica jurídica derivada de su concepción general de hermenéutica, se propone describir el acto de interpretar y aplicar el derecho como una experiencia personal del lenguaje y del diálogo que construye la verdad

---

<sup>74</sup> ATIENZA, Manuel, "*Cuestiones Judiciales*", pp. 105-106.

temporal del texto, dejando de lado la verdad histórica del texto o la verdad del legislador<sup>75</sup>.

Es el arte y ciencia de interpretar textos, entendiendo por textos aquellos que van más allá de la palabra y el enunciado. Ésta interviene donde no hay un solo sentido, es decir, donde hay polisemia<sup>76</sup>.

Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicados, atendiendo fundamentalmente el espíritu y finalidad de aquéllas<sup>77</sup>.

Digamos que la interpretación es algo que se ha dado relativamente en los últimos tiempos, ya que esto comenzó debido a la interpretación que hiciera Santo Tomas de Aquino de la Biblia y ahora desde entonces todo se interpreta y se le busca un sentido, trayendo esto sus beneficios, aunque también ha traído diversos problemas por la pluralidad de interpretaciones y la falta de objetividad al realizarlas.

En relación a lo analizado, lo que nos interesa en el tema es la interpretación jurídica, ya que para que una norma sea aplicada se requiere precisamente el comprender el texto y por lo tanto interpretarla en todo caso, y no sólo donde existan lagunas de ley. Se puede decir que el objeto de la interpretación pudiera ser el texto normativo, mientras que el objetivo sería precisamente la comprensión del texto.

Apareciendo un problema de interpretación de la tentativa, esto concretamente al aplicarlo a los delitos contra la salud, así que se trata de una interpretación judicial, la que nos pone en problemas, ya que actualmente los criterios de la corte han determinado al interpretar esta figura la posibilidad de aplicar penas en los delitos de Transporte y Venta de Drogas, siendo ésta una interpretación errónea, ya que si se

---

<sup>75</sup> Citado por: RIBEIRO TORAL, Gerardo. *“Teoría de la Argumentación Jurídica”*, pp. 227-228.

<sup>76</sup> BEUCHOT, Mauricio, *“Tratado de Hermenéutica Analógica”*, p. 15.

<sup>77</sup> SAAVEDRA, Modesto, *“Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica”*, p. 17.

realiza una interpretación extensiva, se puede determinar que la tentativa no se puede aplicar a delitos de peligro, así que por consecuencia al tratarse los ilícitos señalados como de peligro, no resulta jurídicamente su punición.

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ANTECEDENTES HISTÓRICOS Y JURÍDICOS DE LA TENTATIVA

#### 2.1. Antecedentes Históricos Generales de la Tentativa

En el derecho Romano no se desarrolló un concepto de la tentativa, por lo que la sancionaba sin conocer su naturaleza jurídica, de ahí que lo mismo hubiera sancionado los actos preparatorios que la tentativa, además ésta sancionó con la pena aplicable al delito consumado<sup>78</sup>. Así que no obstante que aparecen indicios de la punición de la tentativa, no se especifica todavía como tal.

Von Litz<sup>79</sup> citando a Mommsen, expresa que entre los romanos faltó el concepto y la palabra técnica de tentativa, no obstante lo cual, algunos actos concretos de tentativa y de preparación si se observaban sancionados como delito consumado, dicha figura sólo se conoció y se reglamentó en épocas posteriores en relación con determinados delitos, como el parricidio. En el digesto Ulpiano informa que en los delitos se atiende a la voluntad y no al resultado.

La doctrina del *iter criminis*. Parece encontrar su origen por<sup>80</sup> Alberto Gandino en 1962, en el *tractatus de malefisiis*, siendo tal vez el más antiguo del derecho criminal, el cual además contempla otras máximas de derecho.

Aparece de forma más clara en el derecho Italiano de la edad media, ya que según la doctrina hubo avances importantes en materia de tentativa, considerándose el desistimiento de la tentativa y la tentativa en el delito imposible, bajo la denominación de tentativa inidónea. Además la doctrina influyó para que se castigara distinto al delito consumado, es decir, con pena menor, en donde se infiere que ese

---

<sup>78</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 2

<sup>79</sup> Citado por MALO CAMACHO, Gustavo, “*Tentativa del Delito*”, p.39.

<sup>80</sup> *Op. Cit.*, p. 41.

derecho distinguió los grados del delito<sup>81</sup>.

Este derecho tiene más en claro la tentativa, ya que la describe como una proyección hacia el delito no terminada, y se castiga levemente. Se toma en cuenta de igual forma la tentativa inidónea o su desistimiento, castigándose el peligro de que el bien jurídico sea lesionado o puesto en peligro.

La tentativa en el siglo XIX evolucionó de manera importante considerando el problema de la tentativa inidónea y se generalizó al criterio de disminuir la penalidad para la tentativa respecto de la consumación, sólo con algunas excepciones. Feuerbach fue el primer en plantear el problema de la tentativa inidónea en el año de 1804, apareciendo como base de la pena la peligrosidad objetiva<sup>82</sup>.

La nueva recopilación, cuyas leyes se aplicaron en la época colonial, no contenía idea expresa sobre tentativa y aún cuando no distinguió los grados del delito sancionó actos preparatorios, como la portación de armas y facultó a las autoridades jurisdiccionales para que integraran causas o pleitos criminales en casos particulares. La novísima recopilación no presentó una idea clara de la tentativa, sancionando algunas veces los actos preparatorios, por lo que puede afirmarse que no se distinguieron los grados del delito, por ejemplo señalaba: “pena del que saque, dispare arma de fuego, o tire con ballesta en ruido o pelea, aunque no mate”<sup>83</sup>.

La Novísima Recopilación en la ley 1, título 22 del Ordenamiento de Alcalá se refería: “Acaece algunas veces, que algunos hombres están acechando para herir o matar a otro y hacen habla o consejo para ello, y hieren a aquellos a quienes están acechando y atendiendo para herir o matar, sobre que fue hecho el consejo o el habla; y estos tales deben haber mayor pena que los que hieren en pelea”<sup>84</sup>.

Es claro que en la nueva y novísima recopilación lo que se intentaba

---

<sup>81</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 2.

<sup>82</sup> *Ibidem.*, p.p. 5-6.

<sup>83</sup> *Ibidem.*, p.p. 7-9.

<sup>84</sup> *Op. Cit.*, nota 79, p. 40.

establecer era la protección de la lesión o la puesta en peligro futura de bienes jurídicos. Particularmente parece ser que intentaba proteger la vida y la integridad corporal, concretamente los delitos de homicidio y lesiones, que en origen son los delitos en los que se presenta la tentativa.

## **2.2. Antecedentes de la tentativa en los Estados Unidos Mexicanos**

El primer antecedente en México, fue en el Código Penal de Veracruz de 1835, siguió el ejemplo del Código de Napoleón, ya que consagró en el tipo de la tentativa el principio de ejecución, por lo tanto consideró como tentativa los actos preparatorios, además equiparó la pena de la tentativa acabada a la del delito consumado, lo cual resulta criticable<sup>85</sup>.

Dicho Código tiene el mismo problema que el Código de Napoleón puesto que sanciona los actos preparatorios, además que las penas resultaban tal cual si se hubiera ejecutado el delito. Sin embargo, por ejemplo éste ya considera el principio de ejecución o comienzo de ejecución, pero de esta norma también se desprende que el delito intentado es considerado como delito ejecutado, ya que bastaba con el comienzo de ejecución para castigar el delito.

### **2.2.1 El Código Martínez de Castro de 1871**

Éste distinguió los grados del delito presentando como novedad el delito intentado<sup>86</sup>. Establece el delito intentado... grado que el legislador entre el conato (ejecución inconsumada, artículo 19) y del delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, artículo 20) y que se justificó con la diferente peligrosidad acreditada<sup>87</sup>.

---

<sup>85</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 10.

<sup>86</sup> Se refiere a la tentativa del delito imposible

<sup>87</sup> *Op. Cit.*, nota 35, pp. 11-12.

Distinguió en el desarrollo del *Iter Criminis* cuatro grados sujetos a pena (artículo 18): I. Conato; II, El Delito Intentado; III. El Delito Frustrado; El Delito Consumado. Tiene mérito al establecer una distinción entre delito intentado y delito frustrado, así como cuando hace referencia al delito imposible<sup>88</sup>.

Resulta claro que el Código Martínez de Castro establece como fundamento de la tentativa la peligrosidad del sujeto para que éste lesione bienes jurídicos o bien los ponga en peligro, siendo que lo que se trataba de evitar era la ejecución de hechos delictivos o bien, el peligro.

### **2.2.2. El Código de Almaráz de 1929**

Dicho Código presentó deficiencias de redacción y estructura, por lo que se dificultó su aplicación práctica, teniendo sólo una vigencia de dos años<sup>89</sup>.

Trató de modificarse el derecho penal, para estatuir al positivismo, el código señaló en el artículo 21: Existe tentativa, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza en un comienzo de ejecución o inejecución o por todos los actos u omisiones que deberían de producir el delito, si la conducta se interrumpe o el resultado no acaece por causas ajenas a la voluntad del agente.

El artículo 12 antes de la reforma de 1931, de acuerdo a los criterios jurisprudenciales citados Rafael de Pina<sup>90</sup>, señalaba: para que la tentativa sea punible como tal, se refiere a que el delito sea procurado de modo directo, es decir, en una relación subjetiva y a la vez objetiva que no pueda conducir de modo normal a otro resultado que al propuesto, lo cual significa que, debe probarse que los actos ejecutados por el agente debieron tener como efecto necesario o, por lo menos, muy probable, la consecuencia del fin requerido.

Una aparente mejoría con el texto anterior al establecer el aspecto objetivo

---

<sup>88</sup> *Op. Cit.*, nota 79, p. 42.

<sup>89</sup> El Código de Almaraz fue tomado del Código Penal Italiano, realizado por Enrico Ferri.

<sup>90</sup> Citado por: *Op. Cit.*, nota 35, pp. 14-15.

como inicio de ejecución, pero al hacerlo confundió el texto, ya que aceptaba el inicio de ejecución o incluía el criterio de idoneidad de los actos y de su dirección unívoca. Si bien el legislador intentó delimitar en ambos conceptos con mayor intensidad el criterio de inicio de la ejecución como punto de partida de la tentativa punible, en realidad sólo logró confundir más un problema, ya que se adopta el criterio de inicio de ejecución y entonces resultan invalidados los otros factores, o se acepta el doble criterio referido, en cuyo caso, al menos en principio, resulta sustituido el inicio de la ejecución de los actos, o el mismo es informado exclusivamente como referencia de un criterio objetivo sobre el cual deben desarrollarse los dos factores indicados<sup>91</sup>.

### **2.2.3. El Código Penal de 1931**

En su artículo 12 establece: la tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se ejecuta por causas ajenas a la voluntad del agente.

El criterio cronológico de temporalidad en nada alcanza a aclarar la naturaleza del delito tentado, y por lo referente a la dirección, que se estima debe ser entendida como unívoca; tampoco se presenta como elemento suficiente para determinar su naturaleza. Se hace necesario buscar nuevos elementos para determinar e investigar la misma, y así tratar de encontrar un criterio suficientemente válido para individualizar la tentativa punible<sup>92</sup>.

Se considera que en dicha redacción no deben estar incluidos los actos preparatorios, ni la tentativa imposible del delito putativo. Estableciendo que los jueces a la hora de establecer la pena, tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado la ejecución del delito.

Para que la tentativa sea punible como se requiere, para que el delito a que se refiere sea procurado de un modo directo, es decir, en una relación subjetiva y a la

---

<sup>91</sup> *Op. Cit.*, nota 79, pp 46-47.

<sup>92</sup> *Ibidem.*, p. 48.

vez objetiva que no pueda concluir de modo normal a otro resultado que el propuesto, lo cual significa que debe probarse que los actos ejecutados por el agente debieron tener como efecto necesario o, por lo menos, muy probable, la consecuencia del fin requerido<sup>93</sup>.

Dentro del artículo 12, además del antiguo grado de frustración, cabe el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito, y también ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen. Nótese que, por su equivocidad, los actos de pura preparación quedan excluidos de la represión penal, salvo que en sí mismo constituyan delito típico; ejemplo portación de armas<sup>94</sup>.

La idoneidad concreta de la acción es supuesto de la tentativa, no puede agredirse el bien tutelado sino cuando causalmente se pone en peligro y si la acción le falta la potencia causal, el acto será de un sujeto peligroso o no peligroso, pero no apto que penetre en el núcleo del tipo. Esta ausencia de aptitud causal es atipicidad, como la preparación<sup>95</sup>.

El proceso ejecutivo del delito prosigue Pavón Vasconcelos<sup>96</sup> tiende a la modificación de un estado de hecho que habrá de traducirse, al llegarse a la consumación en la lesión o al daño efectivo y real de un interés tutelado por la norma violada. En la tentativa, la inconsumación del delito impide la lesión o el daño querido por el agente, pero crea un peligro real y efectivo para el bien jurídico.

Se aprecia claramente que la noción de peligro es fundamental para la aplicación de la pena en la tentativa, por lo tanto existe imposibilidad absoluta si no hay causación de daño o puesta en peligro del bien jurídico.

---

<sup>93</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 15.

<sup>94</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>95</sup> *Ibidem*, p. 20.

<sup>96</sup> Citado por: *Ibidem*, p. 22.

**2.2.3.1. Reforma de 1994 al artículo 12 del Código Penal Federal.** El 10 de Enero de 1994 fue publicada la última reforma del artículo 12, quedando como sigue: Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

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

El artículo abarca tanto a la tentativa acabada como a la inacabada; por otra parte se regula el desistimiento y el arrepentimiento activo.

La reforma enuncia que los actos ejecutivos deben producir el resultado. Lógicamente que partiendo de los principios sustentados con criterios eminentemente objetivos no hay duda de que solamente debieran de producir el delito las acciones idóneas llevadas a cabo con medios que también deben ser idóneos. Además para que pudiera consumarse el delito, es requisito indispensable que exista el objeto del delito al cual se dirige la conducta<sup>97</sup>.

De los antecedentes de la tentativa podemos inferir que desde su comienzo lo que intenta proteger la norma es el peligro de que el bien jurídico tutelado sea lesionado o dañado, observando que siempre se ha castigado la intención del sujeto activo aún y cuando en ocasiones se han castigado los actos preparatorios, no obstante lo anterior en todo momento la tentativa busca que el bien jurídico no se ponga en peligro de ser afectado. Por lo tanto de los antecedentes no se encuentra fundamento alguno para que actualmente se castigue la tentativa de delitos de peligro, puesto que nunca ha sido la intención del legislador.

---

<sup>97</sup> Ibidem, pp. 26-27.

## 2.3 Esencia Jurídico Penal de la Tentativa

La tentativa del delito es una figura presentada, como ya se ha reseñado en este capítulo, en la esfera del marco del *Iter Criminis*.

El Estado al inicio del derecho penal protege una serie de conductas donde existe una efectiva violación a la prohibición o mandato de la norma contenida en la ley, así por ejemplo quedaba perfectamente regulada la privación de la vida, la defraudación; sin embargo, esto no resultaba suficiente, ya que quedaban fuera de la protección estatal una seria variada y frecuente de situaciones de indudable interés para el Estado, en su afán por mantener y establecer el orden del conglomerado social que representa. Nos referimos a toda aquella gama de conductas, nada remotas, cuya realización obedece al interés del sujeto para producir un resultado de tipo penal; en éstas, aún cuando la conducta ha sido iniciada, mas no consumada y, por tanto no ha producido una lesión que ha de haberse completado<sup>98</sup>. Tales conductas aún cuando no produzcan un resultado, si han de ser tomadas como criminosas, por lo tanto se justifica la extensión del derecho penal para la protección de bienes jurídicos y la punición de éstas.

Los intérpretes franceses y gran parte de los autores alemanes estiman que la tentativa comienza cuando los actos penetran en la esfera propia del bien jurídico y, en todo caso, cuando **están en situación de peligro eficaz** los bienes jurídicos protegidos por el derecho<sup>99</sup>.

Sacarano<sup>100</sup> expone el criterio sustentado en varias sentencias a saber: Son actos que constituyen tentativa según ha observado la Corte de Casación, aquellas que llevan el sello de la univocidad. El mismo Supremo Colegio ha dicho: hay tentativa punible siempre que el comienzo de ejecución del delito esté constituido por actos que salgan de lo equívoco cuando no pueda explicarse sino por la finalidad del

---

<sup>98</sup> *Op. Cit.*, nota 79, pp 2,3.

<sup>99</sup> *Op. Cit.*, nota 35, pp. 47,48.

<sup>100</sup> Citado por: Idem.

delito proyectado por el agente, **y cuando contiene la posibilidad de lesionar el derecho que se quiere agredir.**

La tentativa en cuanto a su esencia es la ejecución incompleta de un delito, siendo punible porque con ella se viola una norma exponiendo a peligro un bien jurídico.

Para que la tentativa sea punible, se toman en cuenta solamente las formas de ejecución que significan, en el caso concreto, una puesta en peligro externa del bien jurídico<sup>101</sup>.

Al hablar sobre la naturaleza de la tentativa nos encontramos que a este respecto hay dos posiciones en la doctrina: la del delito incompleto y la del tipo independiente. En tanto que la primera sostiene que la tentativa es un delito incompleto, en el que no se dan todos los caracteres típicos porque la conducta se detiene en la etapa ejecutiva o por que no se produce el resultado, la segunda pretende que la tentativa es un tipo independiente, de la misma manera que lo es, por ejemplo, el encubrimiento (art.277 CP<sup>102</sup>) que nada tiene que ver con el tipo de la parte especial a que se refiere la voluntad criminal. Con la caracterización que hemos hecho queda claro que nos inclinamos por la posición que sostiene su naturaleza de delito incompleto - que es la que sostiene la mayoría de la doctrina nacional y extranjera - y, conforme a la cual, la formula del artículo 42 constituye un dispositivo amplificador de la tipicidad penal<sup>103</sup>.

Hay distintas doctrinas que intentan fundamentar la punición de la tentativa y estas las podemos reunir en dos grupos.

a)Teorías objetivas: estas doctrinas expresan que para que la tentativa sea punible se necesita el comienzo de ejecución del acto. Romagnosi es el mentor de esta doctrina que más adelante fue desarrollada por Carrara, y sostienen que la

---

<sup>101</sup> Ibidem, p. 49.

<sup>102</sup> Se refieren a la legislación Argentina.

<sup>103</sup> *Op. Cit.*, nota 38, p. 6.

tentativa se pena por el peligro corrido del bien jurídico protegido. Los actos ejecutivos tienen que ser idóneos y típicos. Por lo demás la pena es menor que la que le corresponde al delito consumado por una razón de cuantía penal<sup>104</sup>.

b)Teorías subjetivas: para esta doctrina solo importa captar cualquier acto que sea revelador de una intención criminal. Por lo tanto no se necesita el comienzo de ejecución, y tanto los actos preparatorios y de ejecución, quedan equiparados ya que todos tienen la intención criminal como también el delito tentado y el consumado. En esta tendencia se sostiene que el fundamento de punición y la medida de la sanción se encuentran en la peligrosidad del autor<sup>105</sup>.

Actualmente son las dos teorías más dominantes y que nos tratan de fundamentar la punición de la tentativa.

Para el hecho consumado hay que requerir la existencia del tipo total, pero la esencia del hecho tentado consiste precisamente, en que una parte del tipo no se realiza. Por lo tanto el criterio de la puesta en peligro es decisivo para todas las limitaciones objetivas del castigo de la tentativa; en los casos en los que no se toma en cuenta una tal puesta en peligro falta el interés de castigar como en el caso del empleo de medios supersticiosos en el cual no se afecta al mundo exterior ni a la seguridad jurídica<sup>106</sup>.

**Se puede decir con toda claridad que la tentativa es una especie particular de delito de peligro<sup>107</sup>.**

Como en el delito tentado no se produce el resultado dañoso, la conducta que constituye **la tentativa es punible porque con ella se pone en peligro el bien jurídico tutelado** por la norma penal, es decir, que en la tentativa no se produce un resultado material, sino un resultado formal consistente precisamente en el peligro

---

<sup>104</sup> Ibidem, nota 38, pp 13,14.

<sup>105</sup> Idem.

<sup>106</sup> *Op. Cit.*, nota 35 p. 49.

<sup>107</sup> Idem.

corrido<sup>108</sup>.

De lo anterior se puede deducir que la esencia de la tentativa es la protección de bienes jurídicos de que éstos sean lesionados, nótese pues que precisamente es la misma naturaleza que los delitos de peligro, ya que ambas figuras penales lo que tratan de proteger es la lesión de los bienes jurídicos tutelados, razón por la cual atendiendo a la naturaleza de la tentativa, ésta nos pone de manifiesto la imposibilidad de que la tentativa recaiga en delitos de peligro, puesto que ambos tienen la misma naturaleza, siendo así como podemos establecer que en consecuencia resulta evidente la indebida punibilidad de la tentativa en los delitos Contra la Salud, puesto que precisamente se trata de un delito de peligro.

De igual forma se aprecia que lo referente a los antecedentes históricos, se observa que siempre han buscado proteger el peligro de que el bien jurídico tutelado sea lesionado o dañado. Por lo tanto de los antecedentes no se encuentra fundamento alguno para que actualmente se castigue la tentativa de delitos de peligro, puesto que nunca ha sido la intención del legislador; razón por la cual se pondrá un extracto de los más relevante respecto de los antecedentes de la tentativa para así observar el argumento del señalamiento.

En Italia durante la Edad Media se observó la tentativa inidónea o su desistimiento, **castigándose el peligro de que el bien jurídico sea lesionado o puesto en peligro.**

La tentativa en el Siglo XIX se determino con Feuerbach que fue el primer en plantear el problema de la tentativa inidónea en el año de 1804, **apareciendo como base de la pena la peligrosidad objetiva.**

En la nueva y novísima recopilación lo que se **intentaba establecer era la protección de la lesión o la puesta en peligro futura de bienes jurídicos.** Particularmente parece ser que intentaba proteger la vida y la integridad corporal,

---

<sup>108</sup> Ibidem, p. 53.

concretamente los delitos de homicidio y lesiones, que en origen son los delitos en los que se presenta la tentativa.

El Código Martínez de Castro de 1871, distinguió los grados del delito presentando como novedad el delito intentado. Establece el delito intentado...grado que el legislador entre el conato (ejecución inconsumada, artículo 19) y del delito frustrado (ejecución consumada, pero que no logra el resultado propuesto, artículo 20) y **que se justificó con la diferente peligrosidad acreditada.**

Resulta claro que el Código Martínez de Castro establece como fundamento de la tentativa la peligrosidad del sujeto para que éste lesione bienes jurídicos o bien los ponga en peligro, siendo que lo que se trataba de evitar era la ejecución de hechos delictivos o bien, el peligro de que fueran dañados.

El Código de Almaraz de 1929, estableció: debe probarse que los actos ejecutados por el agente debieron tener como efecto necesario o, por lo menos, muy probable, la consecuencia del fin requerido.

Una aparente mejoría con el texto anterior al establecer **el aspecto objetivo como inicio de ejecución.**

Aparece por primera vez el aspecto objetivo de forma clara, al adoptarse la teoría objetiva, lo que tiene como consecuencia que no se castigue la tentativa inidónea.

Por lo que ve al Código Penal de 1931 establece que los jueces a la hora de establecer la pena, tendrán en cuenta **la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado la ejecución del delito.** Lo que determinaba que debía de observarse el peligro en que se pusiera al bien jurídico tutelado, al establecer la temibilidad, razón por la cual resulta relevante tal señalamiento, ya que con esto sería imposible castigar la tentativa de los delitos de peligro, puesto que no se pondría en peligro al bien jurídico y por lo tanto la conducta no sería temible o peligrosa.

El artículo 12, además del antiguo grado de frustración, cabe el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito, y también ciertos delitos imposibles **en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen**. Nótese que, por su equivocidad, los actos de pura preparación quedan excluidos de la represión penal, salvo que en sí mismo constituyan delito típico; ejemplo portación de armas.

La idoneidad concreta de la acción es supuesto de la tentativa, no puede agredirse el bien tutelado **sino cuando causalmente se pone en peligro y si la acción le falta la potencia causal, el acto será de un sujeto peligroso o no peligroso**.

Tiende a la modificación de un estado de hecho que habrá de traducirse, al llegarse a la consumación en la lesión o al daño efectivo y real de un interés tutelado por la norma violada. En la tentativa, **la inconsumación del delito impide la lesión o el daño querido por el agente, pero crea un peligro real y efectivo para el bien jurídico**.

El Código Penal de 1994, nos habla de que existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos **que deberían de producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo**, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Siendo en claro que desde el comienzo de la penalización de la tentativa se intentaba proteger el peligro de que el bien jurídico tutelado fuera lesionado o puesto en peligro, por lo que en todo momento la tentativa busca que el bien jurídico no se ponga en riesgo de ser afectado. Por lo tanto de los antecedentes se infiere que solo se debe de aplicar la tentativa a los delitos de resultado o bien a los delitos materiales y no a los delitos de resultado.

## CAPÍTULO TERCERO

### NORMATIVIDAD JURÍDICA RELATIVA A LOS DELITOS CONTRA LA SALUD

#### 3.1. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

El artículo 4 en su párrafo tercero establece: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de la Constitución”. Estableciendo en este último numeral lo que es la salubridad general<sup>109</sup> y ante la facultad de legislar en dicho rubro, es que tiene a potestad de tipificar delitos Contra la Salud.

En base al numeral referido es que la Ley General de Salud reglamenta lo relativo a las drogas y estupefacientes prohibidas y que pueden ser consideradas para determinar los delitos Contra la Salud, publicada en el decreto del 7 de febrero de 1984, en el Diario Oficial de la Federación.

En la mencionada ley, la finalidad del derecho es la protección de la salud, la cual se precisa en el artículo 2.

La protección de la salud constituye, por lo tanto, un derecho que todo sujeto tiene, el cual debe ser proporcionado por las autoridades públicas competentes, cuyo propósito sea el disfrute de los servicios de salud y de asistencia para todo individuo<sup>110</sup>. Parece una mera enunciación de tales derechos, puesto que no se da

---

<sup>109</sup> TENA RAMÍREZ, Felipe, “*Derecho Constitucional Mexicano*”, pp. 375-378.

<sup>110</sup> OLIVOS CAMPOS, José René, “*Las Garantías Individuales y Sociales*”, p. 52.

en la realidad<sup>111</sup>. Así tenemos, por ejemplo que los Centros de Readaptación se encuentran llenos de farmacodependientes, sin que el Estado haga nada al respecto, ya que es claro que tiene la obligación de otorgar Salud al Estado, razón por la cual tendría que rehabilitar a todos los adictos de dichos centros; sin embargo, no lo hace, contribuyendo a que cuando salgan de éstos, se dediquen a actividades ilícitas, tales como las denominadas Contra la Salud, para con esto obtener drogas y poder mantener su adicción o bien, se dediquen a robar para con la venta o intercambio de lo robado puedan comprar droga.

### **3.2. Tratados y Convenios Internacionales**

Entre los Convenios y Tratados Internacionales que México ha celebrado en materia de Delitos Contra la Salud, encontramos que los más importantes referentes a estupefacientes y psicotrópicos son los siguientes:

El primer convenio al que se unió México fue el denominado “Convención Internacional del Opio” firmado en la Haya, el 23 de enero de 1912, en el que se propusieron a los países firmantes proseguir con la supresión progresiva del abuso del opio, de la morfina, de la cocaína, así como de las drogas preparadas o derivadas de esas sustancias o que pueden dar lugar a abusos análogos y para tal efecto establecen determinadas reglas para la exportación o importación de tales sustancias.

De igual forma México celebró con los Estados Unidos de América la “Convención para impedir la importación legal de mercancías, narcóticos y otros productos...”, siendo firmado en Washington, el 23 de diciembre de 1925, en éste se propusieron ambos gobiernos cooperar para impedir la importación ilegal a sus respectivos territorios de narcóticos y otras mercancías.

---

<sup>111</sup> MOTO SALAZAR, Efraín, “*Elementos de Derecho*”, p. 82.

También celebró con diversos países entre los que se encuentran Alemania, E.U.A., Argentina, Bolivia, Brasil, Gran Bretaña, Japón, Panamá y otros más, un tratado denominado “Convención para limitar la fabricación y reglamentar la distribución de drogas estupefacientes”, ésta fue firmada en Ginebra el 13 de julio de 1931, en la cual se estipulaba que se presentara anualmente al Comité Central Permanente el presupuesto de las drogas que se fabricaron o se transformaron o que estén parcialmente manufacturadas o del todo refinadas<sup>112</sup>.

Así encontramos el Convenio único sobre estupefacientes firmado en Nueva York el 30 de marzo de 1961 y sus cuatro listas anexas; el Convenio sobre sustancias psicotrópicas firmado en Viena el 21 de febrero de 1971 y el Protocolo de modificación del Convenio Único de 1961 sobre estupefacientes firmado en Ginebra el 25 de marzo de 1972<sup>113</sup>.

Todos los Convenios y Tratados Internacionales que hemos mencionado son de observancia obligatoria para México, ya que fueron debidamente ratificados los mismos por el Senado de la República, no olvidando además que los Tratados Internacionales actualmente tienen el rango de Constitucionalidad, es decir, se encuentra por encima de las leyes federales y estatales, por lo que todos los Estados tienen la obligación de acatar lo dispuesto en los mismos.

A efecto de determinar respecto de la observancia y aplicación de los tratados existen dos posturas, una que afirma que el Derecho Internacional y el Derecho Interno son un mismo orden jurídico (monistas) y otra que sostiene que son dos ordenamientos distintos. La primera postura deberá explicar en qué forma se relacionan estos ordenes jurídicos y la segunda cuál es la jerarquía de sus normas.

Se ha tratado de explicar la relación entre normas de uno y otro tipo a través de diversas teorías y modelos:

---

<sup>112</sup> *Op. Cit.*, nota 54, pp. 184-185.

<sup>113</sup> JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, “*Derecho Penal Mexicano*”, p. 150

*Teoría dualista:* es defendida entre otros por Carl Heinrich Triepel, para quien existen dos órdenes jurídicos totalmente independientes, ya que el Derecho internacional y el interno tienen fuentes diferentes y tratan de regular distintas realidades. Por lo tanto, para que el Derecho internacional tenga eficacia en los ordenamientos estatales debe producirse la recepción de la norma.<sup>114</sup>

Quienes critican esta teoría afirman que las fuentes son las mismas, que lo que existe es una diferencia en la expresión técnica y que en la práctica muchas de las normas del Derecho Internacional entran en vigor en el Derecho Interno sin que sea necesaria una transformación de la norma.

*Teoría monista:* de acuerdo con ésta, el derecho interno y el derecho internacional conforman un sistema único: defienden la unidad esencial de los ordenamientos jurídicos. Las teorías monistas implican un principio de subordinación, y en función del mismo se distinguen dos variantes:

Teoría Monista Interna: esta posición sostiene que no hay más Derecho que el Derecho del Estado. Jellinek es el exponente de mayor valía en este grupo.<sup>115</sup>

Para ellos, el derecho internacional es sólo un aspecto del derecho estatal. Es el conjunto de normas que el Estado emplea para conducir sus relaciones con los demás pueblos, y para diferenciarlo, podría ser llamado “Derecho Estatal Interno”. Aún éste debe subordinarse, en caso de conflicto, al derecho interno<sup>116</sup>.

Para las que el Derecho internacional es una emanación del Derecho interno y queda sujeto a éste. Lo que supone una negación del Derecho Internacional<sup>117</sup>.

---

<sup>114</sup> [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org). 5 de marzo del 2008, 19:00.

<sup>115</sup> SEPÚLVEDA, César. “*Derecho Internacional*”, p. 78.

<sup>116</sup> Idem..

<sup>117</sup> Op. Cit., nota 114.

*Teorías Monistas Internacionalistas*, para las que la norma internacional se sitúa en una posición de jerarquía sobre la norma interna. Hans Kelsen, en una segunda etapa, defendió esta teoría, y también lo hizo su discípulo Verdross<sup>118</sup>.

También se le llama de la “supremacía del derecho internacional”, propugna esta tesis por la superioridad del derecho internacional sobre todo derecho estatal.<sup>119</sup> Scelle, en su aspecto más radical, niega la posibilidad jurídica de un derecho interno que se oponga al internacional. Resultaría nulo *ab initio*.

En los tiempos modernos se ha dulcificado esta postura, para caer en un “monismo moderado”, que tiene algunos puntos de contacto con el dualismo. Por ejemplo, en la afirmación de que el derecho estatal se oponga al derecho internacional, no es nulo, y obliga a las autoridades, pero difiere de aquélla en que tal hecho carece de importancia jurídica, porque en cualquier momento, y conforme al derecho internacional, se puede exigir responsabilidad al Estado en donde se observa ese hecho<sup>120</sup>.

De acuerdo a las mencionadas teorías, nuestro país adopta una teoría monista moderada, sin embargo, de acuerdo al avance del derecho internacional, se propugna por una teoría Monista Internacional, en la que exista una supremacía del derecho internacional, ya que en la realización de nuevos tratados esa es su intención, lo cual parece resultar lógico y natural, puesto que en ocasiones se ha negado la validez de los tratados, imponiendo la Constitución sobre éstos, lo cual resulta ilógico, porque en ese supuesto no tiene mucha razón de ser la firma de convenios y tratados internacionales.

---

<sup>118</sup> Idem.

<sup>119</sup> Citado por: *Op. Cit.*, nota 115, p. 80.

<sup>120</sup> Idem.

### 3.3. Código Penal Federal

El título séptimo del libro II del Código penal lleva por rubro “Delitos Contra la Salud”, siendo que el bien jurídico protege a la sociedad en cuanto ente colectivo; tiene como titular, sin embargo, las denominaciones empleadas por el más que centenario Código de Martínez de Castro (título séptimo del libro III) y por el Código de Almaráz (título séptimo del libro III) fueron mucho más correctas, pues abiertamente utilizaron la expresión “Delitos Contra la Salud Pública”, sin que tenga explicación del por qué en la denominación del Código de 1931 se suprimiese la palabra pública<sup>121</sup>.

El panorama penalístico que actualmente presentan los delitos Contra la Salud es, prolijo, pues comprende además de los delitos originados por la producción, tenencia, tráfico, proselitismo y otros actos en materia de estupefacientes y psicotrópicos<sup>122</sup> que hace mención el capítulo primero del título séptimo del libro segundo del Código Penal Federal (arts. 193 al 199), los contenidos en la Ley General de Salud, que es insoslayable dejar de exponerlos dado que casi todos ellos atentan contra la salud<sup>123</sup>.

Se verá primeramente el artículo 193 del Código Penal Federal, en donde aparece el párrafo primero, el cual establece: se consideran estupefacientes y psicotrópicos los que determinen la Ley General de Salud, los convenios y Tratados internacionales de observancia obligatoria en México y los que señalan las demás disposiciones aplicables a la materia; sin embargo, la anterior declaración adolece desde el punto de vista penalístico, de plena indeterminación. Y tan es así que a continuación, en el propio artículo se añadió que para los efectos de este capítulo,

---

<sup>121</sup> *Op. Cit.*, nota 113, p. 147. Opinión con la cual no se está muy de acuerdo como ya se explicó, cfr., pp. 25-27.

<sup>122</sup> Se le llama a toda sustancia química capaz de ejercer una acción particularmente efectiva sobre el estado psíquico. Existen dos grandes grupos de psicotrópicos que actúan sobre el sistema nervioso central: sedantes y excitantes. *Op. Cit.*, nota 38, pp. 272-273.

<sup>123</sup> *Op. Cit.*, nota 69, p. 148.

esto es, para los delitos y sus penas se distinguen tres grupos de estupefacientes y psicotrópicos señaladas en la Ley General de Salud<sup>124 125</sup>.

El mismo artículo nos menciona que los narcóticos empleados en la comisión de los delitos a que se refiere el capítulo, señala también que los narcóticos empleados en estos delitos, se pondrán a disposición de la autoridad sanitaria federal que procederá, de acuerdo con la disposición o leyes de la materia a su aprovechamiento lícito o a su destrucción; por lo que respecta a los objetos y producto de los ilícitos se procederá conforme a lo establecido en los artículo 40 y 41 del Código y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales<sup>126</sup>.

Por otra parte aparece el artículo 194 que nos menciona que se impondrá prisión de diez a veinticinco años y de cien hasta quinientos días multa al que: I.- Produzca, transporte, trafique, comercie... alguno de los narcóticos señalados en el artículo anterior, sin la autorización correspondiente a que se refiere la Ley General de Salud.

En este artículo sólo se verá la fracción primera que viene a ser la que nos interesa, ya que el artículo cuenta con cuatro fracciones, siendo en ésta en la que aparece el delito de transporte y el de comercio en su modalidad de venta.

Es importante visualizar cómo dicho numeral ha sufrido diversas reformas en el tiempo, siendo así la primera ocasión en que apareció el 12 de noviembre de 1947, entrando en vigor el 15 de noviembre de ese mismo año, en el que sólo se establecían tres fracciones y una penalidad de seis meses a siete años y multa de cincuenta a cinco mil pesos, sufriendo seis reformas más, siendo la última en el año de 1993<sup>127</sup>. Observando como cada vez se dictan penalidades más altas, siendo una total tendencia a la globalización y a la máxima penalización sin que se observen en

---

<sup>124</sup> Ibidem, pp. 151-152.

<sup>125</sup> *Op. Cit.*, nota 38, p. 277.

<sup>126</sup> DIAZ DE LEÓN, Marco Antonio, "Código Federal de Procedimientos Penales Comentado", pp. 335-343.

<sup>127</sup> RUIZ AREL, Rafael, "Código Penal Histórico", pp. 147-150.

lo más mínimo el principio de última ratio, proporcionalidad y lesividad, no observando de una forma total las líneas de política criminal.

También encontramos el artículo 12 del Código Penal Federal, el que nos menciona: “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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente...” este artículo fue reformado el 23 de diciembre de 1993 y entró en vigor el 1 de febrero de 1994<sup>128</sup>, teniendo un cambio importante, ya que toda tentativa punible tiene como requisito indispensable un elemento de carácter subjetivo que consiste en la voluntad o intención de cometer un delito, es decir, el dolo de perpetrar un ilícito, en la última reforma en lugar de hacer referencia al dolo, voluntad o intención, prefirió emplearse el vocablo resolución<sup>129</sup><sup>130</sup>. El párrafo segundo del actual Código mantiene también la idea de la temibilidad o peligrosidad como criterio para la individualización de la pena aplicable al caso concreto, lo que definitivamente vulnera el principio de la culpa y obliga a castigar al delincuente, no tanto por lo que ha hecho y su grado de culpabilidad en la comisión del mismo, sino más bien por lo que él es o por la forma de conducir su vida, siendo además necesario una mejor fórmula de la tentativa punible, en la que se precisen sus requisitos y se clasifique la distinción entre la tentativa acabada e inacabada<sup>131</sup>. Es indebido que se observe la temibilidad o peligrosidad, ya que el derecho penal actual debe de penar por lo que hizo el actor no por lo que es, debiendo dejarse atrás el mencionado derecho de autor, para así aplicar el de hecho.

---

<sup>128</sup> *Op. Cit.*, p.17.

<sup>129</sup> La referida resolución es de cualquier forma un proceso de tipo subjetivo por parte del autor, es decir, también dolo.

<sup>130</sup> CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl et al, “*Código Penal Federal Comentado*”, pp. 62-63 .

<sup>131</sup> *Op. Cit.*, nota 35. p. 29.

### 3.4. Ley General de Salud

Se consideran estupefacientes y psicotrópicos los que determina la Ley General de Salud, teniendo relación ésta con el Código Penal Federal, en virtud que el capítulo correspondiente a los delitos Contra la Salud, nos remite a la mencionada norma, para así determinar el elemento normativo en éstos.

Distinguiéndose tres grupos de estupefacientes y psicotrópicos: I. Las sustancias y vegetales señalados por los artículos 237, 245, fracción I y 248 de la ley<sup>132</sup>; II. Las sustancias y vegetales considerados como estupefacientes por la ley con excepción de las mencionadas en la fracción anterior, y los psicotrópicos a que hace referencia la fracción II del artículo 245 de la Ley General de Salud; y III. Los psicotrópicos a que se refiere la fracción III del artículo 245 de la Ley General de Salud<sup>133 134</sup>.

Es bastante relevante esta ley ya que debemos de recordar que los delitos Contra la Salud no son delitos autónomos, sino que resulta necesario que se remitan a otra norma, siendo en este caso la Ley General de Salud, ya que es precisamente en ésta donde se van a establecer los tipos de estupefacientes y narcóticos que son de tenencia prohibida por la ley y que por consecuencia van a constituir un delito de acuerdo con el Código Penal Federal, por consecuencia el Código Penal Federal tiene una dependencia necesaria con la Ley General de Salud, ya que se tiene que auxiliar de ésta para establecer si la posesión de alguna droga esta contemplada primeramente como tal en la Ley General de Salud y en segundo término si su posesión es ilícita.

---

<sup>132</sup> *Op. Cit.*, nota 37, pp. 28-29.

<sup>133</sup> *Op. Cit.*, nota 69, p. 150.

<sup>134</sup> *Op. Cit.*, nota 54. p. 277.

### **3.5. Jurisprudencias y Tesis Penales Relativas a la Tentativa en los Delitos Contra la Salud**

Parece ser que en realidad el sustento jurídico que tienen los juzgados de distrito para que en la actualidad se encuentren penando la tentativa en los delitos Contra la Salud son los propios criterios de la Suprema Corte, siendo una interpretación judicial; encontrando entre los criterios los siguientes:

Novena Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado En Materia Penal del Tercer Circuito, tomo: XVIII, diciembre de 2003, tesis: III.2o.P.123 P, página: 1459. SALUD, DELITO CONTRA LA, EN SU MODALIDAD DE POSESIÓN DE NARCÓTICOS. NO SE VIOLAN LAS GARANTÍAS DE AUDIENCIA Y DEFENSA DEL INculpADO QUE ESTABLECE EL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SI PARA ACREDITAR EL ELEMENTO SUBJETIVO DEL TIPO PENAL DISTINTO AL DOLO, CONSISTENTE EN QUE LA DROGA QUE POSEE TENGA LA FINALIDAD DE REALIZAR ALGUNA DE LAS CONDUCTAS PREVISTAS EN EL NUMERAL 194 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, NO SE ESPECIFICA A CUÁL DE ELLAS ESTÁ DESTINADO EL NARCÓTICO... para configurar el delito en grado de tentativa cuando las circunstancias que se presenten en torno del estupefaciente no se adviertan como reveladoras de la tendencia o finalidad, sino que lleguen a constituir actos ejecutivos del agente que debieran producir alguna de las conductas señaladas en ese numeral, en cuya hipótesis escapan del elemento subjetivo de la posesión agravada e integran, con exclusión de ésta, diversa modalidad en grado de tentativa, cuando no llegó a producirse por causa ajena al activo...<sup>135</sup>

Novena Época, Instancia: Tercer Tribunal Colegiado del Cuarto Circuito, tomo: VI, octubre de 1997, tesis: IV.3o.17 P, página: 793. "SALUD, DELITO CONTRA LA. CASO EN QUE LA MODALIDAD DE TRANSPORTACIÓN ES UNA

---

<sup>135</sup> Poder Judicial de la Federación, "Ius 2003".

CONSECUENCIA DE LA TENTATIVA DE EXPORTACIÓN”. Cuando del sumario de primera instancia se adviertan pruebas suficientes que determinen que el detenido transportó droga a través de diversas regiones geográficas, con la intención de sustraerla del territorio nacional e introducirla en diverso país, lo cual no fue posible debido a su captura, la circunstancia de que la transportación pudiera ser considerada aisladamente como una modalidad del delito contra la salud, dentro del tipo básico, no constituye obstáculo para estimarla como parte integrante de la secuela de tentativa de exportación, si para ese efecto la conducta del sentenciado ha sido unívoca, tanto objetiva como subjetiva, y no puede interpretarse en otra forma el que llevara la droga asegurada al puerto fronterizo sino con el propósito de introducirla a otro país, de donde se colige que el traslado fue el principio de ejecución de la extracción ilegal del enervante, que no pudo concretarse por causas ajenas a la voluntad del quejoso, debido a su detención<sup>136</sup>.

Séptima Época, Instancia: Primera Sala, fuente: Apéndice 2000, tomo II, penal, Jurisprudencia SCJN, tesis: 353, página: 258. “SALUD, DELITO CONTRA LA, PROVOCADO. VENTA EN GRADO DE TENTATIVA”. Si no se consumó la venta del estupefaciente, sino que el inculpado se concretó tan sólo a ofrecerlo, y el posible comprador era enviado por agentes de la Policía Judicial Federal, pero sin ánimo de comprar, sino únicamente de sorprender al infractor, es lógico que no se consumó el delito contra la salud en su modalidad de venta, sino que debe tipificarse como tentativa.

Octava Época, Instancia: Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, fuente: Apéndice 2000, tomo II, penal, P.R. TCC, tesis: 5683, página: 2964. “SALUD, DELITO CONTRA LA. PUEDEN COEXISTIR LAS MODALIDADES DE POSESIÓN Y TENTATIVA DE TRANSPORTE DE NARCÓTICOS (ARTÍCULOS 195 Y 194 EN RELACIÓN CON EL DIVERSO 12 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, VIGENTES A PARTIR DE LAS REFORMAS AL CÓDIGO PENAL FEDERAL, PUBLICADAS EN EL

---

<sup>136</sup> Idem.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL DIEZ DE ENERO DE MIL NOVECIENTOS NOVENTA Y CUATRO)”.- El artículo 195 del Código Penal Federal exige entre otros elementos típicos para la configuración del delito contra la salud en la modalidad de posesión de narcóticos, uno de carácter subjetivo, consistente en que el ánimo posesorio sobre la droga obedezca a la finalidad de realizar alguna de las conductas típicas previstas en el artículo 194 de dicho ordenamiento, entre ellas el transporte de marihuana, de donde se desprende que lo que es sancionado es la conducta típica de posesión de la droga, pues la intención o finalidad por la cual se posee, es solamente un elemento subjetivo del tipo que por sí solo, sin la concurrencia de los demás elementos que al efecto se exigen, no es sancionable por la legislación federal. En el caso de la tentativa de transporte de narcóticos, prevista por el artículo 194, fracción I, en relación con el diverso 12 del código citado, también se exige un elemento subjetivo del tipo, consistente en la intención o resolución del activo en transportar el narcótico, pero dicha intención también es solamente un elemento del tipo que sin la concurrencia de los otros elementos exigidos por los preceptos citados, no es por sí solo sancionable, pues la conducta delictiva que se pune es la exteriorización de dicha resolución que no llega a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente. Así aunque en ambas figuras típicas se exige como elemento subjetivo la existencia de una intención determinada, lo cual es obvio porque el delito contra la salud es de los conocidos como de dolo necesario, no implica que se esté sancionando la misma conducta dos veces. En la posesión de narcóticos, la intención se revela en el ánimo de poseer la droga para una finalidad determinada, mientras que en la tentativa de transporte de narcóticos la intención se refleja en la resolución que se exterioriza realizando actos encaminados a la realización del transporte de la droga, por lo que ambas modalidades pueden coexistir autónomamente con elementos típicos propios.

Siendo con los anteriores criterios, entre otros más, con los cuales actualmente se están dictando sentencias por tentativa en delitos contra la salud, sin que esto sea loable, en virtud de que se trata de delitos de peligro, concurriendo las

modalidades en las que se aplica más comúnmente las sentencias por tentativa en las correspondientes al transporte y venta, teniendo como consecuencia que las penas sean excesivas y desproporcionadas con la conducta realizada, ya que resultaría suficiente con que se aplique la pena correspondiente a la posesión agravada establecida en el artículo 195, párrafo primero del Código Penal Federal, ya que en el mismo se establece que la posesión sea con alguna finalidad de las referidas en el diverso 194, por lo que se constituye que el mencionado numeral ya está penando la finalidad de la posesión, es decir, la cual puede ser venta o transporte, sin que se haga necesario aplicar la tentativa.

## CAPÍTULO CUARTO

### LA APLICACIÓN DE LA TENTATIVA EN OTRAS LEGISLACIONES

#### 4.1. España

En el Código Penal Español, aparece la tentativa en sus artículos 15.1, 16, 62, 63, 64 y 485.2, mencionando el artículo 16 “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes a la voluntad del autor.

En España domina la llamada teoría objetiva, la cual considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, es decir, aquella que de ninguna manera tenía aptitud para producir la consumación. Las teorías objetivas fijan el comienzo de la punibilidad en el peligro corrido por el bien jurídico<sup>137</sup>.

La punibilidad de la tentativa inidónea, carece en principio de fundamento, ya que si la razón de la punibilidad se basa en la puesta en peligro del bien jurídico como consecuencia del comienzo de ejecución de la acción punible. Es claro que estos presupuestos, no se dan cuando los medios son inidóneos, por lo que la tentativa inidónea no es tentativa, y por tanto no es punible. Hasta ahora, en la familia legislativa de habla castellana la tendencia ha sido castigar la tentativa inidónea. La especificación de los supuestos de punibilidad de esta figura tiene

---

<sup>137</sup> *Op. Cit.*, nota 3, pp. 165-166.

relativas ventajas desde el punto de vista de la seguridad jurídica<sup>138</sup>.

Sólo se prohíben acciones de causalidad posibles, pues el Estado no tiene interés alguno en la omisión de acciones de causalidad imposible; por ello se requiere tener en cuenta la representación del autor de tal modo que el juzgador se preguntará: ¿hubiera sido posible el resultado si la situación se hubiera correspondido con la representación que el autor tenía en el elemento de la acción?, si la respuesta es positiva, la acción será apropiada y la tentativa punible<sup>139</sup>.

Se sostiene que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico protegido, ello explicará que aun dirigidas por una misma finalidad subjetiva, se castiguen de diversa forma la preparación, la ejecución imperfecta y la consumación. La razón será la mayor o menor proximidad objetiva respecto de la lesión del bien jurídico. Este punto de vista fue caracterizado de la doctrina penal liberal del siglo XIX<sup>140</sup>.

Se observa que el Código Penal Español no habla específicamente cómo debe de aplicarse la tentativa, sin embargo, la doctrina nos hace ver que se toma en consideración la teoría objetiva, en la cual resulta fundamental que el bien jurídico corra un peligro de ser lesionado, es decir, se pide que el delito sea de resultado y no de peligro, por lo tanto se requiere que objetivamente haya cierta proximidad mayor o menor a la lesión de un bien jurídico, razón por la cual en base a esta teoría resulta totalmente imposible que en España la tentativa en los delitos Contra la Salud sean penados, ya que se exige la puesta en peligro de que el bien sea lesionado, lo cual no ocurre con los delitos de peligro, en los cuales no es posible observar de forma objetiva un posible resultado

---

<sup>138</sup> BACIGALUPO ZAPATERO, Enrique, *“Estudios de Derecho Penal y Política Criminal”*, pp. 361-363.

<sup>139</sup> *Op. Cit.*, p. 366.

<sup>140</sup> *Op. Cit.*, nota 9, pp. 330-331.

## 4.2. Argentina

En Argentina de igual forma aparece la tentativa sólo que a diferencia de España esta se va apoyar para la punibilidad en la teoría subjetiva, la cual, establece la punición de la tentativa inidónea de acuerdo a lo señalado en el artículo 44 del Código Penal Argentino y de igual forma aparece que en el artículo 42 del mismo cuerpo de leyes se establece que la tentativa no es admisible por dolo eventual<sup>141</sup>.

El Código Penal Argentino por lo tanto ha permitido la punibilidad de la tentativa inidónea, ofreciendo su fundamento en la teoría subjetiva, aunque requiere en todo caso una acción que objetivamente implique el comienzo de ejecución. La teoría subjetiva toma como punto de partida no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil del derecho. El fundamento de esta teoría está dado por la teoría de las condiciones: si todas las condiciones son equivalentes para el resultado, no hay distinción en el plano objetivo, por lo tanto hay que acudir al subjetivo<sup>142</sup>.

La teoría subjetiva se encuentra basada en la representación del autor sobre aquello que consiste en una posición inmediatamente a la realización del supuesto de hecho típico. La fórmula legal no determina quién debe juzgar sobre la actitud de los actos para producir como resultado el delito<sup>143</sup>.

Ésta funda la punibilidad de la tentativa en la voluntad del autor contraria o enemiga del derecho, se encuentra en un principio de justicia fundado en que no puede estar en mejor posición la mala voluntad fracasada que la exitosa, en cuanto al resultado; lo que remite a un paradigma deontológico sobre lo justo. Lo bueno debe ser (normativamente obligatorio), con independencia del resultado de la

---

<sup>141</sup> *Op. Cit.*, nota 19, pp. 788-797.

<sup>142</sup> *Op. Cit.*, nota 3, pp. 165-167.

<sup>143</sup> *Op. Cit.*, nota 70, pp. 362-364.

intención<sup>144</sup>.

La jurisprudencia de los distintos tribunales no sigue un criterio idéntico. El tribunal Supremo de Córdoba ha sustentado un criterio objetivo-subjetivo, al decir que son actos ejecutivos del delito aquellos que, aunque no sean directa e indirectamente consumativos, implican que ya el autor ha comenzado las acciones idóneas que en el caso concreto, significan el comienzo de la realización directa de sus miras, pues estos actos ya presentan para el bien protegido penalmente, el peligro objetivo y presente de una ofensa (Boletín Judicial de Córdoba, 1958, p. 477). Por cierto, en el siguiente caso, la conducta no podría ser más *unívoca*: puesto que se trataba de un individuo que con intención de accederlo carnalmente, colocó a un menor, sin pantalones, con el cuerpo doblado hacia delante y, teniendo el miembro erecto, lo tomó por las nalgas en la posición de consumir un acto carnal contra natura, pero desistió de su propósito al ser descubierto por otra persona. Ricardo C. Nuñez, de quien hemos tomado la cita del fallo, dice que estos principios, que constituyen un apartamiento abierto del criterio de la tipicidad de los actos como única regla válida para delimitar el ámbito del comienzo de ejecución, son los que han predominado en la jurisprudencia. Así ha sido, en efecto, por bastante tiempo.

Puede verse, especialmente, en un fallo de la Cámara Federal de La Plata publicado en La Ley, T.20 p. 328, en el que se declara comienzo de ejecución del delito de violación penetrar el autor violentamente en la casa de la mujer que había sido elegida como víctima, la cual huyó, sin que el autor lograra ejercer sobre ella fuerza alguna; otros fallos similares, pero éstos de la Cámara del Crimen de la Capital, dedujeron el propósito de hurto de los antecedentes del acusado (Fallos, T. I, p. 527; T. II, p. 428 y T. IV, p. 122).

Sin embargo, el mismo tribunal, en fallos más recientes, ha dejado ver otro punto de vista. Así, declaró que no puede responsabilizarse por tentativa de robo al sujeto que penetra sin autorización en una casa ajena, declarando que lo hizo para

---

<sup>144</sup> *Op. Cit.*, nota 113, pp. 785-788.

dormir, que al ser sorprendido por el dueño de casa, lo lesiona, aunque fuere razonable admitir la intención de robar y registrara el reo antecedentes desfavorables (tres condenas y sobreseimiento provisional por hurtos, y una condena por violación de domicilio). Pues penetrar ilegítimamente en morada ajena no es todavía empezar a apoderarse; acción ésta típica de los delitos que describen los artículos 162 y 164 del Código Penal (Fallos T. VI, p. 441).

En un caso inserto en el T. V, p. 284, de los Fallos, se declara que la cantidad de heridas inferidas (doce en el caso) y la persistencia en el ataque, no revelan necesariamente intención de matar como para poder calificar el hecho de tentativa de homicidio. En sentido semejante se proclamó la Corte Suprema de la Nación (Jurisprudencia Argentina, T. 28, p. 8) y la Suprema Corte de Buenos Aires (Jurisprudencia Argentina, T. 52, p. 271). En otro pronunciamiento reciente la exigencia del comienzo de ejecución de los actos típicos aparece muy clara: no puede considerarse como comienzo de tentativa de delito de robo la conducta de los procesados consistente en ocupar un taxímetro y ordenarle al conductor que se dirigiera a un lugar alejado con el propósito de asaltarlo (confesado como tomado de común acuerdo), si los acusados no consiguieron hacer efectivos sus propósitos por la intervención de una comisión policial que los detuvo en el camino y que, además, encontró en poder de uno de ellos un revolver calibre 38, cargado, que pensaba utilizar en emergencia. Por lo demás, en el texto de la sentencia se señala la clara orientación objetiva y se declara que la conducta de los procesados no es típica, con respecto al artículo 42 en conexión con el artículo 164 del Código Penal (Causa Krause F. B., Sala 3, del 16 de julio de 1963, Doctrina Judicial, 15 de agosto de 1963). La misma sala declara un año antes que la tenencia de material destinado a falsificar cigarrillos de procedencia norteamericana y de algunos paquetes ya elaborados, es una conducta atípica por tratarse de meros actos preparativos del

delito de estafa (Causa n° 1183, T. Fernández, resuelta el 15 de junio de 1962.)"(7)<sup>145</sup>.

Otro caso de jurisprudencia, es del 23 de junio de 1992 y se encuentra en: La Ley T. 1993-b p. 84. En este caso se juzga a dos personas que intentaban robar un automóvil donde una fue sorprendida mientras violentaba la puerta del automotor para apoderarse de éste, en tanto que el otro individuo oficiaba de "campana" operando en las inmediaciones. Y por ello condenan a ambos, por ser coautores penalmente responsables del delito de robo en grado de tentativa, a 6 meses de prisión en suspenso y costas. Esto lo firman los jueces Escobar, Valdovinas y Campos, pero éste último hizo una salvedad, en la cual establecía que el "campana" no siempre es cómplice necesario sino según las circunstancias de cada caso. En este asunto no hay dudas de que el delincuente que intentaba forzar la puerta del automóvil puede encuadrarse dentro de la figura de tentativa ya que comenzó con la ejecución de actos que tienen relación directa e inequívoca con un delito determinado. Pero no estamos de acuerdo con lo referido al "campana" de que sea siempre coautor, al menos cuando esté presente en el lugar del hecho; ya que para nosotros el "campana", si bien interviene en el hecho, no toma parte en su ejecución. Esto no es excluyente porque si esta persona asume otras actividades que no son las de mera advertencia a los autores se lo podría considerar coautor. Un ejemplo sería distraer la atención de la custodia que puede intervenir en la acción de los autores. Como es obvio aquí el "campana" realiza actos ejecutivos y por eso podría ser visto como coautor.

La presencia en el lugar del hecho no transforma la complicidad en tentativa, puesto que se puede tomar parte en la ejecución sin estar en el lugar del hecho; por ejemplo dirigir un robo mediante la utilización de un teléfono celular, y la presencia en

---

<sup>145</sup> <http://www.csjn.gov.ar>. 11 de junio del 2008, 21:30.

dicho lugar no necesariamente implica coautoría, por lo anteriormente mencionado<sup>146</sup>.

No obstante que el derecho penal Argentino ha establecido como fundamento teórico para penalizar la tentativa la subjetiva; se observa que ésta, no obstante que no exige la comprobación de la puesta en peligro del bien jurídico, si exige que la voluntad del actor haya sido tendiente a lesionar un bien jurídico y no en ponerlo en peligro; lo que nos permite observar que de igual forma en el Derecho Penal Argentino resulta inadmisibles penar la tentativa en los delitos de peligro, ya que se exige la representación de un resultado y no de un riesgo, es decir, el autor del ilícito debe de tener en consideración que quiere lesionar un bien jurídico, es decir, producir un resultado lesivo, sin embargo no lo produce por causas ajenas a su voluntad, admitiendo inclusive la tentativa inidónea, pero siempre en relación a bienes jurídicos que sean susceptibles de ser lesionados como la vida, la integridad física, etc.

### **4.3. México**

El artículo 12 del Código Penal Federal debe de interpretarse también a partir de la teoría subjetiva<sup>147</sup>, ya que no deja dudas referentes a la punibilidad de la tentativa inidónea. Aunque en la letra el Código no haga referencia al comienzo de ejecución, esto debe de ser el mínimo exigido para la existencia de una tentativa punible, pues de lo contrario se sancionarían actos puramente internos<sup>148</sup>.

El tipo de la tentativa tiene la función de extender el ámbito de las acciones relevantes para el derecho penal; en otras palabras, las acciones típicas también comprendidas a supuestos de hecho en los que el tipo objetivo de un delito doloso (intencional) no ha llegado a realizarse completamente. Esta función ampliatoria del tipo, y consiguientemente de la punibilidad, que caracteriza al tipo del delito tentado,

---

<sup>146</sup> Idem.

<sup>147</sup> Cfr., capítulo quinto.

<sup>148</sup> *Op. Cit.*, nota 3, p. 166.

define su carácter de tipo dependiente, en relación a los tipos básicos de la parte especial. De esta manera se explica que haya delito tentado de homicidio, de robo, etc., pero no un delito tentado en sí mismo. Toda tentativa es de un delito determinado y el fundamento de su punibilidad ha sido visto desde distintos puntos de vista: a) las teorías más antiguas han señalado este fundamento en el peligro corrido por el objeto de la acción protegido por el tipo penal; b) se toma en cuenta la peligrosidad del autor. Este tipo de fundamento resulta incompatible con el principio de culpabilidad que hoy en día se tiende a imponer en la dogmática latinoamericana; c) las teorías subjetivas recurrieron a la voluntad del autor activamente contraria al derecho<sup>149 150 151</sup>.

Resulta pues claro que en México se ha adoptado la teoría subjetiva para penalizar la tentativa, pero lo que hasta ahora no ha tenido sustento es que se aplique la tentativa en los delitos de peligro, ya que la teoría subjetiva no admite la tentativa en delitos que no sean de resultado, encontrando así su único apoyo en los criterios de la Suprema Corte, la cual al parecer no toma ni en lo más mínimo la teoría subjetivista, sino parece ser que sin más, únicamente ha tomado en cuenta como fundamento que haya actos ejecutivos para la realización de un delito y que no se haya consumado el mismo por causas ajenas al activo; pero nunca se toma en consideración en qué tipo de ilícitos cabe la tentativa y mucho menos toman en consideración el posible nexo de causalidad siendo lo peor del caso que autores como Efraín García Ramírez, Cesar Augusto Osorio y Nieto dan como un hecho el que se de la punibilidad en la tentativa de los delitos contra la salud, siendo que se trata de delitos de peligro, sin que sus opiniones se encuentren basadas en ninguna investigación, sino únicamente en lo que señalan las tesis y jurisprudencias penales<sup>152 153</sup>.

---

<sup>149</sup> *Op. Cit.*, nota 113, pp. 219, 220.

<sup>150</sup> *Op. Cit.*, nota 14, pp. 457-470.

<sup>151</sup> *Cfr.*, pp. 71-73

<sup>152</sup> *Op. Cit.*, nota 37, pp. 45, 47-48.

<sup>153</sup> *Op. Cit.*, nota 54, pp. 461-467.

## CAPÍTULO QUINTO

### LA PROBLEMÁTICA EN LA APLICACIÓN JURÍDICA CON LAS PENAS EN LOS DELITOS CONTRA LA SALUD

#### 5.1. La Tentativa en los Delitos Contra la Salud y su Interpretación en el Ordenamiento Jurídico Mexicano

En la actualidad se ha dado un proceso de desontologización de la hermenéutica. Se ha querido desvincular de toda fundamentación ontológica o metafísica dado que se proclama la ausencia de ésta y un relativismo muy extremo. Por eso es necesario recuperar su relación con la ontología. Se establece una cierta jerarquía entre los significados, según la cual unos son más apropiados que otros, por lo que no todas las interpretaciones son igualmente válidas sino que unas se acercan más que otras a la verdad o, si se prefiere, a la adecuación hermenéutica. Sobre todo, la hermenéutica analógica resaltarán proporcional a los significados y de las interpretaciones; esto es, aún sin una jerarquía tan marcada habrá interpretaciones mejores que otras, todo ello de manera proporcional, acorde a lo que corresponde a cada una, tomando en cuenta su intencionalidad y su contexto<sup>154</sup>. Como se señala acertadamente será muy importante la interpretación conforme al fundamento ontológico, debiéndose respetar el deber ser, ni tampoco debe de abandonarse la proporcionalidad de lo que se interpreta, pues no todas las interpretaciones son válidas y así lo podemos ver en el supuesto del artículo 12 del Código Penal Federal en el que se señala: “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 aquel no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente... numeral que al ser interpretado por los legisladores, abandona la fundamentación

---

<sup>154</sup> *Op. Cit.*, nota 76, pp. 95-114.

ontológica, estando en contra de la interpretación doctrinaria que resulta más proporcional y válida, puesto que en los delitos de peligro, se establece simplemente la analogía *im malan partem*, puesto que no solo se aplican a los delitos de resultado, sino también a los delitos de peligro, específicamente a los ilícitos contra la salud, y al admitir dicha punibilidad en un futuro se puede legitimar la tentativa a otros delitos de peligro, por lo que mas adelante analizaremos la problemática provocada en el mencionado artículo.

Se piensa el por qué se tiene que interpretar en el derecho, o si bien, no resulta necesario interpretar y basta con lo que diga el legislador; se observa que sí se hace necesaria la interpretación, para lo cual mencionaremos aspectos importantes que se plantean en la práctica jurídica, a raíz de la importancia de la interpretación. De acuerdo a Josepeh Raz: El aspecto del derecho sugiere que éste típicamente consiste en estándares públicamente proclamados, hechos disponibles, para que la gente pueda guiarse por ellos. Las teorías que subrayan la incompletitud del derecho usualmente sostienen que los tribunales tienen una doble función: aplicar el derecho y crear un nuevo derecho o reformular el ya existente. Además se sostiene que los casos pueden ser decididos mediante interpretación jurídica y, por tanto, el derecho será completo. Como cualquier objeto de exégesis permite múltiples interpretaciones, ya que se señala que el derecho es subjetivo, puesto que el mismo como la belleza, se encuentran en el ojo del que mira. Explorar la naturaleza de la interpretación, generalmente ayuda a evitar errores derivados de atribuir rasgos específicos, en un cierto campo, a su parte general, toda elucidación es de un objeto, pudiendo haber buenas y malas, algunas son correctas y otras incorrectas, pero éstas son juzgadas como buenas o malas por su habilidad para hacer que la gente entienda el significado de sus objetos<sup>155</sup>.

Resulta así claro que el derecho se interpreta, aquí la interrogante sería si en el caso de la tentativa aplicada a los delitos de peligro y en concreto a los delitos

---

<sup>155</sup> Citado por: VÁZQUEZ, Rodolfo, “*Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*”, pp. 39-43.

Contra la Salud, resulta aplicable de acuerdo a la interpretación judicial, para lo cual analizaremos primeramente lo que es la interpretación judicial y lo que es la interpretación doctrinaria, ya que como se verá más adelante, no existe un solo sentido, respecto de la aplicación de la tentativa a los delitos de peligro, por lo tanto existe una polisemia.

En primer lugar, la interpretación doctrinal y la judicial se distinguen por su fuerza. La interpretación doctrinal de una determinada disposición de hecho, puede ser entendida como una recomendación, dirigida a los jueces, para atribuir a una disposición de un determinado significado. En los sistemas modernos los juristas solamente pueden hacer sugerencias y propuestas, por lo que esta no resulta obligatoria. Por el contrario la interpretación judicial de una determinada disposición, puede ser entendida como una decisión, en torno a esa disposición. En segundo lugar la interpretación doctrinal puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los textos. Con esto quiere decir que comúnmente, los juristas se preguntan, o eso se supone, sobre el significado de los textos normativos en abstracto, es decir, sin preocuparse de la solución de una específica controversia. La interpretación Judicial por el contrario, puede ser caracterizada como orientada a los hechos, en el sentido de que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo como un particular supuesto de hecho o controversia, del que se busca solución. Los jueces, en suma, no se preguntan cual es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que se preguntan si un determinado supuesto de hecho cae, o no, dentro del campo de aplicación de una cierta norma<sup>156</sup>. En este sentido Guastini se expresa exactamente igual<sup>157</sup>.

Veremos si en el caso del referido artículo 12 del Código Penal Federal resulta claro que aparece una laguna de ley, recordando que existe una laguna de ley aparece cuando el problema de si existe, y cuál es la norma aplicable al caso es una cuestión de interpretación o de subsunción de un supuesto de hecho concreto en un

---

<sup>156</sup> Ibidem, pp. 36-37.

<sup>157</sup> GUASTINI, Ricardo, "*Estudios Sobre la Interpretación Jurídica*", pp. 19-21.

supuesto de hecho abstracto<sup>158</sup>. Un problema de este tipo puede ser resuelto de dos modos: o diciendo que el supuesto de hecho que se examinara recae en el campo de aplicación de una cierta norma, o que no existe alguna norma aplicable a ese supuesto de hecho. En un caso, el derecho no presenta ninguna laguna; en el otro caso por el contrario, el derecho se revela con lagunas. En atención a lo anterior observamos que no existe laguna de ley, ya que en el supuesto de hecho aparece la tentativa de los delitos contra la salud, en la cual la corte ha decidido que es punible, es decir, que se encuentra en el supuesto de hecho de la norma, pero aquí cabe apreciar que se trata de un término vago el que establece cuando una situación no es clara, por lo que requiere de interpretación, esto debido a su generalidad, por lo que la solución depende del significado de la norma en cuestión. Desde el punto de vista semiótico se considera que la carencia de claridad es resultado directo de la vaguedad del lenguaje<sup>159</sup>. Según esta definición, existe algún X respecto del cual y con la ayuda de las reglas semánticas del lenguaje jurídico no se puede decidir si  $X=A$  o  $X \neq A$ . El que toma la decisión ha de utilizar algunos medios extralingüísticos para adoptar la solución<sup>160</sup>. Siendo en claro que el multicitado artículo presenta una vaguedad, ya que establece normativamente aspectos muy generales, al mencionar que se aplicara la tentativa a los delitos en los que exista actos encaminados a realizar un hecho y por causas ajenas al agente se evita el hecho, pero no señala a que tipo de delitos se debe de aplicar la tentativa, por lo que aquí aparece la pregunta ¿a cuáles delitos se aplica la tentativa?

La situación actual que acontece en México respecto de la aplicación de la tentativa, nos encontramos que en la actualidad se esta aplicando la tentativa en los delitos de peligro, específicamente a los delitos contra la salud, en sus modalidades de transporte y venta de estupefacientes, siendo que al menos hasta ahora se ha entendido que la tentativa no puede ser aplicada a los delitos de peligro, aplicación punible que tiene su sustento jurídico en la interpretación judicial que se ha hecho

---

<sup>158</sup> *Op. Cit.*, p. 84.

<sup>159</sup> Se refiere a la vaguedad semántica.

<sup>160</sup> WRÓBLEWSKI, Jerzy, “*Sentido y Hecho en el Derecho*”, p. 138.

por medio de las ejecutorias y jurisprudencias dictadas por la Suprema Corte de la Nación, en las que cada vez más se ve su aplicación de la tentativa, oponiéndose totalmente con la interpretación doctrinal, así como a la dogmática jurídica, siendo que precisamente la aplicación de la dogmática penal es el futuro del derecho, ya que sin la aplicación debida de esta trae como consecuencia un derecho de mera inercia judicial, aunado a un crecimiento irracional del derecho penal.

Por otra parte los delitos Contra la Salud se tratan de delitos de peligro, siendo específicamente un peligro en concreto<sup>161</sup>, siendo del ámbito federal, ya que se encuentran previstos en el artículo 193 del Código Penal Federal y sancionados del artículo 194 al 198 del mismo ordenamiento legal, en los cuales de forma indebida actualmente se están aplicando penalidades indebidas, sobre todo las conductas de transporte y venta de drogas, lo cual todavía no ocurre en la posesión.

Existen delitos de peligro en abstracto y en concreto y tradicionalmente se les ha llamado a los segundos, en los que el bien jurídico debe de haber sufrido un riesgo real de lesión y a los primeros en los que el peligro real no es necesario, en los de concreto, se debe demostrar el peligro concreto sufrido por el bien jurídico, mientras que en los en los de peligro abstracto es suficiente la comprobación de la acción<sup>162</sup>.

Diremos que la tentativa debe basarse en el peligro que objetivamente haya causado para el interés protegido, ya que la tentativa que no causa daños ni peligro, no se le puede llamar como tal, pero sobre todo identificamos a la tentativa como peligrosa con referencia al bien jurídico<sup>163</sup>. En base a lo anterior se señala que no es concebible que se aplique la tentativa a delitos de peligro ya que se establece como un peligro objetivo sobre un bien jurídico determinado, pero sería como castigar el peligro del peligro, o bien la tentativa de la tentativa y precisamente los delitos de peligro son la máxima protección que se le puede dar a un bien jurídico, por lo que

---

<sup>161</sup> *Op. Cit.*, nota 39, pp. 59-64.

<sup>162</sup> *Op. Cit.*, nota 3, pp. 101-102.

<sup>163</sup> *Op. Cit.*, nota 14, pp. 462-465.

incluso se ha dicho que se trata de un adelantamiento extremo del derecho penal, ya que este no sólo se conforma en proteger a los bienes jurídicos de que sean lesionados, sino que estos no corran ningún peligro de ser lesionados, observándose que cada vez más aparecen delitos de peligro y con esto una globalización del derecho penal, pero no sólo eso sino que además ahora se pena las tentativas en los delitos de peligro lo cual parece irracional y por demás alarmante, ya que atenta contra el objeto o naturaleza de la tentativa que es penar el peligro, siendo precisamente lo que se pena en los delitos de peligro, por lo que atendiendo al objeto de la interpretación no resulta válida la interpretación judicial al tratar de penar la tentativa en los delitos contra la salud.

La tentativa debe de ser exclusivamente respecto de delitos materiales de lesión y no de peligro, ya que son los únicos que se conciben una anticipación punible respecto de la lesividad, representando una tipicidad diferente aunque de formulación general, cuya sanción penal sólo puede ser posible en razón de la proximidad de la conducta con el resultado (peligro de lesión), tipicidad de peligro<sup>164</sup>. Siendo por demás claro que no es aceptable la tentativa en los delitos de peligro, sino sólo en los de resultado, ya que sólo son estos delitos en los que se puede poner peligro el bien jurídico, ya que en los delitos de peligro no es admisible un peligro del peligro, siendo una total exageración, lo que traerá como consecuencia que un futuro aparezca legitimada la tentativa de portación de arma de fuego o la tentativa de posesión de drogas, ya que cada vez existe un irracional crecimiento del derecho penal<sup>165</sup>, lo que hace que cada vez más se vuelva insostenible la situación del derecho penal<sup>166</sup>.

---

<sup>164</sup> *Op. Cit.*, nota 19, pp. 787-814.

<sup>165</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, “*Política Criminal en el Cambio de Siglo*”, pp. 16-20.

<sup>166</sup> *Op. Cit.*, nota 60, pp. 63-78.

## 5.2. Necesidad de la no Aplicación de la Tentativa en los Delitos Contra la Salud

Encontrando apoyo de la no punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro, precisamente en la teoría objetiva, la cual considera que la tentativa es punible por el peligro que ha corrido el bien jurídico protegido. Para esta doctrina habrá actos de tentativa o ejecutivos cuando los actos externos son inequívocos, es decir, que no pueden considerarse mas que dirigidos a la consumación del delito desde el punto de vista de un tercero observador, y si éste no puede afirmar esa inequívocidad, porque los actos sean equívocos y pueda establecerse que esta dirigido tanto a la consumación de un delito como a la obtención de un propósito no criminal, serán actos preparatorios impunes. Un punto extremo de esta doctrina es el expuesto por Francisco Carrara, para él es indispensable que los actos externos tiendan unívocamente al delito para que se hable de tentativa. Por lo tanto para Carrara lo que distingue los actos preparativos de los ejecutivos es la univocidad, pero no fundamenta su punibilidad en esto, sino en el criterio objetivo del peligro corrido<sup>167</sup>.

Esta teoría no puede admitir la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea. Aun con lo establecido en la teoría subjetivista que nos menciona que como punto de partida no ya la puesta en peligro del bien jurídico, sino la comprobación de una voluntad hostil al derecho, por lo tanto esta permite castigar a la tentativa inidónea. Han sido en gran medida la teoría dominante y clásica sobre la materia. El criterio básico surge del desvalor del resultado, es necesario que haya un daño social. Este planteamiento aparece claramente fundamentado desde el punto de vista garantista en cuanto sólo se van a castigar aquellas exteriorizaciones de procesos subjetivos que produzcan un resultado; el ciudadano tiene así total claridad sobre la punición de sus comportamientos<sup>168</sup>. Para el criterio subjetivo solo interesa

---

<sup>167</sup> *Op. Cit.*, nota 145.

<sup>168</sup> BUSTOS RAMIREZ, Juan J, et al, "*Lecciones de Derecho Penal*", Tomo II, p. 256.

lo que el autor quiso hacer y concreto en un acto externo. Las teorías subjetivas no pretenden exigir los requisitos que resultan del comienzo de ejecución de un delito determinado, es decir, que prescindan de la adecuación típica parcial y de la idoneidad; en gran número de casos, también del dolo. Estas teorías toman cualquier acto de preparación como un acto de tentativa, ya que voluntad criminal hay en todas las etapas<sup>169</sup>.

Siendo relevante hacer mención que aun cuando castiga a la tentativa inidónea, esto lo hace aun y cuando el bien jurídico no haya corrido ningún peligro, pero si trae como requisito necesario que debe ser un bien jurídico que sea susceptible de causarle una lesión y por consecuencia un daño, ya que sin esto sería inconcebible la tentativa, ya que la peligrosidad sobre el bien jurídico sería inexistente por no ser susceptible de ser lesionado<sup>170</sup>, lo cual ocurre con los delitos de peligro, pero en cambio si pudiera ocurrir con los delitos de resultado o llamados materiales, por ejemplo el delito de homicidio en el cual si pudiera ser castigada la tentativa inidónea, por el peligro que se pudo poner al bien jurídico de lesionarse, aun y cuando no se le haya puesto en peligro, es decir, se trata de castigar la peligrosidad de la conducta de poder lesionar un bien jurídico, lo cual no ocurre con los delitos de peligro, razón por la cual no debe de ser penada la tentativa en los delitos de peligro.

Así pues aparece que en la tentativa punible, por no llegar la acción a producir el daño querido por el agente, el resultado que emana de la misma es el peligro corrido, por lo que debe conceptuarse al peligro como una forma especial del resultado. El peligro exige la probabilidad de un resultado determinado y en este sentido es un peligro concreto, por lo que incluso se manifiesta que el peligro en abstracto no es aceptado en la tentativa, por lo cual no debe de admitirse ya que adopta concepciones imaginarias, es decir, que ni siquiera atiende a los principios de la lógica, según los cuales el peligro como resultado, no puede ser una simple

---

<sup>169</sup> *Op. Cit.*, nota 145.

<sup>170</sup> *Op. Cit.*, nota 3, pp. 166-167.

abstracción de la mente, sino un elemento comprobable, toda vez que debe de contener implícita la probabilidad del daño<sup>171</sup>.

Siendo en claro que en la actualidad representa una gran problemática la punición de la tentativa en los delitos contra la salud, ya que no se observa una objetividad propia derivada de la lesión potencial al bien jurídico, siendo necesario que la norma considere como delito, no sólo el acto mismo lesivo del bien o interés tutelado, sino al mismo tiempo el acto que tiende a esa lesión sin obtenerla<sup>172</sup>.

En el acto de consumación se integra una figura especial, en cambio, en la ejecución, sino llega a la consumación, el bien jurídico se pone en peligro. En la consumación se le afecta cabalmente, en la tentativa sólo hubo peligro de afectación lo que implica también un tipo<sup>173</sup>. La característica de la tentativa es la puesta en peligro de la consumación del daño, por lo que el resultado formal lo constituye la puesta en peligro de ciertos bienes<sup>174</sup>. Autor el cual tiene bastante razón al considerar como peligro a la tentativa y que por lo tanto esta exige la probable consumación del daño, siendo un peligro de afectación, razón por la cual en base a estos criterios resulta claro la no adecuación de la tentativa a los delitos contra la salud, por lo que se hace necesaria su no aplicación en este tipo de delitos, ni en ningún delito de peligro.

Cabe tener presente que el delito agotado no tiene de ordinario trascendencia punitiva, ya que sólo excepcionalmente los actos de tal naturaleza constituyen un delito autónomo o independiente, por lesionar un bien jurídico distinto o bien perteneciente a diversa persona<sup>175</sup>.

Para determinar de forma todavía más clara la indebida punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro, es necesario determinar la naturaleza o esencia de

---

<sup>171</sup> *Op. Cit.*, nota 35, pp. 155-156.

<sup>172</sup> GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, “*Derecho Penal Mexicano*”, pp. 507-509.

<sup>173</sup> *Op. Cit.*, p. 512.

<sup>174</sup> *Ibidem.*, pp. 512-515.

<sup>175</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 44.

la tentativa,<sup>176</sup> ya que de la misma se establece que tienen la misma naturaleza puesto que precisamente la tentativa busca prevenir el peligro de que un bien jurídico sea lesionado, misma naturaleza que la de los delitos de peligro, por lo tanto se puede decir con toda claridad que la tentativa es una especie particular de delito de peligro. La tentativa es punible porque con ella se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Se debe entender por delito de peligro la punición de conductas que exclusivamente suponen el ataque a bienes jurídicos sin requerir para su existencia de la presencia de una lesión, puede afirmarse que no es posible la configuración de la tentativa de delitos de peligro, ya que supondría castigo a una situación que presentaría tentativa de una tentativa o, lo que es lo mismo, peligro de un peligro<sup>177</sup>.

Así que al observarse la tentativa como un comienzo de ejecución, siendo empezar a cumplir la acción típica. El comienzo de ejecución no tiene lugar al exteriorizarse en hechos la voluntad criminal, sino al darse comienzo a la realización del acto típico, el mismo que llega a poner en peligro el bien jurídico tutelado<sup>178</sup>.

Entre los requisitos de la tentativa tenemos: el elemento subjetivo. El sujeto activo debe de actuar con una resolución criminal, es decir, con la decisión de cometer el tipo penal, por tanto, este actuar es doloso. Justamente, la razón por la que no hay tentativa en los delitos culposos es que, no existe una resolución criminal<sup>179</sup>.

El elemento objetivo.- El sujeto activo debe haber comenzado la ejecución del delito. Surge entonces la pregunta ¿Cuándo se comienza a ejecutar un delito? Para responder esto debemos atender a dos elementos:

---

<sup>176</sup> Cfr. Esencia Jurídica Penal de la Tentativa, pp. 36-40.

<sup>177</sup> *Op. Cit.*, nota 79, p. 17.

<sup>178</sup> BERROSPI FIGUEROA, Carlos Antonio, Revista Estafeta jurídica, [www.amag.edu.pe/webestafeta2/index](http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index). 20 de marzo del 2008, 20:00.

<sup>179</sup> *Idem*.

b.1. Según el plan del autor, se debe de examinar la posición inmediata o directa del agente para la realización del hecho delictivo. b.2. Se exige que se haya puesto en peligro el bien jurídico protegido<sup>180</sup>.

El elemento negativo.- El sujeto activo no debe haber consumado el delito, falta de consumación del tipo penal. Pero: ¿Cuándo se da la consumación? La consumación se da cuando se cumple con el verbo rector que contiene el tipo penal, o sea se ha llegado a cometer o concretar el delito.

Los delitos de atentado, de pura tentativa, o de consumación anticipada, pues caso contrario estaríamos, frente a una “tentativa de tentativa”, lo cual redundaría en absurdo.

Los delitos de simple actividad o formales, que se consuman con una simple acción u omisión, por cuanto producen un resultado únicamente jurídico e inmaterial, como por ejemplo la calumnia. En ellos queda excluida la tentativa, por tratarse de delitos unisubsistentes, y que por lo tanto no son fraccionables<sup>181</sup>.

Al respecto MAGGIORE, explica que la doctrina antigua enseñaba perentoriamente que la tentativa no es admisible en los delitos formales, sino únicamente en los materiales<sup>182</sup>.

Es discutida la tentativa de los llamados delitos de peligro. Doctrinariamente se pronuncian por la “exclusión de la tentativa”, ROCCO y RENIERI entre otros, afirmando que no es posible “un peligro”; opinando por la admisión MAGGIORE, VANNINI y ANTOLISEI. Hoy en día se tiende a su admisión, así por ejemplo es posible la tentativa del incendio intencional<sup>183</sup>.

---

<sup>180</sup> Idem.

<sup>181</sup> Idem.

<sup>182</sup> Idem.

<sup>183</sup> Idem.

El punir los delitos de peligro es claro que es indebido, ya que no se atiende a la naturalidad y origen de la punición de la tentativa, así como la exclusiva protección de bienes jurídicos. Por lo tanto el castigar la tentativa en los delitos de peligro podría equivaler a realizar una punibilidad de una tentativa Inidónea o Putativa.

<sup>184</sup> Según Santiago Mir, en todo delito es esencial el peligro ex ante consistente en determinar si la conducta es peligrosa (para una persona media) "ex ante", aunque "ex post" no lo sea. Ejemplo: Si se intenta matar a alguien pero el veneno era insuficiente, "ex ante" el veneno es apto para matar y la conducta por tanto peligrosa. Es inidónea porque si se observa todo desde el final, la conducta no podía producir la muerte, pero como ya hemos dicho el análisis no es así, hay que tomar en cuenta solamente lo que el sujeto iba a realizar. El delito se realiza de la conducta al resultado, lo que hace el juez es ponerse en la cabeza del autor e imaginarse el delito para ver si se imputa o no el hecho. El análisis se realiza de la conducta al resultado porque si no, no se podrían castigar muchos hechos.

Zaffaroni expresa que la tentativa tiene una doble fundamentación: primero se pena por que hay dolo, es decir se quiere el resultado típico, y segundo que la exteriorización de ese dolo afecta a un bien jurídico tutelado<sup>185</sup>.

Fontan Balestra dice que "la tentativa es inidónea cuando los actos realizados no tienen en el caso concreto capacidad para poner en peligro el bien jurídico protegido por la ley penal<sup>186</sup>.

Encontramos criterios de la Corte de Costa Rica, en donde se expresa claramente la postura negativa de la sanción de los delitos de peligro, razón por la cual citaremos los mismos:

---

<sup>184</sup> Citado por: *Op. Cit.*, nota 40.

<sup>185</sup> Citado por: *Op. Cit.*, nota 145.

<sup>186</sup> *Idem.*

Derecho Penal Liberal versus Derecho Penal de Riesgo. Bien jurídico tutelado. Imposibilidad de la tentativa en los delitos de peligro abstracto. N° 1309-2004 de las 10:55 horas del 12 de noviembre de 2004<sup>187</sup>.

De Homicidio. Conforme al principio de lesividad no podría hablarse de tentativa de homicidio si no concurre la puesta en peligro de la vida. Sin embargo aunque la pericia médica indique que el traumatismo físico sufrido por el ofendido no puso en peligro su vida, ello no impide, a partir de la dinámica del hecho, establecer que sí se produjo una lesión potencial (peligro) a ese bien jurídico. N° 607-2002 de las 11:23 horas del 21 de junio de 2002<sup>188</sup>.

Tipos subjetivos complejos o delitos de intención. Requieren una especial dirección de la voluntad hacia un determinado objetivo o resultado. Ejemplos. N° 540-99 de las 10:15 horas del 7 de mayo de 1999<sup>189</sup>.

Siendo en claro que así criterios como los mencionados y que se trata de interpretaciones judiciales, nos ponen de manifiesto la necesidad de que para que haya tentativa es necesario la realización de un peligro o bien la intención de un peligro, esto a fin de que se quiera lesionar un bien jurídico por lo que es claro que la tentativa no es punible en los delitos de peligro

Así también aparecen interpretaciones judiciales en Argentina en donde opera la teoría subjetiva en cuanto a la tentativa en la que nos habla de la Ejecución idónea. Debe de haber iniciado el hecho de tal forma que su acción se dirija de modo primario e inmediato a la realización del mismo. Tal principio de ejecución requiere hechos exteriores dirigidos directamente a la producción del resultado, lo que diferencia esta figura de sus antecedentes en el *iter criminis*. La ejecución puede ser

---

<sup>187</sup> [www.poder-judicial.go.cr/salatercera/indicepenal](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/indicepenal). 3 de marzo 2008- 23:11.

<sup>188</sup> Idem.

<sup>189</sup> Idem.

total o parcial, y se entenderá producida cuando realmente se han llevado a cabo todos los actos necesarios para la producción del resultado<sup>190</sup>.

Al exigir en la tentativa la práctica de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, está suponiendo la posibilidad objetiva de producción del delito, con lo que quedan excluidos los supuestos de delito imposible. La nueva definición de la tentativa al exigir la posibilidad de producción objetiva del resultado, entraña la idoneidad también objetiva de los medios empleados. Por consiguiente, sólo podrán reconducirse a la tentativa aquellos casos de tentativa relativamente inidónea en los que el medio empleado era, en principio, idóneo, si bien resultó insuficiente<sup>191</sup>.

Asimismo, debe de existir una ponderación de las consecuencias de la conducta, respecto al grado de probabilidad que se tiene para poner en peligro o lesionar un interés jurídicamente tutelado. El autor no está obligado, sin embargo a prever circunstancias o factores extraordinarios, ya sea de la naturaleza o de terceros, que puedan alterar, un curso causal regular o el desarrollo de un comportamiento<sup>192</sup>.

La aplicación de la tentativa en los delitos de peligro, resulta inconcebible, puesto que se termina castigando una situación hipotética, significando castigar el peligro de un peligro, lo cual resulta remoto e insoslayable, siendo una gran problemática para justificar su punición teórica, al no existir ningún peligro sobre ningún bien jurídico ni nexo causal, puesto que éste sería imposible de comprobar ante tales circunstancias, renunciando así prácticamente al mismo.

---

<sup>190</sup> [www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tentativa/tentativa](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tentativa/tentativa), 10 de marzo del 2008, 20:30.

<sup>191</sup> Idem.

<sup>192</sup> Idem.

### 5.3. La Penalidad en los Delitos Contra la Salud, atendiendo a los Principios de Proporcionalidad y Lesividad

Es importante aplicar penas más justas en los delitos Contra la Salud, ya que se debe de atender al principio ontológico del deber ser y que en este caso sería precisamente la justicia ya que debe de ser uno de los fines del derecho, por lo que nos apoyaremos fundamentalmente en la interpretación de la doctrina respecto del principio de proporcionalidad para determinar la aplicación de penas más justas.

Este principio señala que las penas no deben de recaer sobre conductas del ejercicio autónomo ético que el Estado debiera de garantizar. La potestad del Estado tiene que necesariamente limitarse a proteger derechos, por lo que no resulta admisible que se pretenda aplicar penas cuando no existe un derecho afectado, ya que con esto no solamente se lesiona el derecho del penado, sino que también al resto de los habitantes, trayendo como consecuencia una globalización del derecho penal.<sup>193</sup>

Ya que una ley que pretenda imponer pautas morales, penando un hecho que no lesiona o peligra en derecho ajeno, es ilícita y la antijuridicidad que deriva de ésta, afecta a todos los que se benefician de la autonomía moral, lesionando el molde de estado de derecho; por lo anterior es claro que para que aparezca y se justifique la intervención del poder punitivo, es necesario que exista un conflicto jurídico, entendido como la afectación de un bien jurídico total o parcialmente ajeno, individual o colectivo<sup>194</sup>.

“El derecho penal sólo puede proteger bienes jurídicos; la expresión bien jurídico se utiliza en su sentido político criminal de objeto que puede reclamar protección jurídico-pena, en contraposición a su sentido dogmático, que alude a los objetos que de hecho protege el derecho penal vigente. La exclusiva protección de

---

<sup>193</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 120.

<sup>194</sup> CHÁVEZ ROJAS, Álex, “*La Posesión y Portación de Armas de Fuego*”, pp. 43-47.

bienes jurídicos, implica que no pueden ser amparados por el derecho penal intereses meramente morales”.<sup>195</sup>

“La dogmática sostiene que en los códigos penales se hacen menciones sistemáticas a distintos bienes jurídicos. Más que eso, incluso se sostiene que es la legislación penal la que configura los bienes jurídicos. Para la dogmática penal todo tipo lesiona un bien jurídico. No es concebible un delito que no lesione un bien jurídicamente protegido. De este modo, la lesión a un bien pareciera ser definitorio del concepto de delito”<sup>196</sup>. Observando que en la práctica, tal vez está lejana esta consideración para la configuración de bienes jurídicos protegidos por el derecho penal, ya que cada vez es más frecuente la aparición de delitos de peligro y aun más de delitos de peligro en abstracto, siendo así un adelantamiento extremo del derecho penal.

"Observando así el principio de que todo delito da lesión de un bien jurídico, el cual al resultar lesionado necesariamente tiene que estar tutelado por el mismo delito. Pasando así la ofensividad a segundo plano, ya que es opacada por la tutela, la cual no se verifica, delimitando la idea del bien jurídico, teniendo así como consecuencia que el derecho penal se reduzca a garantizar la validez de lo señalado por la norma, quedando así solamente un bien, que viene a ser la voluntad del Estado, esto nos permite *penar afectaciones muy lejanas o hipotéticas* (peligros abstractos remotos, etc.), pero también permite aplicar penas muy desproporcionadas con la afectación. La legislación contemporánea tiende cada vez más a minimizar al bien jurídico, mediante la proliferación de tipos del llamado peligro abstracto y demás en la sociedad de riesgos<sup>197</sup>. Siendo aun peor la aplicación de penas en los delitos de peligro ya que si resulta criticable la punibilidad de este tipo de ilícitos, lo resulta aun más la aplicación de la tentativa en los delitos de peligro, ya que en todo caso es equivalente a castigar el peligro del peligro, o la

---

<sup>195</sup> *Op. Cit.*, nota 72, p. 124.

<sup>196</sup> *Op. Cit.*, nota 23, pp. 310-311.

<sup>197</sup> *Op. Cit.*, nota 13, pp. 121-122.

tentativa de la tentativa, resultando que no existe daño alguno hacia algún bien jurídico y mucho menos peligro de que éste pueda ser lesionado.

Siendo por lo anterior que el derecho penal debiera servir y existir para salvaguardar únicamente a los bienes jurídicos, en relación con los objetivos de seguridad jurídica para la convivencia, es por ello que dicha seguridad viene a ser un límite fundamental de la potestad punitiva del Estado. No puede haber comportamientos previstos en la ley como delitos, si los mismos no implican la lesión o puesta en peligro a un bien jurídico. Por lo mismo no puede ser impuesta una pena a una conducta, si la misma no ha supuesto la afectación de un bien jurídico, o su puesta en peligro<sup>198</sup>.

Castigar la tentativa en los delitos de peligro equivaldría prácticamente a estar castigando la tentativa inidónea, por lo que resulta la interrogante: ¿Es la admisión de la punibilidad de tentativas inidóneas una vulneración del *principio de lesividad u ofensividad?*, según el cual sólo merecen castigarse hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico-penal, (empírica y no sólo estadísticamente),. Sólo cuando al peligro sigue la lesión se habrá confirmado la posibilidad real y concreta de dicha lesión, porque sólo entonces se habrá demostrado que concurrían en el hecho todas las condiciones necesarias para que la lesión fuera posible. Pero si la lesión se produce dejaremos de hablar de peligro para hablar de lesión. Es cuando la lesión no se produce cuando decimos que *sólo hubo peligro*. Y es pensando en esta posibilidad cuando contraponemos a la lesión la puesta en peligro<sup>199</sup>.

En esta contraposición, la puesta en peligro no sólo no implica la posibilidad real y concreta de lesión, sino que presupone la ausencia de lesión y, por tanto, de su real y concreta posibilidad. Aquí el juicio de peligro significa sólo apariencia *ex ante* de la posibilidad de una lesión.

---

<sup>198</sup> *Op. Cit.*, nota 10, pp. 101-102.

<sup>199</sup> MIR PUIG, Santiago, “La Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el nuevo Código Penal”. p,3, 4.

*La tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto.* Como es sabido, éste requiere una acción que haya puesto en peligro un bien jurídico concreto. Generalmente esto se expresa diciendo que el delito de peligro concreto no sólo requiere una conducta peligrosa, sino también un *resultado de peligro*<sup>200</sup>.

Es claro que resulta como aspecto dominante la teoría del peligro, ya que lo característico de la tentativa es la puesta en peligro, pues aparece como la única aconsejable, y soluciona en apariencia la totalidad de los casos<sup>201</sup>. Antolisei afirma que la noción de peligro debe ligarse al concepto de probabilidad de daño y que no es algo arbitrario o imaginario, sino producto de la experiencia, esto es, de la observancia sistemática del hecho. Se simplifica bastante la comprensión del tema si se expresa que, dentro de la temática de la tentativa, debe entender el peligro como la probabilidad de daño inmediato.

Ante la no lesividad de bienes jurídicos, resulta preciso reseñar la peligrosidad en los delitos de peligro y en la tentativa de los delitos, para lo cual en los de peligro concreto no sólo ha de existir su apariencia, sino que ha de resultar un verdadero riesgo.

Para que se de el peligro basta la apariencia de la posibilidad real de lesión, siendo tan verdadera en el delito de peligro en concreto, como en abstracto. También en éste ha de *resultar* (se ha de producir) efectivamente la conducta peligrosa.

Resulta cierto que los delitos de peligro concreto requieren un resultado separado de la conducta: un resultado de *proximidad* empírica de la conducta peligrosa respecto a un bien jurídico-penal concreto. Es lo que *Welzel* explicó al requerir en los delitos de peligro concreto que el bien jurídico entre en el "radio de

---

<sup>200</sup> *Idem.*

<sup>201</sup> *Op. Cit.*, nota 172, pp. 515-517.

eficacia de la acción". Pero también el peligro existente para dicho bien jurídico ha de decidirse desde una perspectiva *ex ante*<sup>202</sup>.

En la tentativa idónea ocurre lo que también sucede en los delitos de peligro concreto: se realiza una conducta peligrosa *ex ante* para un bien jurídico-penal concreto que se encuentra en el radio de posible eficacia (*ex ante*) de aquella conducta.

Esto no significa que no puedan encontrarse otras diferencias entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto tipificados especialmente. Para que éstos concurren en el resultado de peligro se exigen los elementos que un sector de la doctrina alemana requiere, como la imposibilidad de dominar el curso del peligro, que el resultado no se haya producido por azar y que el peligro sea inminente. Estas exigencias, que tienen el sentido de requerir mayor intensidad en el peligro, no son necesarias en la tentativa porque en ésta concurre voluntad de producir la lesión típica (si se trata de un delito de lesión), y ésta supone un factor de peligrosidad del hecho que no concurre en los delitos de peligro concreto. Así, requerir que en un delito de peligro concreto el hecho haya escapado al control del sujeto tiene sentido, porque se parte de que éste no quiere producir la lesión y, por tanto, tratará de evitarla si mantiene el control del hecho; en cambio, que el autor de la tentativa controle el hecho no disminuye las posibilidades de que se produzca la lesión, sino que en principio las aumenta, puesto que el sujeto utilizará aquí su control para conseguir la lesión. Es decir, mientras que en los delitos de peligro concreto tipificados, especialmente el mantenimiento del control del hecho por el sujeto disminuye el peligro del mismo, en la tentativa dicho control aumenta su peligrosidad. Podríamos seguir argumentando en esta línea para explicar que en la tentativa no sea necesario exigir otras de las notas que puedan considerarse necesarias para asegurar una suficiente intensidad del peligro en los delitos de peligro concreto<sup>203</sup>.

---

<sup>202</sup> *Op. Cit.*, nota 199, p. 5.

<sup>203</sup> *Idem.*

De lo anterior se demuestra la necesidad del peligro corrido por el bien jurídico tanto para los delitos de peligro como para la tentativa, ya que diríamos que se trata de una conducta *sine quanon*. Puesto que es indispensable que se de ésta ya de manera objetiva o subjetiva para que se pueda tipificar una conducta.

El requisito de peligro corrido, es el requisito para que la tentativa tenga como consecuencia el peligro, es decir, que el evento ejecutado ponga en peligro a un bien jurídico tutelado.

Se considera que la tentativa punible requiere la producción de un resultado que consiste en el peligro<sup>204</sup> corrido, y asimismo que el nexo que debe mediar entre la acción y ese resultado lo constituya la idoneidad<sup>205</sup>.

El artículo 195, párrafo primero del Código Penal Federal, establece: se castigará de 5 a 15 años de prisión a quien posea alguno de los narcóticos señalados en el artículo 193 de la referida ley, a quien posea droga con la finalidad de realizar alguna de las conductas del numeral 194 (en el cual aparece precisamente el transporte y la venta) resultando que lo que se castiga en dicha posesión es precisamente la intención de que la droga sea transportada o comercializada, apareciendo en consecuencia que atendiendo a esta conducta, precisamente se está castigando el peligro de que la droga sea vendida o transportada, en consecuencia resulta ilógico que se castigue la tentativa de dichas conductas puesto que justamente ya se castiga dicha intención peligrosa, y al aplicar la tentativa se esta realizando una doble punición. Recordando que se trata de un delito formal y no de tipo material, lo cual resulta importante en el caso.

Se encuentra el último fundamento en la exigencia de que sean los propios ciudadanos quienes decidan qué objetos reúnen las condiciones requeridas para

---

<sup>204</sup> La doctrina Alemana tiene el mérito de haber realizado ciencia en el tema, al desarrollar la noción de peligro, desde un aspecto totalmente dogmático.

<sup>205</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 133.

constituir bienes jurídicos penales. El estado de derecho, y el principio de legalidad material señalan que los distintos objetos cuya lesión pueda determinar la intervención penal se concretan en forma bien diferenciada en un catálogo de bienes jurídicos específicos correspondientes a los distintos tipos de delito, sin que baste una referencia a cláusulas generales, como perturbación del orden social y perjuicio social<sup>206</sup>.

Es aquí donde entra en conflicto la punibilidad de los delitos de peligro, sobre todo la tentativa de éstos, ya que no lesionan ningún bien jurídico y mucho menos lo ponen en peligro, por lo que existe la implementación de penas justas en los delitos contra la salud, debiendo de aplicarlas únicamente por lo que ve a la posesión de estupefacientes y no por tentativa de transporte o de venta, ya que al aplicar esta penalidad de tentativa se lesiona gravemente el principio de Lesividad, y la pena resulta totalmente disparada con relación al daño realizado o al peligro creado, pues de por sí las propias penalidades de posesión violan gravemente dicho principio, toda vez que la pena es de cinco a quince años de prisión; violación que igualmente se observa en la penalidad de transporte y venta de estupefacientes, la cual es de diez a veinticinco años de prisión, siendo penas lesivas para el principio de humanidad, observando que los legisladores al aplicar las penalidades únicamente buscan un estado de derecho, más n uno social o democrático; ya que finalmente este tipo de delitos son cometidos por la clase marginada, siendo prácticamente imposible que los realice la clase alta, realizando una clara criminalización y selectividad de personas.

“Precisamente porque la criminalidad es socialmente percibida como un síntoma de malestar o de enfermedad de la sociedad, se toma necesario capturar, relegar, circunscribir el saber criminológico a un área no política, a un espacio neutral, en el que ya no sea posible atribuir ninguna inteligibilidad a la acción

---

<sup>206</sup> *Op. Cit.*, nota 72, pp. 125-126.

criminal, en la cual la cuestión criminal no induzca más a nadie a poner en cuestión el orden de aquella sociedad”<sup>207</sup>.

Siendo claro cómo las penalidades en la tentativa aplicada a los delitos contra la salud, son del todo indebidas, ya que no atienden a la lesión que se crea o a la puesta en peligro de un bien atendiendo a su jerarquía y violando la naturaleza de ambos delitos, por lo que vemos situaciones del todo criticables, como en el caso que una persona lesione a otra gravemente y se le aplique una pena menor de diez años y en cambio una persona cometa una tentativa de venta de cocaína, siendo que únicamente iba a vender cien miligramos de esta droga y se le sentencie a diez años o a más, como en el supuesto en el que utiliza a un menor de edad, donde la pena mínima es de diecisiete años, resultando del todo desproporcionado ya que debe verse la jerarquía de bienes, siendo además que el propio consumidor es quien pone en autopeligro su salud, asumiendo su propia libertad y riesgos, ya que éste decide de mutuo propio consumir la droga, lo cual debe valorarse y no se hace, por lo que deben de observarse estas circunstancias para no aplicar la tentativa, y si vamos mas lejos, en aplicar penas mas benignas en general en todos los delitos contra la salud, ya que éstos han reflejado cada vez una mayor penalización, sin que se atienda a las líneas de política criminal, la cual viene a ser “aquellas acciones establecidas por el estado para prevenir, disuadir, combatir y reprimir las conductas antisociales, las cuales pueden convertirse en delito y poner en peligro o dañar los bienes necesarios para la convivencia social y desestabilizar las instituciones públicas y privadas.

La política también debe alcanzar lo concerniente a la corrección o readaptación de los transgresores de la ley. Para algunos autores como Rodríguez Manzanera, González de la Vega y Zaffaroni la política criminológica en México es indebida, sin que exista una planificación de esta disciplina, porque se realiza en el

---

<sup>207</sup> PAVARINI, Massimo, “*Control y Dominación*”, pp. 93-94.

camino, sobre la marcha, de manera empírica y siempre corresponde el beneficio a determinado grupo en el poder, más no a los intereses de la sociedad mexicana”.

La Tentativa tiene graves problemas para su punibilidad puesto que en nuestra legislación se aplica la pena mínima en la tentativa, respecto del delito consumado, lo cual viola los referidos principios, ya que no resulta igual violar o intentar violar; razón por la cual debería en la tentativa aplicarse una pena atenuada respecto del delito consumado, así también aparece que en los casos que el delito es grave, de igual forma se considera como grave a la tentativa del delito considerado como tal, lo cual resulta permisivo puesto que la tentativa se trata de una especie de delito autónomo, por lo tanto se deben considerar los casos concretos en los que la tentativa sea grave y no aplicable como tal en todos los delitos.

#### **5.4. Modificación al Artículo 12 del Código Penal Federal**

Como ya se ha podido apreciar es necesario que nuestra legislación no aplique la tentativa en los delitos de peligro, observando que se aplica la teoría objetivista, también aparece que ésta no contempla la aplicación de penas en la tentativa de los delitos de peligro; sin embargo, así se ha adoptado por nuestro sistema penal, lo cual se ha visto reflejado en los criterios de la Corte, criterios que no tienen el debido sustento, ya que debemos de recordar que la interpretación jurisprudencial, tiene como objeto de estudio el derecho práctico y el método de abordarlo debe de ser prudencial y analógico, es decir, un método que perneé la razón significativa de lo debido. Un objeto de conocimiento que consista en una obra del hombre, como es el caso del derecho, no puede ser conocido en cuanto tal sino en una perspectiva práctica y directa de la acción humana, desde el punto de vista de lo debido, porque su objeto está por hacerse y de la orientación que se de al obrar humano depende cuál habrá de ser la forma que adquiera en definitiva<sup>208</sup>.

---

<sup>208</sup> PLATAS PACHECO, María del Carmen, *“Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad”*, pp. 34, 35.

Siendo claro que existe una deficiencia en el ordenamiento, ya que es necesario especificar en qué casos puede aplicarse la tentativa<sup>209</sup> y en cuales no; existiendo únicamente un concepto vago. Analógicamente cada vez a más conductas se les aplica la tentativa, aun y cuando ésta falte a su objeto y naturaleza la cual es el prevenir el peligro que corren los bienes de ser lesionados, ya que precisamente los delitos de peligro también castigan el peligro de que el bien jurídico pueda ser lesionado, en tanto se estaría castigando el peligro del peligro y por lo tanto se está atentando con lo debido que es lo que busca la jurisprudencia en la interpretación de casos concretos.

Desde el punto de vista ontológico, la peculiaridad de problemas que las diferentes formas de traducción jurídica puedan enfrentar, tienen su origen en el así llamado carácter lingüísticamente dependiente del derecho o, más precisamente, de sus normas, cuya totalidad identifica y define al orden jurídico. Pudiendo mejorar el entendimiento de la interpretación jurídica, mejorando la comprensión de la misma analogía entre interpretación jurídica y traducción<sup>210</sup>. Por consecuencia no se encuentran apoyados en legitimidad alguna, ya que únicamente lo que ha hecho la interpretación judicial, es realizar una interpretación analógica, pero sin atender a su objeto y al principio ontológico del deber ser.

La tentativa exige un resultado formal, el cual se constituye por la puesta en peligro de los bienes, encontrando así una gran problemática, ya que considera que dentro de la técnica del tipo se constituye uno abierto, por no especificar la forma de ejecución<sup>211</sup>.

“La tentativa vulnera el principio de culpabilidad y obliga a castigar al delincuente no tanto por lo que ha hecho y por su grado de culpabilidad en la comisión del mismo; sino más bien por lo que es él o por la forma de conducir su

---

<sup>209</sup> GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, “*Filosofía del Derecho*”, p. 222.

<sup>210</sup> MAZZARESE, Tecla, “*La Interpretación Jurídica como Traducción* pp. 77-78.

<sup>211</sup> *Op. Cit.*, nota 92, pp. 522-523.

vida”<sup>212</sup>. Siendo el llamado derecho de autor, razón por la cual la tentativa no debe de penar por la peligrosidad de la persona y si lo hiciera, en el peor de los casos, lo debe de hacer atendiendo a que esa peligrosidad sea con la finalidad de realizar un resultado y no un peligro; así vemos, por ejemplo como Arturo Zamora Jiménez señala acertadamente que el delito de Disparo de Arma de Fuego no admite tentativa, afirmando: “el hecho de pretender disparar contra alguien constituye (de acuerdo a las circunstancias) el delito de amenazas o de ataque peligroso”<sup>213</sup>. Siendo acertado su comentario, ya que los delitos de peligro no deben de admitir tentativa.

“La tentativa de delito sintetiza una fórmula general con la que se criminaliza en razón del peligro de lesión, o sea, peligro de conflictos lesivos en que el resultado se releva en el tipo como requerimiento ineludible. Es decir, tentativa y delito de peligro, como programación general y específica, respectivamente, forman parte de la misma categoría de anticipaciones punitivas por peligro de lesión; lo que implica a la vez, que sea ese ámbito de peligro y no otro. Requiriendo para la tentativa la posibilidad de causar un perjuicio, la cual es típica siempre que se trate de una conducta próxima a un resultado lesivo (para la propiedad, la salud, la libertad)”<sup>214</sup>.

Siendo efectivamente que la tentativa y los delitos de peligro tienen la misma naturaleza, ya que ambos castigan el peligro, razón por la cual no puede castigarse el peligro del peligro o la tentativa de la tentativa.

“Resulta inevitable la tendencia de la teoría subjetiva a aproximarse a la punición del ánimo y extender el ámbito punible a los actos preparatorios. La equiparación de la pena de la tentativa con la del delito consumado desconoce el aspecto objetivo del injusto, alejándose del llamado ilícito personal que en modo alguno impone esta consecuencia para aproximarse a un derecho penal del

---

<sup>212</sup> Ibidem. p. 124.

<sup>213</sup> ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, “*Manual de Derecho Penal*”, p. 148.

<sup>214</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 775.

enemigo”<sup>215</sup>, sólo cuando el desvalor de una voluntad que se revele hostil y contraria el orden que quiere establecer<sup>216</sup>...”. Resulta claro que debemos de acercarnos a la teoría objetivista para que se aplique de una mejor forma la tentativa, no sólo con los delitos de peligro, sino con cualquier otro ilícito en el que se quiera aplicar ésta.

“La tentativa en los delitos de lesión son los únicos en los que se concibe una anticipación punible respetuosa de la Lesividad, representando una tipicidad diferente a la formulación general, cuya sanción penal sólo es posible en razón de la proximidad de la conducta con el resultado (peligro de lesión). De este modo valen, respecto de la tentativa todas las limitaciones acotantes impuestas por la tipicidad sistemática y conglobante, como las que vienen señaladas por la justificación y la culpabilidad”<sup>217</sup>.

Es claro que la tentativa es considerada como la voluntaria puesta en peligro en forma típica de un bien jurídicamente tutelado. La tentativa observa una objetividad propia derivada de la lesión potencial al bien jurídico, pues es la fusión de dos normas a la integración de un delito perfecto<sup>218</sup>.

En la tentativa punible, por no llegar la acción a producir el daño querido por el agente, el resultado que emana de la misma es el peligro corrido<sup>219</sup>, por lo que debe conceptuarse al peligro como una forma especial del resultado<sup>220</sup>.

No debe de aceptarse el peligro abstracto en la tentativa, ya que adopta concepciones imaginarias, pues ni siquiera atiende a los principios de la lógica, según los cuales el peligro como resultado, no puede ser una simple abstracción de

---

<sup>215</sup> Se le llama derecho penal del enemigo cuando el legislador no dialoga con sus ciudadanos, sino que amenaza a sus enemigos, conminando sus delitos con penas draconianas, recortando las garantías procesales, y ampliando las posibilidades de sancionar conductas muy alejadas de la lesión de un bien jurídico. MUÑOZ CONDE, Francisco, “*El Derecho Penal del Enemigo*”, p. 25

<sup>216</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 780.

<sup>217</sup> *Ibidem*, p. 783.

<sup>218</sup> *Op. Cit.*, nota 172, pp. 506-507.

<sup>219</sup> Los delitos de peligro en abstracto no cumplen con ese peligro, por lo tanto son considerados como una categoría específica.

<sup>220</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 154.

la mente, sino un elemento comprobable, toda vez que debe contener implícita la probabilidad del daño<sup>221</sup>.

Existen varios teóricos que coinciden en que la tentativa no debe de ser sancionada ya que señalan que esto resulta imposible, puesto que equivaldría a castigar el peligro del peligro, o bien, la tentativa de la tentativa, entre éstos se encuentran los doctrinarios Italianos ROCCO, RENIERI, MAGGIORE, VANNINI y ANTOLISEI<sup>222</sup>, también encontramos expresión textual de ZAFFARONI quien hace mención a que la tentativa no es aplicable a los delitos de peligro; de igual forma, encontramos estudiosos Mexicanos como GUSTAVO MALO CAMACHO Y JOSÉ ARTURO GONZÁLEZ QUINTANILLA, quienes se expresan a favor de dicha negativa. Posturas con la cual se está totalmente de acuerdo, ya que como se menciona, es necesario que exista un peligro de lesión y no, en cambio, de tipificar con un peligro del peligro, siendo por demás claro la necesidad de modificar el artículo 12 del Código Penal Federal a fin de dejar atrás la Interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, emitida a través de sus tesis y jurisprudencias en las que se intenta legitimar la aplicación de la tentativa en los delitos de peligro, específicamente en los delitos contra la salud, ya que este tipo de interpretaciones no crean seguridad, sino que vienen a evidenciar la crisis que trae consigo el ejercicio irracional del poder punitivo y amenaza los espacios de la libertad social, indispensables para la convivencia de forma democrática. Por lo que el numeral referido debe de especificar la no aplicación de la tentativa en delitos de peligro, así como de igual forma debe de establecerse en qué momento se consideran los actos ejecutorios para una mayor seguridad legal.

Observándose que la Corte de Costa Rica, ha emitido criterios en los cuales establece la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro, circunstancia que es importante apreciar para determinar la indebida interpretación realizada al

---

<sup>221</sup> Ibidem, pp. 155-156.

<sup>222</sup> Cfr, capítulo quinto, pp. 71-81.

respecto<sup>223</sup>. Así como también, la doctrina Argentina establece la no punibilidad de los delitos de peligro, dado que su origen se trata de la misma naturaleza que la tentativa.

## **5.5. La Aplicación de Penas Proporcionadas y Justas en los Delitos Contra la Salud**

Como ya se estableció, de acuerdo a la interpretación doctrinal encontramos el principio de proporcionalidad, así como el de lesividad, entre otros, que nos señalan directrices que deben observarse para una debida punibilidad en los delitos. Siendo así, una necesidad que los delitos contra la salud tengan penas proporcionadas, ya que las penalidades establecidas para este tipo de ilícitos están vulnerando el principio de Lesividad y humanidad. Por lo que ve al principio de proporcionalidad, debe de mencionarse que: “resulta irrazonable e intolerable la criminalización, cuando la base sobre la cual el conflicto opera es de mínima lesividad, o cuando no siéndola, la afectación de derechos que protege, es groseramente desproporcionado, de conformidad con la lesividad que originó el conflicto. Puesto que resulta imposible demostrar la racionalidad de la pena, por lo que las agencias jurídicas deben constatar al menos, que el costo de derechos de la suspensión del conflicto guarda un mínimo de proporcionalidad con el costo de derechos de la suspensión del conflicto, y que además guarda un mínimo de la pena con la magnitud de la lesión<sup>224</sup>.

No sólo debe culparse al autor de aquello que motive la pena, sino también la gravedad de que ésta resulte proporcionada a la del hecho cometido, criterio que debe de servir para la graduación de las penas. “El principio de culpabilidad no basta con ser entendido en sus justos términos, puesto que para asegurar la necesaria proporcionalidad entre delito y pena”. Aquel principio sólo existe para que pueda castigarse al sujeto culpable de la lesión por la que se le castiga. Nada dice esto de

---

<sup>223</sup> Cfr., p. 77.

<sup>224</sup> *Op. Cit.*, nota 172, pp. 123-124.

la gravedad de la lesión ni, por tanto, de que deba de ajustarse a ésta la cuantía de la pena”<sup>225</sup>.

Este principio deriva en primer término de la necesidad de la intervención penal, que implica la proporción que debe de existir entre la lesión realizada a los bienes jurídicos por el delito y la afectación que les haga el autor culpable. “La desproporción entre la afectación de la pena y la ocasionada por el delito podría ser origen de una mayor intranquilidad y alarma social que la derivada de la afectación misma causada por el delito. No pueden existir comportamientos previstos en la ley penal como delitos, que no impliquen una afectación (lesión) o puesta en peligro a un bien jurídico”<sup>226</sup>.

Dos aspectos o exigencias hay que distinguir en el principio de proporcionalidad de las penas. Por una parte que, la necesidad de que la pena sea adecuada al delito. Por otra parte, la exigencia de que su medida se establezca basándose en la importancia social del hecho (a su nocividad social). “La necesidad misma de la proporción se funda en la convivencia de una prevención general no sólo intimidadora, sino capaz de afirmar positivamente la vigencia de las mismas en la conciencia colectiva”<sup>227</sup>. Observando cómo en los delitos contra la salud las penas son demasiado elevadas, siendo que se trata de delitos de peligro, sin ser acorde a la importancia social del hecho, ya que el transporte y la venta tienen una penalidad de diez a veinticinco años de prisión, mientras que la del delito de homicidio simple intencional es de doce a veinticuatro años de prisión; vulnerando así el principio de jerarquía de los bienes tutelados, ya que mientras uno pone en peligro la salud, el otro lesiona la vida, sin que se valore además que existe una autopuesta en peligro de la salud por parte de los posible consumidores<sup>228</sup> de las drogas, ya que éstos por voluntad propia deciden poner en peligro su salud, lo cual debe de valorarse, pero

---

<sup>225</sup> *Op. Cit.*, nota 130, pp. 123-124

<sup>226</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 780.

<sup>227</sup> *Op. Cit.*, nota 130, p. 132.

<sup>228</sup> De acuerdo a la Victimodogmática debe de tomarse en cuenta la participación en el hecho por parte de la víctima del delito para así valorar la culpabilidad del sujeto activo, puesto que en ocasiones la propia víctima provoca o participa en el delito.

resultan todavía mas descabelladas las penalidades por tentativa de transporte o de venta de drogas, siendo que en todo caso debe de aplicarse la pena de posesión, la cual también resulta irracional y desproporcional, ya que es de cinco a quince años de prisión, habiendo una tendencia a la mayor penalización, cuando debería de ser al contrario, es decir, debería despenalizarse; ya que atentan contra la dignidad humana, siendo además que se trata de un adelantamiento extremo del derecho penal, el cual no se encuentra justificado, y mucho menos si tomamos en consideración las penas, ya que no es factible que en los casos en los cuales se lesiona un bien jurídico, como la vida, se ponga una penalidad menor que en el delito de peligro contra la salud, resultando una total incongruencia en su aplicación.

Esta afirmación de las normas aconseja apoyar con mayor pena las más importantes que las menores, con objeto de evitar que aquellas se devalúen. Un derecho penal democrático debe ajustar la gravedad de las penas a la trascendencia que para la sociedad tienen los hechos a que se asignan, según el grado de la nocividad social del ataque al bien jurídico. Siendo así que existen penalidades más graves en algunos delitos de peligro que en los propios de resultado, violando con esto el principio de proporcionalidad, pudiendo ocasionar una intranquilidad social, no obstante de no ser conductas, al establecérselas penas parecieran serlo y lo que resulta peor, esto trae como consecuencia una tremenda corrupción en donde se ven involucrados todos los cuerpos policíacos, ya que sabedores de las penas tan altas que implican este tipo de delitos, tratan de extorsionar a las personas sorprendidas en estos ilícitos, ya que además también saben que las multas aplicables en estos casos son demasiado altas, trayendo como consecuencia que sean únicamente las personas que no cuentan con dinero o las más desprotegidas, a las que se lleven detenidas, lo que se puede llamar como selectividad de los desprotegidos y más vulnerables.

Las valoraciones sociales deben guardar proporción no sólo con los beneficios sociales que pueden aportar, sino más concreto, con el grado de peligrosidad criminal del sujeto y con la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable

que pueda cometer. Sería conveniente, además, que sólo se admitiesen medidas de internamiento cuando concurriera peligro de comisión de delitos considerablemente graves<sup>229</sup>. Estando de acuerdo con esta opinión, ya que las medidas de internamiento solamente son para las personas antisociales, es decir, para los delincuentes de conductas graves, ya que el internar a personas no antisociales lo único que provoca es la disocialización y mayor criminalidad.

Quedando en claro que los tipos penales de peligro descritos en el Código, tienen una derivatoria real, la cual tiene como plataforma previa, una situación peligrosa; lo mismo puede hablarse para la tentativa; empero, quiérase o no, las mismas medidas de seguridad, se han presupuestado como fórmulas de prevención predelictuales, tomándose para ellas como principal ingrediente la peligrosidad<sup>230</sup>.

Debemos pugnar por un justo equilibrio sin elrebuscamiento en las ideas, desde luego, preocupándonos porque los delitos no sean un invento improvisado, sino que previamente estén descritos y las penas anticipadamente establecidas; evitando al máximo que determinados hechos, atípicos por no encontrarse cuadratura de ellos en ninguna descriptiva, sean materia de calificativa como delictuosos por la autoridad que se encuentra conociendo de ellos, pues esto daría margen a lo que hemos conocido como armas políticas, reprimiendo sin previa autorización del Órgano Legislativo; aunque en ocasiones él mismo, en forma lamentable deja abierta la capacidad de acción de la autoridad para que hechos verdaderamente inocuos para su sancionamiento penal, sean castigados en función a la persona y no los hechos como tales<sup>231</sup>.

Así que para el castigo de la tentativa, el fundamento es el peligro, considerando que dicho elemento puede presentarse en mayor o menor medida, por lo que debe considerarse como una guía segura para resolver sobre la punibilidad de

---

<sup>229</sup> *Op. Cit.*, nota 10, p. 133.

<sup>230</sup> *Op. Cit.*, nota 172, p. 541.

<sup>231</sup> *Ibidem*, p. 142.

la tentativa<sup>232</sup>.

La tentativa como delito imperfecto implica la lesión de una norma, de un interés jurídico, sin alcanzar a dañar el bien tutelado por el tipo. Dicha lesión se determina porque la acción de tentativa entraña como resultado la posibilidad de daño en el caso concreto, por lo que puede decirse que la antijuridicidad es una de las condiciones necesarias para punir la tentativa y que ésta se concretiza en la tentativa punible al poner en peligro al bien jurídicamente tutelado por la norma penal<sup>233</sup>.

Se debe de dar una participación interdisciplinaria de Política Criminal, a fin de analizar el adecuado impacto anómalo en la sociedad de una figura con tales características y su posible utilización como instrumento represivo, que con el afán de perseguir el propósito fundamental: salvaguardar los auténticos bienes jurídicos, considerados como merecedores de protección y evitar todo aquello que implique ataque y peligro para ellos, impidiendo así el punir peligros hipotéticos o irreales.

Por otra parte, la tipicidad es condición para punir la tentativa, siendo necesario que el comienzo de ejecución encuadre en dos tipos: primeramente en el que describe los elementos necesarios para que se configure una figura delictuosa; y en segundo lugar, el que describe el delito al cual estaban encaminados la intención y el hecho; por ejemplo, para que se declare punible una tentativa de robo la acción debe encuadrar primero en el artículo 12 del Código Penal de 1931 y así mismo en el artículo 367 del mismo Código<sup>234</sup>.

---

<sup>232</sup> *Op. Cit.*, nota 35, p. 164.

<sup>233</sup> *Ibidem*, p. 178.

<sup>234</sup> *Ibidem*, p. 179.

## CONCLUSIONES

1. El delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales, pero doctrinalmente diremos que es el acto típico, antijurídico y culpable, sin que la punibilidad constituya un elemento esencial del delito, puesto que cuando se aplica una excusa absolutoria existe ilícito pero se prescinde de la pena. Observando que la pena es una consecuencia lógica del delito, siendo impuesta por el Estado por medio de la coerción, la cual implica privación de derechos o un dolor y que no repara ni restituye, ni tampoco detiene las lesiones realizadas, por lo que ésta no es un derecho de defensa.

2. La tentativa es la práctica de actos externos materiales tendientes a la realización de un delito el cual no se logra por causas ajenas al sujeto activo. En la tentativa se observa ya un inicio de ejecución del núcleo del tipo.

3. Los delitos contra la salud son denominados de peligro en concreto, puesto que ponen en riesgo al bien jurídico tutelado, siendo el motivo por el que se castigan debido a la posibilidad de ocasionar una lesión.

4. El transporte de droga es trasladar la misma de un lugar geográfico a otro, con un fin distinto que el de la simple posesión. En cuanto a su venta es la transmisión de la propiedad por parte de un sujeto llamado vendedor a otro sujeto llamado comprador, mediante el pago de un precio cierto y en dinero.

5. En todo momento se da sentido a los textos, utilizando la Hermenéutica Jurídica, la cual es el arte de interpretar, a partir de la valoración de la formación de procesos ya cumplidos, no sólo en ordenamientos jurídicos, y es así, como se permite conocer el universo del lenguaje, a partir de una realidad en general. La duda es el inicio para interpretar, siendo ésta la que nos permite abrirnos el horizonte y así poder conocer y pensar de diferentes maneras respecto de lo establecido, o simplemente para una mejor comprensión.

**6.** En el transcurso de la historia, la tentativa siempre ha sido dirigida a la protección de los bienes jurídicos con el fin de que no sean lesionados, es decir, los protege de ser dañados.

**7.** La tentativa en esencia es la situación eficaz de lesionar un bien jurídico, por lo tanto con ella se pone en peligro a éste, teniendo la misma naturaleza que los delitos de peligro, ya que estos también protegen que el bien jurídico no sea dañado.

**8.** Encontramos la existencia de diversos tratados y convenios internacionales en lo referente a estupefacientes y psicotrópicos. Siendo en el Código Penal Federal donde se va establecer la previsión y sanción de los delitos contra la salud, específicamente en los artículos del 193 al 199, en los que se encuentra la transportación y venta (194, Fracción I). De igual forma en dicho Código aparece el artículo 12 el cual señala la aplicación de la tentativa.

**9.** Observando que los delitos contra la salud son ilícitos abiertos puesto que para su aplicación es necesario recurrir a la Ley General de Salud, ya que en la misma nos determina cuales son los estupefacientes y narcóticos que se castigan, y cuales son los permitidos, estableciendo las circunstancias para hacerlo.

**10.** De acuerdo a la interpretación Judicial encontramos las jurisprudencias y tesis de la Suprema Corte de la Nación, en las que se hace énfasis en la aplicación de la tentativa en los delitos de peligro, específicamente en los delitos Contra la Salud, sin que en el Código Penal Federal se haga referencia sobre su aplicación, existiendo una vaguedad al respecto. En cambio la Corte de Costa Rica establece criterios expresos en contra de la punibilidad de la tentativa en los delitos de peligro.

**11.** En España se aplica la teoría objetiva para la tentativa, la cual nos menciona que es menester que el bien jurídico corra un peligro real de ser lesionado y por lo tanto no acepta la aplicación de la tentativa inidónea, por lo que se considera que la misma es punible por el riesgo que ha corrido el bien jurídico tutelado de ser dañado y por lo tanto no admite su aplicación en los delitos de peligro.

**12.** Se concluye que en Argentina se atiende a la teoría subjetiva en relación con la aplicación de la tentativa, es decir, la aplica no por el peligro que corra el bien jurídico de ser lesionado, sino por la peligrosidad que se representa en la voluntad del activo de ser dañado, aun y cuando no lo ponga en peligro, por lo que acepta la tentativa inidónea, pero en cambio no la admite cuando existe dolo eventual, estableciéndose que tampoco la acepta en los delitos de peligro ya que es necesario que exista la voluntad de querer lesionar un bien jurídico no sólo de ponerlo en peligro.

**13.** Por lo referente a México se determinó que la tentativa tiene su apoyo en la teoría objetiva, sin que acorde a la misma sea posible la aplicación en los delitos de peligro, aplicándose sin embargo en los delitos contra la salud, encontrando su sustento jurídico en la Interpretación Judicial al establecer sus criterios emitidos por la Suprema Corte de la Nación.

**14.** Se concluye que de acuerdo al principio de Lesividad no deberían de existir comportamientos previstos en la ley como delitos, si los mismos no implican una lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, por lo tanto ateniendo no resulta admisible la penalidad de la tentativa en los delitos contra la salud.

**15.** Se determinó que la interpretación judicial es la que realizan los jueces, mientras que la doctrinal, es aquella plasmado por estudiosos del derecho, la primera tiene el carácter de obligatoriedad, mientras que la segunda tiene únicamente el fin de dar opiniones científicas sobre la norma o principios.

**16.** Se establece que la interpretación ontológica señala que al dar sentido a la norma se debe de respetar el deber ser, así como la proporcionalidad de lo que se representa, sin que todas las interpretaciones por lo tanto sean validas, no siendo loable en consecuencia la realizada por la Suprema Corte de la Nación al artículo 12 del Código Penal Federal, ya que no se respeta el deber ser, es decir, se abandona el fundamento antológico.

**17.** Se observa la necesidad de la interpretación del derecho, ya que todos los casos pueden ser decididos por ésta, pero las mismas serán buenas o malas atendiendo al objeto para lo cual fue realizada. Observando que la ejecutada al artículo 12 del Código Penal Federal al establecer la aplicación de la tentativa a los delitos contra la salud, no se atiende al objeto, ya que el objeto de la norma es punir el peligro que corra el bien jurídico de ser lesionado, sin que esto sea posible, ya que precisamente los delitos contra la salud se tratan de delitos de peligro, los cuales castigan exactamente lo mismo, por lo que no se podrá punir el peligro del peligro o la tentativa de la tentativa.

**18.** Se determinó que al realizar una interpretación del principio de proporcionalidad nos habla que no sólo debe de culparse al autor por el hecho que motive la pena, sino que la gravedad de ésta resulte proporcional a la del hecho cometido, por lo que aparece la necesidad imperante de que la pena sea proporcionada al delito y que dicha medida se establezca basándose en la importancia social del hecho.

**19.** Con las penalidades establecidas en los delitos contra la salud y en la tentativa, se violan los principios de lesividad y proporcionalidad, ya que se establecen penas exageradas, apareciendo que en ocasiones la penalidad de estos injustos, viene a ser más alta en algunas ocasiones que las penalidades de los delitos de resultado, por lo que es necesario la aplicación de penas más justas en este tipo de ilícitos.

**20.** Se concluye que no precisamente aparece una laguna en el artículo 12 del Código Penal Federal, pero si aparece una vaguedad, ya que el término no es claro y si muy general, lo que permite tener dudas respecto de que tipo de delitos se debe de aplicar la tentativa, en consecuencia se hace necesario adicionarse al mencionado numeral la especificación de que en los delitos de peligro no será aplicada la tentativa, para estar acorde a lo establecido por la teoría objetiva que viene a ser la que adoptamos para la aplicación de la mencionada figura.

## **PROPUESTAS**

PRIMERA. Se exprese como aspecto de Antijuridicidad la necesidad de la puesta en peligro de bienes jurídicos en la aplicación de la tentativa.

SEGUNDA. Se adicione al artículo 12 del Código Penal Federal la especificación de la no aplicación de la tentativa en tratándose de delitos de peligro y así no se viole la teoría objetiva la cual rige en México para su aplicación.

TERCERA. Se especifique como aspecto de tipicidad que el comienzo de ejecución de la conducta realizada por el sujeto activo encuadre en una conducta delictuosa, así como en la tentativa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal Federal.

CUARTA. Se imponga como pena mínima en la tentativa de los delitos, las dos terceras partes de la pena mínima por el delito consumado, así como dicha pena como límite para la penalidad máxima de la misma.

QUINTA. Se impongan penalidades mas justas y proporcionados en los delitos contra la salud, de acuerdo al tipo de delito que se trata y al peligro creado y así haya una proporción justa en su penalidad y con esta exista una tendencia a la despenalización y no a la globalización irracional, aplicando en su caso líneas de política criminal para la debida intervención del derecho penal.

SEXTA. Se propone las siguientes adiciones al artículo 12 del Código Punitivo Federal, siendo su redacción la siguiente:

“Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos que deberían producir el resultado u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas

ajenas a la voluntad al agente, **no siendo aplicable la tentativa con relación a los delitos de peligro**".

**"Se requiere que haya tipicidad respecto del comienzo de ejecución de la conducta realizada por el sujeto activo y así encuadre la misma en una conducta delictuosa, así como en la tentativa de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 12 del Código Penal Federal"**.

Séptimo. Se propone nueva redacción al párrafo primero, del artículo 63 del Código Penal Federal:

**"Al responsable de la tentativa punible se aplicara a juicio del juez y teniendo en consideración las prevenciones de los artículos 12 y 52, hasta las dos terceras partes de la sanción mínima por el delito consumado, así como hasta las dos terceras partes de la sanción máxima prevista por el delito consumado, independientemente de que tipo de delito se trate"**.

## FUENTES DE INVESTIGACIÓN

### a) Bibliografía

Área del Derecho Penal de la Universidad de Pompeu Fabra. *“La Insostenible situación del Derecho Penal”*, Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt. Granada, España, 2000, pp. 522.

ATIENZA, Manuel, *“Cuestiones Judiciales”*, 1ª edición, Fontamara, México, 2001, pp. 155.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *“Manual de Derecho Penal, Parte General”*. Cuarta edición, Temis, Santa Fe de Bogota, Colombia, 1998, pp. 261.

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *“Estudios de Derecho Penal y Política Criminal”*, Primera edición, Porrúa, México, 1989, pp. 623.

BECCARIA, *“Tratado de los Delitos y las Penas”*, 10ª edición, Porrúa, México, 2000, pp. 408

BEUCHOT, Mauricio, *“Tratado de Hermenéutica Analógica”*, 2ª edición, Itaca, México, 2000, pp, 204.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan et al, *“Lecciones de Derecho Penal”*, 1ª edición, Volumen I, 1997, pp. 431.

CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl et al, *“Código Penal Anotado”*, Vigésima edición, Porrúa, México, 1997, pp. 1177.

CASTELLANOS TENA, Fernando, *“Lineamientos Elementales de Derecho Penal”*, Cuadragésimo segunda edición, Porrúa, México, 2001, pp. 363.

CERDA LUGO, Jesús, *“Política Criminal”*, Primera edición, Universidad Tecnológica de Sinaloa, México, 2000, pp. 198.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *“Diccionario de Derecho Procesal Penal”*, tomos I y II, Porrúa, México, 1986.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, *“Código Federal de Procedimientos Penales Comentado”*, séptima edición, Porrúa, México, 2003. pp. 1134.

ESCOBAR, Raúl Tomas, *“Diccionario de Drogas Pelirgosas”*, 1a edición, Universidad, Buenos Aires, Argentina, 1999, pp.

GARCÍA GARCÍA, Rodolfo, *“Tratado Sobre la Tentativa”*, 2a edición, Porrúa, México, 2003, pp. 215.

GARCÍA RAMÍREZ, Efraín, *“Análisis Jurídico de los Delitos Contra la Salud”*, 5a edición, Sista, México, 2002, pp. 482.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, *“Panorama del Derecho Mexicano”*, Primera edición, McGraw-Hill. México, 1998, pp. 191.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *“Filosofía del Derecho”*, décima primera edición, Porrúa, México, 1999, pp. 542.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, *“El Derecho Como Argumentación”*, 1ª edición, Fontamara, México, 2004, pp.174.

GONZALEZ DE LA VEGA, Francisco, *“Código Penal Comentado”*, 3ª edición, Porrúa, México, 1994, pp. 696.

GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo, *“Derecho Penal Mexicano”*, 5ª edición, Porrúa, México, 1999, pp. 1027.

GUASTINI, Riccardo, *“Estudios Sobre la Interpretación Jurídica”*, 5a edición, Porrúa, México, 2003, pp. 137.

JAKOBS, Günter, *“Estudios de Derecho Penal”*, 1ª edición, España, 1997, pp. 480.

JIMÉNEZ HUERTA, Mariano, *“Derecho Penal Mexicano”*, Porrúa, México, 2000. pp. 521.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo, *“Teoría del Delito”*, Décima edición, Porrúa, México, 2002, pp. 313.

MALO CAMACHO, Gustavo. *“Derecho Penal Mexicano”*, 2ª edición, Porrúa, México, 1998, pp. 714.

MALO CAMACHO, Gustavo, *“Tentativa del Delito”*, 1ª edición, Porrúa, México, 2004 pp. 486.

MIR PUIG, Santiago, *“Derecho Penal. Parte General”*, 6ª edición, Reppertor. Barcelona, España, 2002, pp. 761.

MOTO SALAZAR, Efraín, *“Elementos de Derecho”*, 31ª edición, Porrúa, México, 1985, pp. 452.

MUÑOZ CONDE, Francisco, *“El Derecho Penal del Enemigo”*, 1a edición, Inacipe, México, 2003, pp.44.

OLIVOS CAMPOS, José René, *“Las Garantías Individuales y Sociales”*, 1ª edición, Porrúa, México, 2007, pp. 210.

OSORIO Y NIETO, César Augusto, *“Delitos Contra la Salud”*, 2a edición, Porrúa, México, 2002, pp. 231.

PALOMAR, Juan de Miguel, *“Diccionario para Juristas”*, 1ª edición, Tomos I y II, Porrúa, México, 2000, pp. 1715.

PAVARINI, Massimo, *“Control y Dominación”*, 1a edición, siglo Veintiuno Editores, Argentina, 2002, pp. 223.

PLATAS PACHECO, María del Carmen, *“Filosofía del Derecho. Analogía de Proporcionalidad”*, 1a edición, Porrúa, México, 2003, pp. 228.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *“Derecho Constitucional Mexicano”*, 19ª edición, Porrúa, México, 1985, pp. 643.

REINHART, Maurach, *“Derecho Penal, Parte General”*, 7ª edición, Astrea, Buenos Aires, Argentina, pp. 687.

ROXIN, Claus, *“La Teoría del Delito, en la Discusión Actual”*, 1ª edición, Grijley, Peru 2007, pp. 562.

RIBEIRO TORAL, Gerardo, *Teoría de la Argumentación Jurídica*”, 1ª edición, Universidad Iberoamericana, León, Guanajuato, 2003, pp. 247.

ROJINA VILLEGAS, Rafael, *“Compendio de Derecho Civil”*, tomo IV, vigésima séptima edición, Porrúa, México, 2001, pp. 548.

RUIZ AREL, Rafael, *“Código Penal Histórico”*, 1a edición, Inacipe, México, 2002, pp. 338.

SAAVEDRA, Modesto, *“Interpretación del Derecho y Crítica Jurídica”*, 2a edición, Fontamara, México, 1999, pp. 102.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, *“Posmodernidad, Hermenéutica y Educación”*, 1ª edición, U.M.S.N.H, Morelia, Michoacán, 2003, pp. 206.

SÁNCHEZ BENÍTEZ, Roberto, *“Ensayos Sobre Hermenéutica”*, 1ª edición, U.M.S.N.H, Morelia, Michoacán, 2003, pp. 182.

SEPÚLVEDA, César. *“Derecho Internacional”*, 24ª edición, Porrúa, México, 2004, pp. 737.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, *“Política Criminal en el Cambio del Siglo”*, ABZ, México, 2002, pp. 106.

VÁZQUEZ, Rodolfo, *Interpretación Jurídica y Decisión Judicial*”, 3ª edición, Fontarama, México, 1998, pp. 300.

VILLALOBOS, Ignacio, *“Derecho Penal Mexicano”*, Porrúa, México, 1983, Págs. 654.

WELZEL, Hans, *“El Nuevo Sistema del Derecho Penal”*, 1ª reimpresión, B de F, Argentina, 2002, pp. 202.

WRÓBLEWSKI, Jerzi, *“Sentido y Hecho en el Derecho”*, 1a edición, Fontamara, México, 2003, pp. 340.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“Manual de Derecho Penal”*, Porrúa, México, 1996, pp.

857.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *“Derecho Penal, Parte General”*, 1ª edición, Porrúa, México, 2001, pp. 1017.

ZAMORA JIMÉNEZ, Arturo, *“Manual de Derecho Penal”*, 2a edición, Ángel, México, 2002, pp. 675.

## **b) Legislaciones**

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Código Penal Federal.

Código Federal de Procedimientos Penales.

Ley General de Salud.

Código Penal Español.

Código Penal Argentino.

## **c) Multimedia**

ACERVO JURÍDICO.

JURISCONSULTA 2001.

IUS 8 Y 9.

COMPILA V.

## **c) Revistas Jurídicas**

Instituto Tecnológico Autónomo de México, *“Revista de Teoría y Filosofía del Derecho”*, México, octubre 1998, pp. 206.

Instituto Tecnológico Autónomo de México, “*Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*”, México, octubre 1999, pp. 206.

Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, “*Criminalia*”, Año LXIII, México, número 2, Septiembre-Diciembre, 1997, pp. 228.

Órgano de la Academia Mexicana de Ciencias Penales, “*Criminalia*”, Año LXIV, México, número 3, Septiembre-Diciembre, 1998, pp. 387.

#### **d) Textos Académicos**

CHÁVEZ ROJAS, Álex, “*La Posesión y Portación de Armas de Fuego*”, División de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, U.M.S.N.H., Morelia, Michoacán, 2003, pp. 73.

#### **e) Cibernéticos**

[www.es.wikimedia.org/vwiki/tentativa](http://www.es.wikimedia.org/vwiki/tentativa), p. 1, 3 de marzo del 2008, 16:33.

[www.poder-judicial.go.cr/salatercera/indicepenal](http://www.poder-judicial.go.cr/salatercera/indicepenal). 3 de marzo 2008, 23:11.

<http://www.csjn.gov.ar>. 11 de junio del 2008, 21:30.

[www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org). 5 de marzo del 2008, 19:00

[www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tentativa/tentativa](http://www.encyclopedia-juridica.biz14.com/d/tentativa/tentativa), 10 de marzo del 2008, 20:30.

[www.amag.edu.pe/webestafeta2/index](http://www.amag.edu.pe/webestafeta2/index). 20 de marzo del 2008, 20:00.

## **ANEXOS: ENTREVISTA**

### **JUSTIFICACIÓN:**

El motivo por el cual se le realizó la entrevista al Licenciado Luis Miguel Campos Ojeda, fue debido a que se busco a un profesionista con conocimientos en la materia penal, y atendiendo a que dicho letrado curso la especialidad en derecho penal, además de su amplia experiencia en la materia penal, al haber ocupado importantes cargos como el de Director del Centro de Readaptación social "Morelia", así como Director de Prevención y Readaptación Social, siendo así que se le eligió para realizarse la entrevista relativa a la aplicación de la tentativa en los delitos contra la salud, considerando importante el realizarle una entrevista abierta, esto con la finalidad de que se pueda desenvolver libremente en el tema y se aprovechen sus conocimiento y experiencia en el tema, por lo que tan sólo se buscara realizarle preguntas básicas con el tema y en la menor cantidad.

Una vez que se le hizo del conocimiento al Licenciado Luis Miguel Campos Ojeda de la intención de realizarle la entrevista, este señalo como lugar para la misma el interior de su despacho, el cual se encontraba totalmente sólo, razón por la cual para mayor comodidad del entrevistado se decidió llevara acabo la entrevista en éste lugar y encontrándose únicamente el entrevistante y el entrevistado. Asimismo al cuestionársele sobre si deseaba que se publicara su nombre en la entrevista, éste señalo afirmativamente, razón por la cual se menciona su nombra al no existir inconveniente alguno, además de que se observó que el entrevistado se

sentía muy comodo con el tema, por lo que se determinó no haber problema alguna para publicar su nombre.

## **TRANSCRIPCIÓN DE ENTREVISTA AL LICENCIADO EN DERECHO LUIS MIGUEL CAMPOS OJEDA.**

1.- ¿Qué opina de los delitos de peligro?

Los delitos de peligro es una subclasificación de los delitos, por lo tanto, son aquellos que los Legisladores consideran que por el solo hecho que se amenace el Bien Jurídico Tutelado es suficiente para sancionar la conducta, entonces los delitos de peligro antes que nada son una Prevención Social.

2.- ¿Qué opinión tiene acerca de los delitos contra la salud?

Los delitos contra la salud son delitos que tienen relación con el trafico de enervantes y vienen a ser verdaderamente delitos de peligro en los que la sociedad esta interesada en que no se amenace la salud de la ciudadanía particularmente, esto se sobre entiende de la gente joven, por que es la que mas cae en el vicio que no quiere decir nada ya que hay mucha gente madura que cae en este tipo de vicios, entonces los delitos contra la salud son delitos de peligro, y la sociedad a través del Legislador establece estos delitos para prevenir la Salud Pública.

3.- ¿Qué opinión tiene a cerca de esa punibilidad que nos ha explicado de los delitos de peligro?

La punibilidad de los delitos de peligro no debería de ser corporal la sanción, ¿por qué? Yo soy enemigo totalmente de la pena de prisión por que ya ha demostrado su ineficacia, que quizás en una época funciono la readaptación social, pero ya no puede funcionar, aún cuando se establecieran las prisiones las condiciones necesarias y el personal suficientemente calificado para que funcionasen seriamente no prosperaría ninguna readaptación, insisto suponiendo que fuera una readaptación con trabajo para todos no funcionaria, por la razón que la sociedad ya ha evolucionado, la sociedad predominantemente analfabeta, desempleada, pero no se refiere a ese desempleo o subempleo que preveía la Constitución en su artículo 18 en el que dice que es la capacitación para el trabajo y la educación son supuestos de la readaptación y en realidad vemos sobre todo en estos delitos de peligro y particularmente contra la salud vemos que la mayoría no son analfabetas ni personas desempleadas que gran parte es o era o fue personal de las instituciones como la policía y el ejercito y ellos no son ni analfabetas ni desempleados, se trata de gente que a tenido cierta preparación, vamos a readaptarlos

proporcionándoles algo que ya tienen la capacidad la capacitación para el trabajo ya lo tienen, en todo caso sería una rehabilitación de la misma adicción de estas personas ya que la pena de prisión va en contra de la naturaleza social del hombre y no puede haber resultados por consiguiente debe limitarse la prisión mientras no sea posible encontrar un método mas eficaz tendría que limitarse solamente aquellos casos extremadamente graves y mas bien iría a prisión preventiva especial en la connotación del sujeto, es decir a los mas peligrosos, por consiguiente el delito de peligro que es una amenaza no es una afectación de ningún daño deberían ser penas alternativas.

4.- ¿Qué opina de la aplicación de la tentativa en los delitos?

Se supone que la tentativa es para aquellos casos y ciertos delitos en los que de llevarse a cabo la ejecución del delito y que de concretarse es irreparable o casi irreparable como los delitos contra la vida y la integridad corporal, homicidio las lesiones graves hay se puede justificar los delitos de peligro por que la amenaza es que son prácticamente irreparables por la perdida de un órgano vital o funcional o de la misma vida son irreparables, entonces ahí son delitos de peligro, pero de ahí para aya no creo que deba de ser una extensa gama de los delitos que pueda o deba aplicarse la tentativa.

5.- ¿Qué opina de la explicación de la tentativa en delitos contra la salud?

Consideramos que la los delitos contra la salud son delitos de peligro la tentativa viene a ser un delito de peligro entonces es una tentativa de la tentativa o un peligro del peligro, no se me hace muy congruente yo creo que debe de ser analizado y estudiado con sumo cuidado.

6.- ¿Es correcto la penalización de la tentativa de los delitos contra la salud y tener gente cada vez más en prisión?

No, yo insisto en que en esto no puede seguir siendo la pena de excelencia y lo único que se consigue es que las prisiones estén abarrotas con sobre cupo entonces la prisión el poco resultado que puede tener ya no lo puede dar y al estar en esas condiciones la prisión y los que están ahí, pasan a formar parte de ser estigmatizados, van a ser resentidos sociales y difícilmente van a volver ser útiles a la sociedad justamente ocasiona lo contrario.

## **SÍNTESIS DE LA ENTREVISTA:**

El Licenciado Luis Miguel Campos realizó una explicación de lo que son los delitos de peligro, señalando que es una subclasificación de los delitos, los cuáles son los que por el sólo hecho que se amenace al bien jurídico tutelado, es suficiente para su punición; así también señaló que los delitos Contra la salud, son aquellos referentes al tráfico de enervantes. Señalando que estos delitos son de peligro en concreto porque realmente ocasionan un daño a la salud pública, sobre todo a los jóvenes que son los más propensos.

En cuanto a la punibilidad de los delitos contra la salud, el entrevistado señaló aspectos relativos a la prisión, mencionando que se opone a que los delitos de peligro se penen con prisión, debido a el fracaso de éste tipo de penas para readaptar y además atendiendo a la calidad de los acusados, quienes normalmente no son analfabetas, razón por la cual no necesitan ser educados para permanecer en esos lugares.

Señalando que la tentativa en los delitos, es con la finalidad de evitar que se lesione un bien jurídico y por lo tanto se pena el peligro en que se pone el bien jurídico tutelado: no haciéndosele muy congruente que se aplique pena tratándose de delitos de peligro, ya que tienen la misma naturaleza, por lo tanto sería como castigar el peligro del peligro o la tentativa de la tentativa. Menciona que la pena de prisión no debe de ser la pena por excelencia, por lo tanto se debe evitar en la medida posible y buscar penas alternativas, ya que se estigmatiza a las personas, y estas quedan resentidas socialmente.

La entrevista arrojó los resultados buscados ya que el entrevistado se desenvolvió muy bien en el tema y demostró tener conocimiento en el tema, así como en el derecho penal, observando que éste se dirige

básicamente a los aspectos de las penas de prisión y no a las teorías y principios que establecen las penas en los delitos en general, así como referente a la tentativa.