

771
2ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO



FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

LA TENTATIVA

TESIS QUE PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO
PRESENTA:
VICTOR JUAN RUBIO VELÁZQUEZ

México, Ciudad Universitaria

, 1994.



FACULTAD DE DERECHO
SECRETARÍA GENERAL DE
EXÁMENES PROFESIONALES

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

"El que hiere a un hombre queriéndolo matar, muera por ello"

Exodo -XXI,12-



UNIVERSIDAD NACIONAL
AVENIDA DE
MEXICO

FACULTAD DE DERECHO.
SEMINARIO DE DERECHO PENAL.

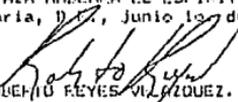
SP. DP. PAUL CAPPANCA RIVAS.
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE
DERECHO PENAL.
P R E S E N T E .

Distinguido Doctor:

Con toda atención me permito informar a usted que he dirigido y revisado completa y satisfactoriamente la Tesis Profesional intitulada "LA TENTATIVA", elaborada por el pasante de Derecho RUBIO VELAZQUEZ VICTOR JUAN, la cual denota en mi opinión una investigación exhaustiva y en consecuencia el trabajo profesional de referencia reúne los requisitos que establecen los artículos 18, 19, 20, 25 y 28 del vigente Reglamento de Exámenes Profesionales.

Aprovecho la ocasión para reiterar a usted las seguridades de mi atenta y distinguida consideración.

A T E N T A M E N T E .
"POR NI FAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D.F., junio 10 de 1994.


LIC. RUBEN REYES VELAZQUEZ.



UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE
MÉXICO

Cd. Universitaria, 27 de junio de 1994.

C. DIRECTOR GENERAL DE LA COORDINACION
ESCOLAR DE LA U. N. A. M.
P R E S E N T E .

El C. RUBIO VELAZQUEZ VICTOR JUAN, ha -
elaborado su tesis profesional intitulada: "LA TENTATI-
VA", bajo la dirección del Lic. Roberto Reyes Velazquez,
con el objeto de obtener el grado académico de Lic. en
Derecho.

El alumno ha concluido la tesis de refe-
rencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados
en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Semina-
rios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la
aprobación correspondiente para todos los efectos acadé-
micos.

Atentamente.
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
El Director del Seminario.

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS.



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

I N D I C E

PAG.

DEDICATORIAS Y AGRADECIMIENTOS

INTRODUCCIÓN I

CAPITULO PRIMERO

SÍNTESIS DE LA TEORÍA

DEL DELITO 1

a) CONDUCTA. 2

b) TIPICIDAD 6

c) ANTIJURICIDAD 8

d) CULPABILIDAD. 12

e) PUNIBILIDAD Y TIPICIDAD COMO
CONCEPTOS CONSUBSTANCIALES. 15

CAPITULO SEGUNDO

EL ITER CRIMINIS 17

A) FASE INTERNA. 17

b) FASE EXTERNA. 18

c) EJECUCIÓN Y CONSUMACIÓN 25

CAPITULO TERCERO

LA TENTATIVA DE ACUERDO CON

LAS OPINIONES DOMINANTES. 35

A) OPINIÓN DE RAMÓN PALACIOS VARGAS
Y FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS.. . . . 35

B) OPINIÓN DE FERNANDO CASTELLANOS
TENA. 40

C) RAUL CARRANCA Y TRUJILLO Y
FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA 43

CAPITULO CUARTO

| | |
|---|----|
| LA TENTATIVA DE ACUERDO CON LA OPINIÓN DEL SUSTENTANTE. | 49 |
| A) CRITICA A LA TESIS DE PARCIAL INTEGRACIÓN DEL TIPO. | 49 |
| B) LA PUESTA EN PELIGRO COMO JUSTIFICACIÓN DE LA PUNIBILIDAD | 54 |
| C) FIJACIÓN DEL CONCEPTO PELIGRO | 56 |
| D) EL PORQUE DE LA INDISPENSABLE VOLUNTARIEDAD DE LA TENTATIVA. SU FUNDAMENTO LEGAL | 58 |
| E) CONCEPTO DE CAUSA AJENA A LA VOLUNTAD. | 61 |
| F) TENTATIVA ACABADA E INACABADA | 69 |
| G) DESISTIMIENTO | 72 |

CAPITULO QUINTO

| | |
|---|----|
| ALGUNAS IDEAS QUE PUEDEN SER TOMADAS EN CUENTA. | 73 |
| LA TENTATIVA COMO TIPO Y EL PORQUE DE SU AFIRMACIÓN. | 74 |
| JURISPRUDENCIA ESTUDIO CRITICO | 88 |
| CONCLUSIONES | 94 |
| BIBLIOGRAFÍA | 98 |

**Dedico esta tesis In Memoriam
a mis queridos padres:
Agustín Rubio y Pilar Velázquez
de cuyo amor nací.**

**También es dedicada como muestra
de gratitud y recuerdo eterno
para mis finados hermanos:
Delfino, Ángela y Jesús**

**A ustedes Hermanos
Elena, Agustín y Jorge.**

La dedico con respeto y cariño;
a ti mi dulce y abnegada esposa
María Teresa Osorio
a mis amados Hijos:
Ariadna Enriqueta y Victor Juan

Agradezco a todos y cada uno:
Familiares, Maestros, Compañeros y
amigos el haber influido en la for-
mación de mi personalidad.

A LA LUZ Y SOMBRA

GRACIAS.

INTRODUCCION

Tanto en el extranjero como en México mucho se ha escrito en torno de la tentativa: sin embargo se decidió abordar el tema porque estimamos que una sana política legislativa, además de sancionar la tentativa que implica la voluntaria puesta en peligro de un bien jurídico en forma típica, deben ser sancionadas situaciones que desde el punto de vista jurídico son verdaderas situaciones subjetivas pero que técnicamente son consideradas como de delito imposible. En algunas legislaciones del país se desprende de la fórmula de la tentativa la ejecución de actos idóneos.

Por otra parte, entre los escritores mexicanos encontramos que algunos sostienen que la tentativa es un delito autónomo y entre ellos podemos señalar a: **Ramón Palacios Vargas, Francisco Pavón Vasconcelos, Olga Islas y Elpidio Ramírez.** Sin embargo, no dan el porque de su afirmación y lo que han escrito lo afirman en lo que podríamos

calificar de cuestión marginal.

Otra de las cuestiones sobre las que hay divergencias es sobre el tema del peligro pues incluso maestros de la talla de Jiménez de Asúa, sostienen; QUE DEBERÁ ESTARSE AL TIPO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO (SIC) QUE PODRÁ DARNOS LA MAYOR O MENOR GRAVEDAD DEL PELIGRO; ESTO ES EN PARTE DERIVADO DE LA MAYOR O MENOR PROTECCIÓN QUE EL ESTADO DA A LOS DIVERSOS BIENES JURÍDICOS SEGÚN LA IMPORTANCIA DE ESTOS. El peligro supondrá por tanto una noción valorativa que requerirá concreción en cada caso. Como se advierte, el gran maestro español no dá una directriz genérica como tampoco la dan los demás escritores. El propio Francesco Carrara, al que se debe la noción de, El peligro corrido es impreciso al respecto.

Se pretende, de la observación del texto legal, en relación con los tipos, llegar a la conclusión de que la tentativa es en realidad un tipo

de libre formulación, significando con ello que no describe los medios de la puesta en peligro y que respecto del bien jurídico tutelado hace un reenvío a la totalidad de los tipos.

En relación con el capitulado se prefirió el orden siguiente: Un preámbulo haciendo una síntesis de la concepción técnica del delito y en los siguientes capítulos relativos se irán tocando los temas relativos al Iter Criminis, a la diferencia entre actos de ejecución y actos preparatorios, a la posición dominante en el medio mexicano respecto a la tentativa, a la conveniencia de por motivos de política legislativa romper con el principio tradicional de que no hay título punitivo sin lesión jurídica, acogiéndonos a un criterio de peligrosidad, por que estimamos que cuando hay una divergencia entre la equidad y la técnica, debe la segunda ceder ante la primera; por técnica entendemos, el conjunto de principios que se desprenden de la totalidad de la ley y que permanecen

siempre los mismos; pero debemos anotar que el principio que informa una determinada ley, no es el mismo que preside otra; por eso es distinta la técnica mercantil, a la civil, o a la penal, etc. En el derecho laboral la imputabilidad tiene un sentido distinto al que tiene para el penalista. Para este la imputabilidad es la capacidad de ser activo del delito y tiene dos situaciones, una de carácter puramente objetivo como es la mayoría de edad penal que puede o no coincidir con la mayoría de edad política o para ejercer actos de comercio, y además de la mayoría de edad a que nos estamos refiriendo, pero también debe existir lo que se conoce con el término normalidad psicológica. Desde luego que los psicólogos han llegado a la conclusión de que la normalidad psicológica es una situación ideal o punto de referencia, porque todo ser humano tiene diversas reacciones frente a la misma situación fáctica, diríase que en esta materia como en la sexológica nadie es totalmente masculino como tampoco hay personas que sean absolu-

tamente femeninos. La normalidad es una cuestión puramente ideal.

En consecuencia entendemos por técnica jurídica los principios que informan la totalidad de las leyes, al mismo tiempo que los que presiden una rama específica del derecho. La técnica busca dar unidad fenomenológica al derecho, e interpretando un mismo término en forma tal que tenga la ley un contenido congruente. Tal es la técnica, y entendemos a la equidad como la retribución que a una conducta según su bondad o maldad conforme a la valoración social media del grupo en que se actúa. No se pretende afirmar la existencia del Ius Naturalismo.

En la presente tesis se dedica un capítulo al tema relativo a lo que es la doctrina jurídica demostrando que la doctrina no es lo que opinan los escritores. Creemos que la opinión de los autores de la doctrina jurídica si tiene su punto

de apoyo en la ley y afirmamos que el punto de entronque de tal doctrina esta en la entraña de la norma.

En el capítulo último se hace un examen critico de la jurisprudencia que desde ahora advertimos es poca y técnicamente muy desafortunada.

Por último se elaborarán una serie de conclusiones que creemos, podrán ser de utilidad para sanear la politica legislativa y facilitar la comprensión de la figura legislativa llamada Tentativa.

LA TENTATIVA

CAPITULO PRIMERO

SÍNTESIS DE LA TEORÍA DEL DELITO:

Vamos a sintetizar lo que a juicio del sustentante son los caracteres o elementos constantes del delito en abstracto, es decir: situaciones que se dan en cualquier delito, a fin de que cuando se aluda a tales conceptos se tenga en cuenta el significado que se les atribuye en este ensayo. Se ha dicho que el delito contiene un elemento naturalístico constituido por la conducta y que los demás caracteres constantes son de contenido técnico.¹

Desde otro ángulo puede afirmarse que el delito tiene un elemento fáctico que es la conduc-ta, que viene a ser sujeto de varios predicados

¹ Véase JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Conducta. Imprenta UNAM-México, 1952.

uno de ellos de orden formal como es la tipicidad, entendida en su sentido tradicional, de mera adecuación letrística de la conducta al tipo, y dos predicados de carácter axiológico uno de ellos sobre la fase externa de la conducta y que es la antijuricidad y el otro sobre el proceso anímico que la genera y que es la culpabilidad.

a) Conducta.

Por conducta hay que entender un comportamiento activo u omisivo voluntario: pero debe advertirse que cuando se habla de la voluntariedad de la conducta, nos referimos al comportamiento en si, no al resultado. La voluntad del resultado comprende al tema de la culpabilidad en grado doloso y por lo tanto debe quedar absolutamente claro que cuando hablamos de conducta voluntaria, el contenido de la voluntad dentro de este tema es el

comportamiento en si mismo con independencia de la voluntad del resultado. Desde hace aproximadamente dos décadas ha impresionado a los penalistas mexicanos el planteamiento de Hans Welsel,^e quien pretendió crear la doctrina jurídica, teniendo como base la conducta que el llama finalista, y a quienes no comulgan con dicha tendencia se les coloca el Sanbenito de causalistas que para los seguidores de Hans Welsel, significa ser mantenedor de una doctrina totalmente superada y falsa.

Independientemente de que el finalismo recurre a trapecismo intelectual artificioso para explicar como, incluso en los delitos culposos, hay una acción finalista, es interesante advertir, que si algún planteamiento jurídico en materia penal merece el calificativo de causalista, ese es el

^e WELSEL, Hans, "Das Neubild Des Strafrecht System" (El Nuevo Sistema del Derecho Penal), Ed. Walter de Gruyter.

finalismo de Hans Welzel, cuyo campeón en América Latina es el Argentino Eugenio Zaffaroni. Cuando Hans Welzel, escribió su obra en la que dió a conocer su doctrina, dicha obra se publicó bajo el título nada modesto de El Nuevo sistema del Derecho Penal y como eje y punto central de su doctrina, señaló la acción finalista, entendiendo por tal el comportamiento que desde su inicio va coloreado de culpabilidad,³ el finalismo fracasa al explicar la culpa sin representación pues en ella hay la voluntad del comportamiento, pero el comportamiento en el delito culposo, es atípico y por lo tanto no entendemos como está coloreado de culpabilidad a menos que, se sostenga, que como el comportamiento en el culposo, viola un deber de cuidado esta matizado ya de culpabilidad, esto llevó a Hans Welzel, a afirmar entre otras cosas que el dolo y la culpa no pertenecen a la temática

³ WELSEL, Hans, "Deutsches Strafrecht" Ed. Walter de Gruyter, 4a. edición. pp. 95 y ss.

de la culpabilidad sino de la acción, y fué por ello que Jiménez de Asúa, afirma en su tratado que el finalismo trajo un caos sistemático al estudio del Derecho Penal.⁴ Por nuestra parte además de concordar con el maestro español afirmamos que si alguna tendencia en el derecho penal puede ser calificada de causalista es precisamente el finalismo de Hans Welzel. Pues hace girar la acción sobre lo que los escolásticos siguiendo la huella de Aristóteles,⁵ llaman la causa final, lo que no implica un avance sino un retroceso de XXIII siglos. Entre otras cosas el finalismo niega que exista acción en la conducta del inimputable y donosamente afirma que el inimputable se vale de sí mismo como instrumento del daño, pero que no hay acción. Por nuestra parte nos preguntamos lo siguiente: ¿si no hay acción, que fue lo que

⁴ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo III, 4a. edición, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1977.

⁵ ARISTÓTELES, La Política. Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1962.

produjo la muerte? ¿si no hay acción que haremos con el muerto?. Una cosa es que la conducta que interesa al derecho penal es fatalmente una conducta culpable y otra cosa es que la conducta inicial está matizada fatalmente de culpabilidad. De hecho hay conductas fatalmente típicas que no son culpables y tal sucede en todos los casos de exclusión de responsabilidad. No habrá conducta culpable pero si existió el comportamiento.

b) tipicidad.

Ernst Ludwin Von Belling, quien por primera vez a principios del presente siglo habló de tipo y tipicidad y después de varias etapas los penalistas han llegado a concluir que por tipo hay que entender la descripción de una conducta como acreedora de pena. Tanto para fines didácticos como

técnicos debe distinguirse entre **tipicidad material** y **tipicidad formal**; por la primera se entiende la mera descripción letrística a la descripción legal y por la segunda la realización de la totalidad de los presupuestos de la pena. Desde este ángulo en todos los casos en que haya excluyentes de responsabilidad la conducta será atípica pues no es acreedora de pena, aunque formalmente encuadre en la descripción legal.

Quien prive de la vida en legítima defensa ejecuta la conducta descrita en la Ley conocida como homicidio, pero esa privación de la vida no es punible; hay tipicidad formal pero no tipicidad material. Esta distinción tiene alcances técnicos muy amplios y sirve entre otras cosas para diferenciar error de tipo y error de prohibición. Pero este es un tema que queda fuera del alcance

del presente estudio.*

c) Antijuricidad.

Siempre se ha afirmado que el delito es conducta antijurídica y que por ser contraria a derecho es por lo que se pune. Los escritores mantienen puntos de vista divergentes en relación con la antijuricidad dentro de los parámetros del derecho penal. Incluso entre los grandes maestros alemanes ha habido notables divergencias **Max Ernst Mayer**,⁷ sostuvo que la antijuricidad era la razón de ser de la tipicidad, en tanto que **Edmund Mez-**

* Fue **BALLE PALLISE**, Faustino, uno de los cerebros más brillantes que arrojó a las playas mexicanas la diáspora de la Guerra Civil Española, quien en un ensayo intitulado Función de la Tipicidad en la Dogmática del Delito; marco el rumbo de una tendencia conforme a la cual la teoría del delito gira alrededor del tipo. **WELSEL**, pretendió estructurar la doctrina jurídica del delito, teniendo como eje la conducta. Su tesis fracasó. El planteamiento de **FAUSTINO BALLE** que ha sido desarrollado en México por **JAVIER ALBA MUÑOZ** y sus discípulos quienes han escrito ya libros sobre derecho penal dentro de este esquema, están ganando adeptos, incluso en Europa. Véase **GONZÁLEZ QUINTANILLA**, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S.A. 2a. edición. México, 1993. Obra que en menos de un año lleva dos ediciones y véase **MARTÍNEZ CERDA**, Nicolás. La Doctrina Penal de Javier Alba Muñoz. Editorial, Instituto de Investigaciones Jurídicas "RICARDO CUATO A.C." México, 1993.

⁷ **MAYER**, Max Ernst. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch (La parte General del derecho Penal Alemán. Libro de Estudio), 2a. edición y segunda impresión, Heildeberg, Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923.

ger,⁶ afirmó que la tipicidad es la razón de ser de la antijuricidad. Contempladas ambas tendencias dentro del esquema moderno puede afirmarse que no son contradictorias sino complementarias, la afirmación de **Max Ernst Mayer**, comprende las conductas que repugnan acentuadamente a la comunidad y por lo tanto se erigen en tipos. El propio **Ernst Ludwin Von Beling**, decía que la creación de los tipos no es un juego artificial sino que el legislador se pregunta en primer lugar si una conducta es antijurídica, y resuelta afirmativamente la interrogante, pregunta, si es tan materialmente antijurídica que merezca un tratamiento específico y es cuando dicha conducta se erige en tipo.⁷

⁶ MESGER, Edmond. Derecho Penal, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1957. p.131.

⁷ BELING, Ernst Ludwin Von. Rector de los tipos de delito, Trad. L. Prieto Castro y J. Aquirre Cárdenas. Edit. Reus. Madrid, 1936.

La afirmación de **Edmund Mezger**, de que la tipicidad es la razón de ser de la antijuricidad se refiere a los llamados delitos artificiales aquellos que los romanos llamaban, Mala Quia Prohibita, para diferenciarlos de lo que llamaban, Mala in Se, es decir, malas por que están prohibidas y malas en si mismas.

Cuando la ley prohibió la explotación de huevos de tortuga dicha explotación se volvió antijurídica. Antes de que existiera la ley, era incolora, en este caso la tipicidad viene a ser el por que de la antijuricidad, en tanto que en el planteamiento de **Max Ernst Mayer**, la antijuricidad es el porque de la tipicidad.

No se trata de situaciones contradictorias sino complementarias. En lo que los penalistas divergen es en lo relativo a cuál es la norma que específicamente contradice el delito para que se

le pueda catalogar como antijurídico. En la actualidad en el medio americano se acepta el planteamiento de Max Ernst Mayer, al que Jiménez de Asúa, calificó de: **certicismo**, y que afirma que lo que contradice el delito es la norma cultural reconocida por el estado. Jiménez de Asúa, recurre a una figura que pretende ser ejemplificativa al afirmar que la norma cultural no es metajurídica y dice que en el árbol solo pueden verse el tronco, las ramas y las hojas pero no se ven las raíces que son parte principalísima del árbol y que las normas culturales vienen a ser las raíces de la norma jurídica.¹⁰

Puede prescindirse de la afirmación de Jiménez de Asúa, que en realidad es un subterfugio. La norma jurídica que contradice el delito está contenida en la parte sancionadora del tipo. El

¹⁰ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La ley y el Delito, Ed. Hermes, México, 1986. p. 83.

delito no contradice todo el derecho, no va en contra de la parte orgánica de la Constitución ni en contra del derecho administrativo, va en contra de la prohibición insita de la parte sancionadora del tipo.

El Tipo tiene la parte descriptiva y la parte sancionadora: si el estado conmina con una pena a quien ejecute la parte descriptiva, es inconcuso que implícitamente esta prohibiendo su ejecución; quien ejecuta el delito contradice esa prohibición y esta prohibición de carácter legal está en el tipo. Todo lo demás que se diga sobre el tema resulta innecesario.

d) Culpabilidad.

José Arturo González Quintanilla, afirma que en el delito contemplándolo bajo un prisma aparece

la conducta como sujeto y dos predicados uno de carácter formal que es la tipicidad en la primera de sus connotaciones de mero encuadramiento letrístico de la conducta al tipo y otro de carácter axiológico que si se refiere a la conducta es conocida con el nombre de antijuricidad y si contempla el estado anímico que genera la conducta es conocido como culpabilidad.¹¹ Antijuricidad y culpabilidad son el producto de un juicio de carácter valorativo con resultados desaprobatorios. se reprocha la fase de la conducta externa por que contradice la prohibición subyacente en la parte sancionadora del tipo y se afirma que el delito tiene que ser una conducta fatalmente culpable por que la ley expresamente consigna que los delitos forzosamente deben ser culposos o dolosos y dá lo que podríamos llamar una interpretación auténtica de los términos dolo y culpa. Puede

¹¹ GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México, 1993. p. 173

afirmarse que el concepto de dolo se reduce a una voluntad de contenido típico: si el sujeto voluntariamente ejecuta una conducta descrita en la ley como acreedora de pena se le reprocharán la totalidad de los resultados a título doloso.

En la culpa el concepto puede reducirse a la violación de un deber de cuidado que personalmente incumbe. Desde ahora dejamos aclarado que no puede haber tentativa de delito culposos.

No basta la presencia del peligro, sino que es indispensable que tal peligro se halla producido voluntariamente; cuando el conductor de un vehículo se distrae y está a punto de atropellar a un transeúnte y no se produce el atropellamiento porque el transeúnte en cuestión salta y se aleja del peligro, hubo el peligro pero no existió el delito de tentativa alguno. Cuando el conductor de un vehículo trata de atropellar al transeúnte y escapa

él de ser aplastado alejándose rápidamente de la línea de desplazamiento del vehículo, hubo el peligro y como voluntariamente se produjo, existió la tentativa.

e) Punibilidad y tipicidad como conceptos consubstanciales.

Si partimos de la base de que el tipo es descripción de conducta como acreedora de pena se impone la afirmación de que si la conducta ejecutada no es punible, estamos en realidad ante una atipicidad en sentido material. Recuérdese lo dicho en el segundo de los incisos de este capítulo: tanto para fines didácticos como técnicos debe distinguirse ante la tipicidad formal que implica el mero encuadramiento letrístico de la conducta en el tipo, y la tipicidad material que existe

cuando se dan todos los presupuestos de la pena. Por eso dijimos que contemplado el delito bajo ese prisma la totalidad de las circunstancias que excluyen de la responsabilidad tienen como consecuencia la atipicidad en sentido material. El propio Ernst Ludwin Beling, quien creó la doctrina del tipo,¹² afirmó que conducta sin pena aunque encaje letristicamente en la descripción es campana sin badajo.

¹² BELING, Ernst. En su obra Teoría del Delito, siguiendo como pauta la legalidad del delito, pretendiéndose la seguridad jurídica determinada bajo la existencia de una ley que previamente describiera la conducta estimada delictuosa, desarrolla su concepto del tipo, introduciendo como eje central la tipicidad que ha venido a constituir el elemento básico del delito.

CAPITULO SEGUNDO EL ITER CRIMINIS

A) FASE INTERNA.

Debe afirmarse que el llamado Iter Criminis cuya traducción es camino del delito, y que algunos autores llaman vida del delito, y cuando se habla de éste en fase externa e interna se trata siempre de los delitos dolosos, jamás en los culposos, y en los dolosos cuando haya un lapso mas o menos largo entre la resolución y la ejecución.

Desde el punto de vista psicológico dentro de los delitos a que nos estamos refiriendo, existe primero la **motivación**, es decir la serie de circunstancias que lleva al sujeto a decidir la ejecución delictiva. Tales circunstancias son de origen múltiple, y va desde la venganza hasta la mera antipatía, pasando por rivalidades de tipo económico e incluso sentimental. La fase de motivación de la que muy poco se ocupan precede a la

ideasion y a la resolución interna.

La ideasion implica lo que podríamos considerar el proceso anímico que se representa sobre la forma en la que podrá ejecutarse el delito y por lo general el individuo se representa varias alternativas hasta llegar a una específicamente. Eso una vez que se llegó ha semejante estadio mental, que se da la resolución interna, la que después se manifiesta en los actos preparatorios conocidos también como resolución manifestada los actos de ejecución y en su caso consumación.

b) fase externa.

La fase externa en el delito doloso cuando según dijimos media un cierto lapso entre la resolución interna y la ejecución, comprende el

acto preparatorio, llamado también resolución manifestada, la ejecución y la consumación.

Se habla de acto preparatorio o resolución manifestada, por que dentro de esta fase el sujeto que ha decidido la comisión delictiva lleva a cabo uno o varios actos subjetivamente univocos, es decir, que para quien los lleva a cabo tienen un sentido de tipicidad, lo que equivale a decir que tienen una finalidad delictiva. Cuando el sujeto compra el arma que utilizará para privar de la vida a alguien; el veneno que va a suministrar a la victima, se está en presencia de actos materiales que para quien los realiza tienen un sentido o si quiere utilizarse el término, una finalidad exclusivamente delictual.

Se afirma que el acto preparatorio es subjetivamente univoco y objetivamente equivoco lo que significa en lenguaje llano que quien realiza tal acto, su conducta tiene un sentido único cual es

la comisión delictiva; sin embargo para un tercero, para el observador externo que ignora la finalidad perseguida por el futuro activo del delito, tal acto preparatorio puede tener varios significados: la compra del arma puede tener por finalidad, lo mismo la comisión delictiva, que la propia defensa o cualquiera otra, como sería hacer una donación, aumentar la colección de armas, etc.; sin embargo, según ya se dijo para quien se convertirá en delincuente tal acto tiene un sentido único, la comisión del delito.

Podemos advertir dentro del código que a virtud de la política legislativa, situaciones que podríamos considerar característicos actos preparatorios se erigen en tipo, por la peligrosidad que entrañan. Tal es el caso de la conspiración y la asociación delictuosa a que se refieren los artículos 141 y 164 del Código Penal federal.

La estructura de tales figuras delictivas es la siguiente: ART. 141 Se IMPONDRÁ PENA DE UNO A NUEVE AÑOS DE PRISIÓN Y MULTA HASTA DE DIEZ MIL PESOS, A QUIETNES RESUELVAN DE CONCIERTO COMETER UNO O VARIOS DE LOS DELITOS DEL PRESENTE TÍTULO Y ACUERDEN LAS MEDIDAS PARA LLEVAR A CABO SU DETERMINACIÓN este dispositivo esta al final del titulo primero, que comprende traición a la patria, espionaje, sedición, motin, rebelión, terrorismo y sabotaje.

De la estructura del articulo 141 se desprende que de no existir semejante dispositivo se trataria de actos preparatorios para ejecución de los delitos señalados; sin embargo, la politica legislativa erigió en tipo tal conducta, sin duda por la peligrosidad que ella revela, pero según ya se dijo si no existiera la norma en cuestión la realización de los actos a que se refiere el articulo citado implicaría simplemente la resolución de cometer los diversos delitos ya citados y

el acordar los medios para llevar a cabo la ejecución correspondiente. En realidad en este artículo se erige en tipo, parte de la fase interna del Iter Criminis porque en puridad no se trata ni siquiera de actos preparatorios.

El Artículo 164 del código ha que nos venimos refiriendo consigna lo siguiente: 164 AL QUE FORME PARTE DE UNA ASOCIACIÓN DE BANDA DE TRES O MAS PERSONAS CON PROPÓSITO DE DELINQUIR SE LE IMPONDRÁ PRISIÓN DE UNO A OCHO AÑOS Y DE TREINTA A CIENTO DÍAS DE MULTA.

Según vieja jurisprudencia en la asociación delictuosa existen multiplicidad de activos, siempre de tres o mas personas, también dicha jurisprudencia es característico de este delito la indeterminación de los delitos por cometer indeterminación cuantitativa y también siguiendo la directriz jurisprudencial existe en la asociación delictuosa una jerarquía, es decir un jefe o di-

rector y los demás miembros pueden tener ciertas atribuciones específicas dentro del grupo que forma la asociación.

Desde hace aproximadamente quince años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación varío su criterio respecto de la indispensable existencia de la jerarquía dentro de la asociación delictuosa. Generalmente existe, pero no puede existir cuando las resoluciones se toman de consumo, es decir la decisión de la comisión delictiva en caso concreto y de la forma como se va ejecutar el delito la deciden por unanimidad o por mayoría los miembros de la asociación sin que exista jerarquía en estos casos.

Una viciosa práctica nacida del desconocimiento ha llevado a agentes del ministerio Público y jueces a afirmar la existencia de asociación delictuosa porque que hay activos múltiples, lo

que resulta inaceptable, pues lo característico de la asociación según ya se dijo, es la permanencia indefinida y la indeterminación cuantitativa incluso cualitativa de los delitos por cometer.

Del contexto de las normas relativas a la conspiración y a la asociación delictuosa se puede advertir que básicamente describen situaciones de carácter psíquico, y en parte menor cuestiones de orden material. En la conspiración el núcleo del tipo es resolver de concierto, cometer los delitos que se refiere el título primero, y además acordar los medios para la ejecución. Efectivamente se trata de situaciones de carácter psicológico, pero que se exteriorizan, para llegar al acuerdo se requiere la comunicación hablada o escrita o por cualquier otro medio, igual sucede en lo tocante al acuerdo sobre los medios para llevar a cabo la resolución. Esta última situación también implica actos materiales.

De acuerdo con la estructura del tipo de asociación delictuosa existen también actos materiales, pues es indispensable por lo menos, el acuerdo para formar parte de la asociación o banda y puede opinarse que se está en presencia de una conducta que sin poder ser considerada puramente subjetiva implica necesariamente la presencia de cuestiones de orden material. Diríase que es una forma híbrida o intermedia entre la resolución interna y el acto preparatorio o resolución manifestada, y se dice manifestada, significando que se exterioriza en un cierto comportamiento material.

c). EJECUCIÓN Y CONSUMACIÓN.

Tradicionalmente se ha sostenido que la diferencia entre el acto preparatorio y el acto de ejecución radica en que mientras el primero es subjetivamente unívoco pero objetivamente equívoco

co, el de ejecución es subjetiva y objetivamente unívoco, significando con ello que para quien lo lleva a cabo como para el observador externo tiene un sentido de tipicidad, es decir claramente se advierte que va encaminado a la ejecución del delito. Al criterio anterior debe agregarse un dato que es indispensable: La puesta en peligro del bien jurídico. Este dato es mucho más importante de lo que a primera vista aparece. En efecto, en el delito imposible el frustrado activo realiza actos que tanto subjetiva como objetivamente son interpretados necesariamente como unívocos encaminados a la ejecución delictiva, pero ésta no se consuma por ausencia del bien jurídico o por falta de idoneidad en el medio.

Adelantando ideas expresamos que la diferencia entre el delito imposible y la tentativa radica en la puesta en peligro, el que está ausente en el imposible. Quien trató de complementar los comen-

tarios de Francisco González de la Vega, respecto de la tentativa, incurrió en el error, según se precisa más adelante, de afirmar que en el delito imposible hay tentativa por que existía la voluntad delictual y no se produjo el daño por causa ajena a la voluntad del agente. Es cierto que en el delito imposible el daño no se produce por causa ajena a la voluntad de quien realiza la conducta: quien pretende envenenar con una sustancia inocua, utilizándola creyendo que es una sustancia letal, no logra su propósito por causa ajena a su voluntad, quien dispara un arma de fuego sobre una persona muerta creyendo que esta viva, no produce el daño también por causa ajena a su voluntad, pero esta afirmación tiene una base puramente lógica y gramatical y ya hemos dicho que el derecho no ignora la lógica ni tampoco la gramática por supuesto pero no se gobierna únicamente por ellas. La causa ajena a la voluntad característica de la tentativa implica un compor-

tamiento del pasivo o la presencia de una situación material que puede tener origen humano (desviar el arma de fuego) o lo que en sentido llano se llama causa natural, en el momento de ir a disparar hay un terremoto y evito el movimiento de la tierra el disparo toma una dirección que no era la querida por el que acciono el arma. También adelantando ideas diremos que la característica de la tentativa es la voluntariedad del comportamiento material encaminado a la lesión típica, pero si no hay puesta en peligro no habrá tentativa, sino delito imposible.

Se afirma que la tentativa es ejecución sin consumación lo que es cierto pero debe explicarse claramente lo que es el delito de ejecución.

Dentro del tema del Iter Criminis y de acuerdo con la directriz técnica aconsejable, por acto de ejecución debe entenderse el comportamiento volun-

tario que crea un peligro inmediato y en otras ocasiones mediato para el bien jurídico tutelado para el tipo que se pretende ejecutar. Cuando se dispara el arma de fuego hacia la presunta víctima y ésta se arroja al suelo y el proyectil que iba dirigido a él, cruza la línea ideal apropiada para producirle daño, sin haberlo causado por supuesto se está en presencia de la tentativa y por supuesto hay un acto de ejecución, también se estará en presencia de un acto de ejecución si hay un peligro mediato a virtud de la conducta material desplegada. Tal sucede en lo que se conoce como delito a distancia y en otros casos en que el activo utiliza algún artefacto que esta estructurado en forma tal que pasado un cierto tiempo producirá un daño, como sería el caso de quien coloca bajo el lecho de la víctima escogida una bomba cuyo mecanismo hará que explote después de un tiempo determinado. Es inconcuso que la colocación de la bomba es un acto de ejecución

pues no puede interpretarse en otra forma sino con una finalidad delictiva semejante comportamiento, pero el peligro es mediato y no inmediato.

Marginalmente diremos que la presencia o ausencia del peligro inmediato tiene una trascendencia pragmática y puramente disquisitiva dentro de la técnica penal: si la futura víctima tiene conocimiento de que se va a colocar bajo su lecho una bomba que estallara dos o tres horas después cuando se supone que se encontrara dormida, no puede en ejercicio del derecho de defensa privar de la vida o lesionar a quien a colocado la bomba; podrá ejercitar violencia para detenerlo y llevarlo ante la autoridad pero no para dañarlo pues en la legítima defensa el peligro debe ser inminente entendiendo por tal expresión el que sea inmediatamente próximo. Otro tanto debe decirse de la agresión pero esto es un tema que esta fuera del alcance del presente estudio.

En síntesis nuestra afirmación es la siguiente el acto de ejecución es objetiva y subjetivamente unívoco pero además pone en peligro en forma inmediata o mediata el bien jurídicamente tutelado por el tipo. Si el peligro se actualiza en el daño entendido este como la afectación del bien descrito en la ley, y se integra la parte descriptiva del tipo, se está en presencia de la consumación tema que vamos a abordar renglones abajo.

Los estudiosos distinguen entre peligro de daño y delitos de peligro y algunos escritores a los delitos de peligro le llaman puramente formales significando con ello que no hay un resultado material. Sin embargo debe advertirse que hay delitos que no pueden catalogarse como de peligro y no obstante ello no tienen un resultado material; tal sucede en las injurias, en la difamación, en la colusión, etc.

En los llamados delitos de peligro ya sea inmediato o mediato el tipo se integra al realizarse la parte descriptiva y producirse la lesión jurídica aun cuando ella no es sensorialmente apreciada. Generalmente se afirma que los delitos de peligro no admiten tentativa, para tal afirmación, valida en la mayoría de ellos no lo es en otros, tal sucede en delitos contra la salud en cualquiera de sus modalidades. En el delito contra la salud mediante estupefacientes o psicotropicos todas las modalidades son de peligro mediato o inmediato, excepción hecha del suministro gratuito u oneroso para el consumo inmediato pues en ese caso se produce el daño a la salud, pero en las demás modalidades no hay el daño a la salud. No hay daño a la salud en la mera posesión, ni en la transportación, ni en la venta o la compra, pero es inconcuso que puede haber tentativa de compra o venta de estupefacientes, por lo tanto la afirmación de que el delito de peligro no admite ten-

tativa, por que desde el punto de vista ideológico es una tentativa erigida en tipo, debe rechazarse y parte de un conocimiento erróneo sobre los delitos de peligro y sobre la tentativa.

La consumación, hablando en términos de técnica pura es la integración culpable de la parte descriptiva del tipo. Cuando se hable de integración culpable quienes manejan la técnica jurídica comprenderán que al ser culpable, la conducta es antijurídica y el individuo imputable. Pues el delito en abstracto implica un comportamiento activo u omisivo voluntario, una adecuación letrística de ese comportamiento a la descripción legal, que en la técnica moderna se denomina tipicidad material, la violación de un deber de abstención de la parte descriptiva del tipo, deber de abstención insito en la parte sancionadora del tipo, como ya se dijo en el capítulo primero, la norma jurídica que se viola en el delito es espe-

cificamente la que subyace en la parte sancionadora de la descripción legal. Se dijo y lo repetimos que carecería de sentido predicar una pena para quien realice la conducta descrita si tal conducta no es desaprobada y además se prohíbe su ejecución. Dentro de este campo de ideas concluiremos que la consumación del delito se da cuando se integra culpablemente el tipo.

CAPITULO TERCERO LA TENTATIVA DE ACUERDO CON LAS OPINIONES DOMINANTES.

A) OPINIÓN DE RAMÓN PALACIOS VARGAS Y FRANCISCO PAVÓN VASCONCELOS.

En la monografía intitulada Breve ensayo sobre la tentativa Francisco Pavón Vasconcelos,¹² fija su posición respecto de la tentativa en los términos siguientes: AUNQUE LA TENTATIVA SE SUBORDINE PARA SU PUNICIÓN, A LA REFERENCIA TÍPICA CONCRETA, NO ES POSIBLE NEGARLE A NUESTRO JUICIO, SU CARÁCTER DE FIGURA AUTÓNOMA. SI SE LE RELACIONA CON EL DELITO CONSUMADO SURGE SIN DISCUSIÓN EN EL CONTRASTE ENTRE AMBAS FIGURAS SU NATURALEZA IMPERFECTA Y SUBORDINADA. CONSIDERADA EN SI MISMA NO CONSTITUYE UN DELITO PERFECTO PUES ES FIGURA CON CARACTERES PROPIOS Y PUNIBLES. LA RAZÓN DE SER DE TAL APARENTE CONTRADICCIÓN RADICA EN LA IMPOSIBILIDAD DE INCRIMI-

¹² PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Edit. Porrúa, S.A. México, 1989. p.31

HAY UN DELITO IMPERFECTO SIN DARLE LA FISONOMÍA DE UN DELITO PERFECTO. COMO BIEN DICE VINCENZO MANZINI,¹⁴ ESTA NOCIÓN ES LA QUE INCRIMINA Y CASTIGA LA TENTATIVA EL NÚMERO DE LUGARES DEL CORRESPONDIENTE DELITO "TÍTULO QUE RESULTA DE LOS ELEMENTOS EXIGIDOS POR LA PUNIBILIDAD Y DE LA PARTICULAR SANCIÓN APLICABLE Y NO DE LA REGULAR CALIDAD DEL HECHO".

CONSEQUENTEMENTE, LA TENTATIVA ES DELITO POR SI EN RAZÓN DE SU PARTICULAR ESTRUCTURA Y NATURALEZA DIVERSA AL DELITO CONSUMADO PUES TIENE OBJETIVIDAD PROPIA, ACTIVIDAD TÍPICA SINGULAR Y SANCIÓN ESPECÍFICA, AUNQUE ATENUADA RESPECTO AL DELITO CONSUMADO".¹⁵

A decir verdad la opinión de Francisco Pavón Vasconcelos, resulta un tanto, confusa en su fundamento. Según ha quedado transcrito afirma que en relación con el delito consumado es un delito

¹⁴ Idem, p. 31.

¹⁵ PAVÓN VASCONCELOS, Francisco, Breve ensayo sobre la tentativa, Ed. Porrúa, S.A., 3a edición México, 1982, P. 32.

imperfecto, pero considerada en si misma es un delito perfecto y argumenta que TAL APARENTE CONTRADICCIÓN RADICA EN LA IMPOSIBILIDAD DE INCRIMINAR UN DELITO IMPERFECTO SIN DARLE LA FISONOMÍA DE UN DELITO PERFECTO. Lo anterior implica que para dicho autor la tentativa es delito perfecto por una necesidad técnica pues afirma que es imposible incriminar un delito imperfecto, no explica por que es un delito imperfecto, y adelantando ideas, el sustentante afirma, que en la tentativa existe conducta descrita como acreedora de pena, y su resultado jurídicamente hablando radica en la puesta en peligro.

Por ultimo después de afirmar que la tentativa es delito perfecto por que si no lo fuera resultaría imposible su punición concluye que no obstante su naturaleza diversa al delito consumado TIENE DEJETIVIDAD PROPIA, ACTIVIDAD TÍPICA SINGULAR Y SANCIÓN ESPECIFICA, expresiones que con el debido respeto resultan gratuitas si es que se mantiene el funda-

mento de que la tentativa es delito perfecto por que de lo contrario no podría ser punible.

Ramón Palacios Vargas, en su obra La Tentativa. El Mínimo de Ilícitud Penal, asienta lo siguiente: AHORA BIEN, EL CONCEPTO DE PERFECCIÓN APLICADO A TENTATIVA Y CONSUMACIÓN LO PODEMOS ENTENDER DESDE UN PUNTO NATURAL Y DESDE OTRO MERAMENTE FORMAL O JURÍDICO. BAJO EL PRIMERO ES OBRIO QUE LA CONSUMACIÓN ES PERFECTIÓN, POR CORRESPONDER EL ACTO HUMANO DE VOLUNTAD CON LA LESIÓN COMPLETA DEL BIEN CONTEMPLADO EN EL PRECEPTO TIFÍFICADOR, Y QUE TENTATIVA ES IMPERFECCIÓN, POR QUE FALTA PRECISAMENTE EL RESULTADO, EL MAS IMPORTANTE DE LOS REQUISITOS DEL TIPO; MAS JURÍDICAMENTE ESTIMADO AL TEMA, ES CONSUMACIÓN Y PERFECCIÓN EL DELITO TENTADO POR QUE SE HA VIOLADO LA NORMA PROHIBITIVA PUES SUSTITUIDO EL RESULTADO POR EL PELIGRO VERIFICASE YA LA SUBSUNCION DEL HECHO HISTÓRICO EN LOS PRECEPTOS QUE PREVEN Y PUNEN EL ACTUAR

EN QUE ESTÁ AUSENTE EL RESULTADO.¹⁶

De lo transcrito se desprende, que por una parte se afirma que la tentativa es IMPERFECCIÓN POR QUE FALTA PRECISAMENTE EL RESULTADO, EL MAS IMPORTANTE DE LOS REQUISITOS DEL TIPO. Sin embargo al final del párrafo afirma que el resultado es sustituido por el peligro.

Nos permitimos anotar que cuando se habla de resultado debe entenderse la lesión jurídica lo que implica que se perturba una determinada situación cuya permanencia y relativa inviolabilidad se tutela mediante la conminación de la pena.

Da la impresión que Ramón Palacios Vargas, parte de la base de la existencia de un resultado material, sensiblemente apreciable, pero existe un gran numero de delitos en los que el resultado es

¹⁶ PALACIOS VARGAS, Ramón. La tentativa. El mínimo de ilicitud penal. Imprenta Universitaria. México, 1951. p. 32 y 33

simplemente un peligro mediato o inmediato, tal sucede en la conspiración, en la asociación delictuosa, en la mayoría de las modalidades de delitos contra la salud en materia de estupefascientes, etc. como ya hemos mencionado con antelación.

B) OPINIÓN DE FERNANDO CASTELLANOS TENA.

En sus Lineamientos Elementales de Derecho Penal, Fernando Castellanos Tena,¹⁷ nos dice: LA TENTATIVA DIFIERE DE LOS ACTOS PREPARATORIOS; EN ESTOS NO HAY TODAVÍA HECHOS MATERIALES QUE PENETREN EN EL NÚCLEO DEL TIPO DEL DELITO; TALES ACTOS MATERIALES LO HISHO PUEDEN SER LÍCITOS O ILÍCITOS; EN CAMBIO, EN LA TENTATIVA EXISTE YA UN PRINCIPIO DE EJECUCIÓN Y, POR ENDE, LA PENETRACIÓN EN EL NÚCLEO DEL TIPO. PENETRAR EN EL NÚCLEO DEL

¹⁷ CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S.A. México, 1967. p.

TIPO CONSISTE EN EJECUTAR ALGO EN RELACIÓN CON EL VERBO PRINCIPAL DEL TIPO DEL DELITO DE QUE SE TRATE. SEGÚN SEBASTIÁN SULEK,¹⁸ LA TENTATIVA EXISTE EN INICIAR LA ACCIÓN PRINCIPAL EN LA CUAL EL DELITO CONSISTE; PARA ELLO ES ILUSTRATIVO PENSAR EN EL VERBO QUE LA EXPRESA. JIMÉNEZ DE ASÚA,¹⁹ DEFINE LA TENTATIVA COMO LA EJECUCIÓN INCOMPLETA DE UN DELITO.

PARA G. B. INFALLONENI,²⁰ ES LA EJECUCIÓN FRUSTRADA DE UNA DETERMINACIÓN CRIMINOSA. "ENTENDEMOS, PUES, POR TENTATIVA, LOS ACTOS EJECUTIVOS (TODOS O ALGUNOS), ENCAMINADOS A LA REALIZACIÓN DE UN DELITO, SI ESTE NO SE CONSUMA POR CAUSAS AJENAS AL QUERER DEL SUJETO."

El antiguo Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuya obra puede conside-

¹⁸ Citado por CASTELLANOS TEM, Fernando. Idea.

¹⁹ Idem.

²⁰ Idem.

rarse como el Breviario de los Principiantes es partidario, según se desprende de lo transcrito de que la tentativa implica la penetración al núcleo delictivo.

Semejante planteamiento nació muerto. En efecto es imposible imaginar como se penetra al núcleo del tipo en la tentativa de homicidio y como se penetra al núcleo de las lesiones, en el daño en propiedad ajena y en un gran número de delitos que resulta ocioso enumerar. Cuando alguien advirtió que la idea de penetrar al núcleo del tipo en la tentativa es insostenible trató de cumplimentarlo dentro de la misma línea de pensamiento y se sostuvo. Que la tentativa es parcial integración del tipo. Ya veremos en el siguiente capítulo como semejante tesis tan solo es aplicable a los tipos binucleares pero no a los mononucleares o uninucleares.

Fernando Castellanos Tena, termina por dar lo que a su juicio es el concepto de tentativa, y entiende por tal: LOS ACTOS EJECUTIVOS (TODOS O ALGUNOS) ENCAMINADOS A LA REALIZACIÓN DE UN DELITO, SI ESTE NO SE CONSUMA POR CAUSAS AJENAS AL QUERER DEL SUJETO²¹; no se advierte diferencia de lógica alguna entre transcrito y el contenido del artículo 12 del Código Penal Federal que es la fórmula de la tentativa.

C) Raúl Carranca y Trujillo y Francisco González de la Vega.

En el Código Penal Anotado de Raúl Carranca y Trujillo, aparece su pensamiento sobre la tentativa de la siguiente manera: CONFORME AL TEXTO DEL PRET

²¹ CASTELLANOS TENA, Fernando. Iden.

CERTO CONSENTADO; LA TENTATIVA CONSISTE EN LA EJECUCIÓN INCOMPLETA DE UN DELITO, SE REQUIERE INEXCUSABLEMENTE QUE EL ACTIVO REALICE UN COMIENZO DE EJECUCIÓN. LA CONSECUENCIA SE INFONE. SOLO CABE LA TENTATIVA EN LOS DELITOS EJECUTABLES MEDIANTE ACTOS, NO EN LOS QUE SOLO ADMITEN OMISIÓN COMO ÚNICA FORMA DE EJECUCIÓN, YA SE TRATE DE LA SIMPLE OMISIÓN O DE LA OMISIÓN ESPIRITUAL O DELITO IMPRUDENCIAL.

LA TENTATIVA REQUIERE ACTOS DE EJECUCIÓN. EN CONSECUENCIA, LOS ACTOS PREPARATORIOS, NO LA INTEGRAN SI SON EQUÍVOCOS, NO ASÍ SI SON UNÍVOCOS, PUES LOS ACTOS PREPARATORIOS SON POR LO GENERAL, POR SI MISMOS INSUFICIENTES PARA DEMOSTRAR EL PROPÓSITO DE EJECUTAR UN DELITO DETERMINADO. EL PENSAMIENTO CRIMINAL MENOS PUEDE IMPORTAR YA QUE COGITATIONES DELINQUERE NON POTEST.

ES INEXCUSABLE ESTABLECER, POR MEDIO DE LOS HECHOS EJECUTADOS, EL PROPÓSITO DE CONSUMAR DETERMINADO DELITO, PUDIENDO PROBARSE ESTO ÚLTIMO YA POR LA CONFESIÓN DEL

ACTIVO, YA POR LOS HECHOS MISMOS QUE SE HAYAN EJECUTADO Y DE LOS QUE PUEDA IMPERIRSE LÓGICAMENTE LA VERDAD QUE SE BUSCA. DIRECTA E INDIRECTAMENTE DEBEN CONDUCIR ESOS HECHOS AL FIN DELICTIVO, COMO PRUEBA DE ESTE. DE AQUÍ QUE A MAS DE UNÍVOCOS DEBAN SER IDÓNEOS...

... DIVERSOS GRADOS, POR TANTO, OFRECE LA TENTATIVA, DADA LA FORMULA ADOPTADA POR LA LEY...

... EL GRADO EN LA EJECUCIÓN CONSTITUYE UNO DE LOS ELEMENTOS VALORATIVOS DE LA TEMIBILIDAD DEL AGENTE. LA SANCIÓN CORRESPONDE ADECUARLA AL TRIBUNAL CONFORME A AQUEL. ^{EE}

A nuestro juicio y con el debido respeto al maestro Raúl Carranca y Trujillo, quien fue de los pioneros del Derecho Penal en la década de los treintas del presente siglo, es incorrecta la

^{EE} CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl, CARRANCA Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. 16a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México 1991. pp. 58, 59, 60, 61 y 62

afirmación, conforme a la cual después de afirmar que la tentativa requiere actos de ejecución: EN CONSECUENCIA, LOS ACTOS PREPARATORIOS NO LA INTEGRAN SI SON EQUÍVOCOS, NO ASÍ SI SON UNÍVOCOS, PUES LOS ACTOS PREPARATORIOS SON POR LO GENERAL POR SI MISMOS INSUFICIENTES PARA DEMOSTRAR EL PROPÓSITO DE EJECUTAR UN DELITO DETERMINADO.

De lo transcrito se desprende que para dicho autor hay actos preparatorios que no integran la tentativa si son equivocos pero que si la integran si son univocos. Recordemos lo expresado en capitulo anterior: El acto preparatorio es subjetivamente univoco pero objetivamente equivoco. Es subjetivamente univoco por que para quien lo ejecuta tiene una dirección puramente delictiva: Se compra el arma para matar; para quien la compra tiene una finalidad puramente delictiva, sin embargo para el observador externo puede significar finalidad delictiva y también propósito defensivo o utiliza-

ción de la misma en conductas incoloras. No hay actos preparatorios unívocos que constituyan tentativa. Dijimos y lo repetimos que el acto de ejecución es subjetiva y objetivamente unívoco; es decir, tanto para quien lo ejecuta como para el observador externo tiene un sentido único de tipicidad.

Por otra parte Raul Carranca y Trujillo, no aborda el tema relativo a la voluntariedad ni a la puesta en peligro que son los ejes de la temática de la tentativa.

Así mismo Francisco González de la Vega, en su: EL CÓDIGO PENAL COMENTADO, dice: NOTESE QUE, POR SU EQUIVOCIDAD, LOS ACTOS DE PURA PREPARACIÓN QUEDAN EXCLUIDOS DE LA REPRESIÓN PENAL, SALVO QUE POR SI MISMOS CONSTITUYAN DELITO TÍPICO; EJEMPLO: PORTACIÓN DE ARMAS.²³

²³ GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Anotado. Edit. Porrúa S.A. México 1992. pp. 69 y 70.

Sobre el pensamiento de Francisco González de la Vega, vale decir que el maestro en cuestión no escribió sobre la parte general del derecho penal y sus anotaciones en el Código Penal Anotado en relación con la tentativa son francamente superficiales. Los agregados hechos por Raul Gurrola Hernández, son muy poco afortunados, y todo indica que para el la voluntariedad es esencial, pero no la puesta en peligro pues sostiene que EN EL DELITO IMPOSIBLE POR AUSENCIA DE BIEN JURÍDICO HAY UNA TENTATIVA, y pone por ejemplo el de QUIEN DISPARA UN ARMA DE FUEGO SOBRE UN CADÁVER, afirma dicha persona que se trata de una tentativa por que la muerte del destinatario de los disparos, es la causa ajena a la voluntad a que se refiere la ley, lo que a nuestro juicio es no entender el problema y respecto a ese tema en particular nos remitimos a lo expresado en el capítulo correspondiente.

CAPITULO CUARTO

La tentativa de acuerdo con la opinión del sustentante.

A) Critica a la tesis de parcial integración del tipo.

En contra de la opinión conforme a la cual la tentativa es parcial integración del tipo debe hacerse notar que fracasa en los tipos mono-nucleares y tan solo es aplicable a los pluri-nucleares que son minoría absoluta dentro de las leyes penales.

Cuando hablamos de leyes penales y no del código penal únicamente lo hacemos porque en la gran mayoría de leyes especiales que regulan específicamente ciertas materias, hay siempre el capítulo de faltas y el capítulo de delitos. En algunos casos no existe el de faltas pero es excepcional que no exista el capítulo de delitos;

Podemos poner como ejemplo El Código Fiscal de la Federación, la Ley de Instituciones Bancarias, la Ley de Quiebras, etc. Es ley penal cualquier mandamiento que describa una conducta como acreedora de pena, es decir, es ley penal la que crea tipos; Por eso se afirma que la ley penal no se agota en el código penal.

Recordemos que según se ha venido repitiendo por tipo hay que entender la descripción de una conducta como acreedora de pena. El tipo tiene la parte descriptiva y la parte sancionadora las que forman una unidad. El hecho de que en algunas leyes este, en un dispositivo diferente a la pena y en otra la descripción, simplemente significa que el legislador procedió en esa forma pero conducta y sanción forman la unidad tipo.

Los especialistas afirman que el tipo al utilizar los términos del lenguaje utiliza palabras que tienen un significado sensorialmente

apreciable, otras cuyo contenidos se descubre tan solo a través de una referencia jurídica o cultural, y por último, términos que se refieren a estados anímicos ya sea del activo o del pasivo estos se les conoce con el nombre de elementos subjetivos, se llaman normativos a los que hacen referencia al orden jurídico cultural y objetivo a los que describen algo sensorialmente apreciado. Cuando en los delitos llamados sexuales se habla de cópula, se esta utilizando un término sensorialmente aplicable; cuando en el robo se alude a cosa ajena se esta en presencia de un elemento normativo pues su significado se conoce al través de una referencia al orden jurídico, y cuando en el estupro se comprenden los términos casta y honesta en relación con la sujeto pasivo del mismo se esta haciendo referencia al orden cultural, y cuando en el fraude se alude a engaño se esta en posesión de un elemento subjetivo que describe un estado anímico

del sujeto activo al igual que cuando en el estupro se hace referencia al consentimiento de la mujer.

El tipo tiene un núcleo que está constituido por el verbo que describe la acción incriminable y en muchas ocasiones se comprende en la parte descriptiva del tipo una serie de circunstancias entre las que puede estar la calidad del activo o pasivo o modalidades de ejecución; se trata de circunstancias del núcleo, entendida la expresión circunstancia dentro de su connotación etimológica latina que significa lo que envuelve al núcleo. La expresión latina *circun* significa precisamente lo que envuelve, es decir lo que rodea al núcleo.

Hechas las aclaraciones anteriores, y de la observación del catálogo de los tipos podemos concluir que la mayoría son mononucleares es de-

cir en la parte descriptiva existe un solo verbo tal es el caso del homicidio, de la violación, etc.; en cambio en el tipo básico del fraude hay dos núcleos constituidos por el gerundio engañando y obtendrá lucro. Cuando el tipo es binuclear como en el caso de la figura básica del fraude si puede afirmarse que en la tentativa puede integrarse parcialmente el tipo: se puede engañar a alguien con el propósito de obtener el lucro pero viene un tercero que ilustra a la persona engañada y entonces quien engaño no obtiene el lucro. Ahí si se integró parcialmente el tipo y se esta en presencia de una tentativa.

Sin embargo en los tipos mononucleares es imposible integrar parcialmente el tipo.

Imaginemos el caso del tipo; la tentativa no integra parcialmente el tipo, en el robo la tentativa no integra parcialmente la descripción

legal como tampoco en las lesiones o en cualquier modalidad de los delitos contra la salud en caso de que este se afecte por estupefacientes a psicotrópicos. En esos y en muchísimos casos no hay la parcial integración del tipo. Es por lo anterior que se afirmó que sostener que la tentativa tiene como dato la parcial integración del tipo no abarca la inmensa mayoría de los casos por tanto no es un criterio confiable.

B) La puesta en peligro como justificación de la punibilidad.

Fue el gran Francesco Carrara,²⁴ quien por primera vez habló en la tentativa sobre El

²⁴ CARRARA, Francesco. Opúsculos de Derecho Criminal, volúmenes I a IV. Editorial Temis. Bogotá, Colombia 1976.

peligro corrido históricamente la tentativa aparece como título de punibilidad en una fecha aun no determinada y fue Pablo de Cremona, quien a principios del siglo XI dio ya una definición de la tentativa que comprendía el propósito de dañar, la exteriorización de tal propósito y la ausencia del daño querido. Recordemos que al hablar de Bien Jurídico se dijo que por tal hay que entender una situación cuya permanencia y relativa inviolabilidad se tutela mediante la conminación de la pena a partir de la aparición de la tentativa como título punitivo puede afirmarse ya con el lenguaje moderno que el bien jurídico resulta dañado cuando se integra el tipo y se produce la lesión jurídica y también cuando se pone en peligro el bien en cuestión, recurriendo al símil de la estatua podemos decir que alguien mediante la violencia la derriba y se rompe estamos frente al delito consumado; pero si alguien la empuja se

cimbra y no cae estamos ante la tentativa.

El titulo punitivo o dicho en otras palabras la justificación de la punibilidad de la tentativa radica en el peligro del Bien Juridico.

C) Fijación del concepto peligro.

En capitulo anterior se transcribio la opinión de Jiménez de Asúa ²⁵, respecto del peligro quien afirma que para obtener su significado DEBERÁ ESTARSE AL TIPO ESPECÍFICAMENTE PROTEGIDO QUE PODRÁ DAR NOS LA MAYOR O MENOR GRAVEDAD DEL PELIGRO. ESTO ES EN PARTE DERIVADO DE LA MAYOR O MENOR PROTECCIÓN QUE EL ESTADO DA A LOS DIVERSOS BIENES JURÍDICOS

²⁵ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Pena. Tomo del I al VII. El delito y su exteriorización. Ed. Lozada, Buenos Aires 1977.

SEGÚN LA IMPORTANCIA DE ESTOS; EL PELIGRO SUPONDRÁ POR TANTO UNA NOCIÓN VALORATIVA QUE REQUERIRÁ CONCRECIÓN EN CADA CASO.

Por su parte Antonio Beristáin S. J.²⁶, afirma que se puede definir el peligro como la alteración desfavorable de las posibilidades de riesgo jurídicamente permitido, como la lesión potencial de un bien jurídico mediante la perturbación actual de la seguridad por la probabilidad de un daño. Nosotros afirmamos que la parte última de la afirmación de Antonio Beristáin S. J., que entiende con peligro de daño es completamente mejor que la de Jiménez de Asúa, pero creemos que debe agregarle el carácter de daño inmediato, lo que significa que por peligro entendemos la probabilidad de un daño mediato o futuro. El concepto es absolutamente asequible sin necesidad de hacer divisiones

²⁶ BERINSTAIN S.J., Antonio. Cuestiones Penales y Criminología. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1977.

y subdivisiones al respecto. Para nosotros el peligro en la tentativa lo produce la probabilidad de daño inmediato, entendemos por probable el acaecer en el transcurso normal de los acontecimientos. No debe confundirse lo probable con lo posible; posible es cualquier cosa, cualquier acontecer a menos que se trate de un absurdo. El limite de lo probable es el acaecer normal de los acontecimientos el limite de lo posible es el absurdo.

D) El porque de la indispensable voluntariedad de la tentativa. su fundamento legal.

No basta para la punibilidad de la tentativa el que haya existido la probabilidad de daño inmediato. Es indispensable que la conducta que

generó el peligro se haya ejecutado dolosamente.

Si el conductor de un vehiculo se distrae y esta a punto de atropellar a un transeúnte y este salta y evita el atropellamiento, existió el peligro pero no hay tentativa; Existirá ella cuando el conductor del vehiculo quiera atropellar al transeúnte y salte este evitando ser aplastado.

Voluntariedad del daño es decir dolo y peligro son los dos ejes del concepto de tentativa. Sin duda la ley exige la voluntariedad por que quien así procede revela su propósito delictivo, propósito que no existe en la culpa. En el ejemplo del conductor del vehiculo y el transeúnte el conductor quiere la conducta entendiendo por tal el comportamiento en si, en el caso en particular el desplazamiento del vehiculo pero debe distinguirse entre querer el comportamiento

y querer el resultado. La voluntariedad del comportamiento pertenece a la temática de la acción, la voluntariedad del comportamiento a la culpabilidad.

Para el finalismo el dolo pertenece a la temática de la acción y no a la culpabilidad y es por eso y por muchas otras razones que coincidimos con el pensamiento de Jiménez de Asúa, con el pensamiento, según el cual el finalismo trajo un caos sistemático al estudio del derecho.

Cuando afirmamos que la tentativa es fatalmente dolosa, la base de nuestra afirmación es la propia ley. Hemos insistido en que la doctrina jurídica esta dentro de la norma, y la afirmación del carácter doloso de la tentativa la obtenemos de la propia ley cuando consigna que el delito no se consuma por causa ajena a la volun-

tad, expresión que fatalmente significa que el sujeto activo quería el resultado. Véase como de la propia ley se obtiene el principio doctrinario pues según hemos dicho la doctrina jurídica no es sino el conjunto de principios que forma la sistemática de la ley y la labor del jurista es descubrir cuales son esos principios insitos en la propia ley.

E). Concepto de causa ajena a la voluntad.

Desde tiempo inmemorial por lo menos en la tradición mexicana cuando los diversos códigos han aludido a la tentativa consignan que el delito no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente. Esta expresión debe precisarse por su contenido para evitar interpretaciones que resultan verdaderamente aberrantes. Con un

criterio letrístico si una persona dispara hacia otra con manifiesto propósito de daño, y por defecto en la ejecución el proyectil pasa a varios metros de la presunta víctima han pretendido algunos que fue por causa ajena a la voluntad del agente activo, en el caso concreto quien acciono el arma de fuego, que no se produjo el daño y por lo tanto se esta en presencia de tentativa.

Cuando se utiliza un instrumento que tiene un curso fatal como es el caso de una arma de fuego, arco y flecha e incluso una piedra, o algún objeto similar, desde el momento en que sale el proyectil del arma o principia su viaje la flecha o la piedra tiene un curso predeterminado y si no da en el blanco empiezan los problemas para decidir si hubo probabilidad de daño inmediato. Imaginemos el caso de quien dispara el arma de fuego, la presunta víctima no se mueve sino que permanece en el sitio en que se en-

cuentra, y por falta de habilidad de quien disparo el proyectil, pasa a varios metros, a medio metro o a un centimetro. Como el proyectil tenia un curso fatal o como dicen los finalistas ciego, como resulta que en puridad no estuvo en peligro ni la vida ni la integridad fisica de la presunta victima; no obstante ello algunos han sostenido de que se trata de una tentativa y que fue por causa ajena a la voluntad de quien hizo el disparo y que no se consumo el delito, solución que es valida letristicamente pero absolutamente insostenible dentro de la técnica juridica.

Precisamente para casos como el propuesto se creo el disparo de arma de fuego conforme al cual se aplica una pena a quien dispare un arma de fuego sobre una persona independientemente del daño que se causa, se creo también la figura conocida como ataque peligroso conforme al cual

quien ataque a una persona en forma tal que en razón del arma empleada o destreza del agresor pueda tener como resultado la muerte. Jiménez de Asúa, llamo al disparo de arma de fuego una desdichada creación legislativa como en efecto lo fue. El disparo de arma de fuego aparece por vez primera en la legislación penal italiana a finales del siglo pasado, pero no se refería a quien dispare hacia una persona si no arriba de las personas; es decir el muy mexicano disparo del 15 de septiembre o en algunas fiestas pueblerinas en que por puro gusto se dispara al aire. Desde luego que no háy el propósito de privar de la vida o lesionar a determinada persona. Pero pone en peligro la seguridad colectiva quien tal hace y si produce lesiones u homicidio se estará en el caso de dolo eventual si es que previó acepto el resultado o de la culpa con representación puesto que indudablemente quien dispara al aire sabe que el proyectil al descender puede

causar daño a personas o cosas, pero si confía en que no se produzca el resultado, se estaría en presencia de culpa con representación. Mientras que en el dolo eventual se prevé y se acepta el posible resultado, en la culpa con representación se prevé y se espera que no se produzca.

Quienes copiaron de la Legislación Italiana el disparo de arma de fuego, tradujeron mal la expresión que en italiano significa por encima de traduciéndola con la expresión sobre, y la judicatura en vez de entender la palabra sobre, como arriba de, la entendió como hacia. Y vino el caos en la interpretación jurídica.

En el Código vigente de Nuevo León promulgado en el año de 1991, el disparo de arma de fuego esta en su congreso lugar y especifica, QUE COMETE TAL DELITO QUIEN SIN PROPÓSITO DE CAUSAR DAÑO PONE EN

PELIGRO LA SEGURIDAD COLECTIVA DISPARANDO UN ARMA DE FUEGO AL AIRE O EN CONTRA DE UN OBJETIVO INERTE Y SIN VALOR ECONÓMICO.

La solución al disparo de arma de fuego y al ataque mediante un objeto que tenga un curso predeterminado y fatal hay que buscarlo fuera de la tentativa y fuera de la creación legislativa denominado disparo de arma de fuego, como también debe encontrarse solución al llamado ataque peligroso en algunos casos dentro de la tentativa, y en otros sancionarse autónomamente por la peligrosidad revelada.

La causa ajena a la voluntad deberá ser en todo tiempo una conducta o un hecho de naturaleza sobre el que no tiene dominio el autor de la tentativa. La impericia del agente activo, letrísticamente puede ser la causa ajena a la voluntad a que alude la ley, pero semejante posi-

ción es insostenible si se tiene en cuenta que si por conducta propia del activo y no obstante su propósito no se produce el daño que el buscaba podría llegarse a sostener que en el delito imposible tanto por falta de idoneidad en el medio por ausencia del bien jurídico estamos en presencia de la tentativa. Alguien decide privar de la vida a otra persona se introduce a la casa habitación de la presunta víctima a altas horas de la noche localiza la recámara en que acostumbra dormir la persona a quien decidió matar y repetidamente dispara sobre el lecho que esta vació, pues la presunta víctima se encuentra disfrutando de vacaciones en Europa.

Letrísticamente no se produjo el resultado por causa ajena a la voluntad pero ahí no hay tentativa pues no corrió peligro alguno la vida o la integridad personal de aquel a quien se quería dañar y la solución esta dentro de un parámetro distinto.

Se afirmo en renglones arriba que, por causa ajena a la voluntad debe entenderse una conducta humana, un hecho de la naturaleza sobre los cuales no tiene control alguno quien intenta la comisión delictiva, pero jamas, aun cuando letrísticamente si es posible entender así, jamas, se repite, puede entenderse que sea una conducta o cualquier otra situación del posible activo de la tentativa.

Si alguien dispara un arma de fuego hacia una persona y esta se arroja violentamente al piso y no sufre daño! como hubiere sufrido estando de pie dentro de la trayectoria del proyectil se esta en presencia de la tentativa, como también se estaria en presencia de ella si un tercero desvia el arma. Sin embargo si nos volvemos esclavos de la técnica, tendríamos que concluir que si por defecto en la ejecución el proyectil no iba dirigido precisamente hacia la presunta

victima cualquiera que sea la distancia a la que pase, no habrá tentativa pues no corrió peligro precisamente por el curso fatal del proyectil. En estos casos debe romperse con la técnica en aras de la justicia y crearse una formula según la cual cuando se demuestre que alguien disparo un arma de fuego o cualquier objeto sobre una persona con el propósito de causar daño y este no se produce, el juez podrá imponer una pena de acuerdo con el posible daño que pudo causarse.

F). Tentativa acabada e Inacabada.

Coincidimos con la opinión dominante respecto a lo que se conoce como tentativa acabada e inacabada. En relación con la primera vale decir que ella existe cuando el activo ejecuta la totalidad de la conducta que debía producir la lesión jurídica y por causa ajena a su voluntad no

se produce el resultado querido. El clásico ejemplo de quien dispara sobre una persona y esta se arroja violentamente al suelo y se comprueba que el proyectil, que tiene un curso fatal hubiera tocado a la persona en contra de la que iba dirigido. El sujeto activo realizo todo lo que tenia que ejecutar, pero la zambullida del destinatario del proyectil, resulta la causa ajena a la voluntad, por la que no se consumo el delito.

Ya en el inciso anterior, fijamos lo que a nuestro juicio debe entenderse por causa ajena a la voluntad y a ello nos remitimos.

Se habla de la tentativa inacabada cuando el activo ejecuta parcialmente los actos que debian consumir el delito y por causa ajena a su voluntad no los realiza todos. En relación con esta clase de tentativa, debe decirse que puede darse en los delitos, que ya sea por la exigencia del

tipo o por las formas de ejecución, requieren varios actos que vienen a integrar la conducta en sentido penal. El robo puede ejecutarse mediante un solo acto dentro de la figura básica del tipo o también con varios actos como serian el robo en casa habitación, el robo con violencia, etc. si el fallido ladrón, es sorprendido cuando esta tratando de abrir la caja fuerte después de haber penetrado en casa habitada estamos frente a una tentativa inacabada.

Hay figuras delictivas que por su propia naturaleza no admiten la tentativa acabada, tal es el caso del delito de violación y en el estupro.

Hay otras figuras que no admiten tentativas entre ellos la falsificación documentaria.

Creemos que con lo expresado anteriormente se fija la posición del sustentante respecto a

este punto en particular y también creemos que no es indispensable precisar cuales son los delitos que no admiten la tentativa, y cuales los que no la admiten acabada.

G). Desistimiento.

Desde que a mediados del siglo XIV se incorporo la tentativa como titulo punitivo, se expresaba, que cuando el activo voluntariamente desista de la ejecución, su conducta deberia quedar impune, pues la propia ley expresaba que, se le perdonara. Esta politica criminológica pervive en nuestros dias y manifiestamente la ley trata de favorecer y estimular el desistimiento.

Por supuesto que en el desistimiento puede darse únicamente en la tentativa inacabada pero nunca en la acabada. Repitiendo la Frase de Celestino Porte Petit. Que en la inacabada puede haber desistimiento y en la acabada únicamente arrepentimiento.

CAPITULO QUINTO

Algunas ideas que pueden ser tomadas en cuenta.

Además de la creación de la figura delictiva a que se hizo mención en el capítulo anterior y que da una solución apropiada teniendo en cuenta la peligrosidad del sujeto y no precisamente el peligro corrido, dándole un contenido congruente a la vieja interpretación del llamado disparo de arma de fuego el que debe crearse como una figura de peligro abstracto cuando se accione el arma sin propósito de dar pero se pone en peligro la seguridad colectiva; es conveniente sancionar lo que se conoce como delito imposible, cuando como en el caso del disparo o el uso de un medio que tenga curso fatal revela peligrosidad, nuevamente hay que romper con la técnica en aras de la justicia y como en el ejemplo propuesto en el capítulo anterior, un individuo con el manifiesto propósito de producir daño dispara sobre el lecho en que debía encontrarse la pre-

sunta victima pero esta se encuentra en lugar distinto, técnicamente no hay tentativa pues falta la puesta en peligro, pero seria incongruente dejar en libertad a quien tal hizo so pretexto de que falta el titulo punitivo de la puesta en peligro. La técnica debe estar al servicio de la justicia pero no por respetar la técnica se va ha prohiar la impunidad.

La Tentativa como Tipo y el por que de su afirmación.

La recentisima reforma al Código Penal,²⁷ en lo relativo puede calificarse como de poco trascendente desde el punto de vista conceptual ya que en la reforma se agrega REALIZANDO EN PARTE O TOTALMENTE LOS ACTOS EJECUTIVOS QUE DEBERÍAN PRODUCIR EL RESULTADO sustituyendo con dicha expresión la

²⁷ CODIGO PENAL, para el Distrito Federal, 52a. Edición Edit. Porrúa, S.A. Mexico, 1994. P. 3 Art. 12.

contenida en el texto derogado que comprendía la expresión siguiente: EJECUTANDO LA CONDUCTA QUE DEBERÍA PRODUCIRLO, EN LO RELATIVO A LA PENA IMPONIBLE SE AGREGO QUE EL JUEZ, ADEMÁS DE LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 52, EL MAYOR O MENOR GRADO DE APROXIMACIÓN AL MOMENTO APROXIMATIVO DEL DELITO.-El párrafo último del anterior artículo 12 no se reformo.

Como fácilmente puede observarse en la reforma se habla de actos ejecutivos, probablemente para que no haya confusión con los preparatorios y del párrafo segundo del artículo 12 del Código penal anterior se sustituyo la expresión LA TEMIBILIDAD DEL AUTOR Y EL GRADO A QUE SE HUBIERA LLEGADO EN LA EJECUCIÓN DEL DELITO, POR LA RELATIVA A: TENER EN CUENTA LO PREVENIDO EN EL ARTÍCULO 52, Y EL MAYOR O MENOR GRADO DE APROXIMACIÓN AL MOMENTO CONSUMATIVO DEL DELITO.-Se suprimió lo relativo a la temibilidad. No hay por lo tanto un cambio ideológico en la reforma.

En lo referente a la punibilidad simplemente se suprimió del artículo 63 anterior, la referencia del artículo 59 que resulta inútil pues ya fue derogado.

A raíz de la reforma al Código Penal, que entro en vigor en febrero de 1994, la Suprema Corte de Justicia, organizó lo que llamo mesa redonda de magistrados de circuito y jueces de distrito en materia penal para comentar dichas reformas.

El comentario que se hizo por la totalidad de los Jueces de Distrito en materia penal, los Magistrados de Circuito Unitario en materia penal y por los señores Ministros que integran la sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en lo tocante a la reforma sobre la tentativa, es el siguiente, hecho después de transcribir la reforma en vigor. El comentario que

transcribiremos literalmente consigna: LA REFORMA EFECTUADA EN ESTE ARTÍCULO QUE ESTABLECE LA TENTATIVA FUNIBLE GENERAL (ELIMINA DEL ANTERIOR PRECEPTO LA COMISIÓN POR OMISIÓN QUE AHORA ESTÁ PREVISTA EN EL ARTÍCULO 7), ADVIRTIÉNDOSE QUE QUEDA MEJOR PRECISADO AL EMPLEARSE LA REALIZACIÓN DE LA TENTATIVA EN PARTE O TOTALMENTE RESPECTO A LOS ACTOS EJECUTIVOS UNÍVOCOS, HACIÉNDOSE NOTAR LA CAUTELA QUE DEBE OBSERVARSE EN LA INTERPRETACIÓN, CUANDO SE PRETENDEN (SIC) ACTOS PREPARATORIOS YA EXTERIORIZADOS Y QUE SON MATERIA DE TENTATIVAS ESPECÍFICAS, CONTENIDAS EN OTROS PRECEPTOS DE LA REFORMA, POR EJEMPLO EL ARTÍCULO 194, SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II EN LO QUE SE REFIERE A INTRODUCCIÓN O EXTRACCIÓN DE NARCÓTICOS CUANDO AUN NO CONSUMADO SE DESPRENDE CLARAMENTE "QUE ERA LA FINALIDAD DEL AGENTE DEL DELITO", INSISTIÉNDOSE EN QUE TALES CASOS DEBEN ESTIMARSE COMO TENTATIVA FUNIBLE ESPECÍFICA O SEA EXCEPCIÓN AL PRINCIPIO GENERAL DEL ARTÍCULO COMENTADO. Tal es el comentario de la cúpula de la Justicia Federal en materia penal respecto a las refor-

mas sobre la tentativa.

Según ha quedado transcrito los señores Ministros, Magistrados de Circuito y Jueces de Distrito en materia penal concluyeron que LA REFORMA EFECTUADA EN ESTE ARTÍCULO QUE ESTABLECE LA TENTATIVA PUNIBLE GENERAL, ELIMINA DEL ANTERIOR PRECEPTO LA COMISIÓN POR OMISIÓN QUE AHORA ESTA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 7.

Tal afirmación es inexacta el artículo 7 en vigor no se refiere a tentativa para el caso de delitos de comisión por omisión, si no que consigna a la letra: EN LOS DELITOS DE RESULTADO MATERIAL TAMBIEN SERÁ ATRIBUIBLE EL RESULTADO TÍPICO PRODUCIDO AL QUE OMITE IMPEDILO, SI ESTE TENÍA EL DEBER JURÍDICO DE EVITARLO. EN ESTOS CASOS SE CONSIDERARA QUE EL RESULTADO ES CONSECUENCIA DE UNA CONDUCTA OMISIVA CUANDO SE DETERMINO QUE EL QUE OMITE IMPEDILO TENÍA EL DEBER DE ACTUAR PARA ELLO, DERIVADO DE UNA LEY, DE

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

UN CONTRATO, O DE SU PROPIO ACTUAR PRECEDENTE.

De la transcripción del artículo séptimo que acaba de hacerse no se desprende en forma alguna que dentro del contexto del artículo 12 vigente comprenda también la comisión por omisión pues cuando alude a actos ejecutivos que deberían producir el resultado debe entenderse que en los delitos de comisión por omisión el acto de ejecución es precisamente la omisión.

Por otra parte cuando en el comentario transcrito se alude: A QUE DEBE HABER CAUTELA "QUE DEBE OBSERVARSE EN LA INTERPRETACIÓN, CUANDO SE PRETENDEN ACTOS PREPARATORIOS (SIC) YA EXTERIORIZADOS Y QUE SON MATERIA DE TENTATIVAS ESPECIFICAS CONTENIDAS EN OTROS PRECEPTOS DE LA REFORMA, COMO POR EJEMPLO EL ARTÍCULO 194 SEGUNDO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN II EN LO QUE SE REFIERE A LA INTRODUCCIÓN O EXTRACCIÓN DE NARCÓTICOS...", nos permitimos afirmar lo siguien-

te: Los señores Ministros, Magistrados Unitarios de Distrito en materia penal hablan de tentativas específicas erigidas en tipo, lo que es un contrasentido y una antinomia técnica irreductible.

Es de común conocimiento de los que manejan la disciplina penal que la tentativa no integra el tipo y si el tipo se integra, ya no hay tentativa si no consumación y no hay tentativa específica como la llaman. Dentro de ese campo de ideas habría que afirmar que la conspiración y la asociación delictuosa son actos preparatorios específicos, es producto de una confusión de carácter técnico.

Es pertinente hacer una observación que estimamos indispensable y es la relativa a la punibilidad del delito imposible. Es bien sabido que el delito se le considera imposible cuando

falta el bien jurídico que se pretende afectar o cuando el medio utilizado no es idóneo. No puede privarse de la vida a un muerto, no puede corromperse iniciando prematuramente a la vida sexual a una mujer de 14 años que ejerce la prostitución. No existe en ambos casos el bien jurídico protegido.

Habría falta de idoneidad en el medio cuando pretendiendo envenenar a una persona se le hace ingerir una sustancia inócua, etcétera.

Ahora bien, es necesario meditar sobre la conveniencia de sancionar la conducta que se ejecuta en el caso de delito imposible si quien la ejecuta revela un alto índice de peligrosidad.

Estamos consientes que con ello se rompe el esquema técnico conforme al cual no hay título

de punibilidad sin lesión jurídica, y según se asentó en el capítulo anterior la lesión jurídica existe cuando se integra el tipo y también cuando se pone en peligro el bien jurídicamente tutelado por un tipo.

Imaginemos el caso del esbirro que penetra hasta la habitación donde se presume duerme la presunta víctima y agota la carga de su arma de fuego disparando sobre el lecho, pero la presunta víctima en ese momento se encuentra en lugar distinto. Repugna a la idea de justicia distributiva el que se deje en libertad al que tal hizo, so pretexto del principio técnico de que no hay título punitivo si no hay lesión jurídica. Cuando esta en conflicto la técnica y la justicia distributiva, debe ceder la técnica ante la justicia.

Debe por lo tanto meditarse en eso,

haciendo notar que códigos como el de Coahuila y Nuevo León autorizan al juez a imponer la pena que corresponde a la tentativa cuando en el delito imposible se revele alta peligrosidad.

Tanto Ramón Palacios Vargas, como Pavón Vasconcelos y también Olga Islas, han sostenido que la tentativa es un delito autónomo, pero tal afirmación la hacen en forma marginal sin dar el por que del aserto, y en el curso de sus escritos no vuelven a referirse al tema.

Contemplando el problema de la tentativa desde un enfoque distinto nos permitimos afirmar que hay una base técnica sólida para sostener que la tentativa puede considerarse como un tipo abierto entendiendo por tal aquel en que no se especifican los medios de ejecución y que hace un reenvío a otras disposiciones. En eso estamos de acuerdo en lo sostenido por José Arturo Gon-

zález Quintanilla, quien según el mismo lo afirma siguió el pensamiento de Javier Alba Muñoz.

Desarrollando el pensamiento ideológico a que nos acabamos de referir expliquemos: por tipo se entiende la descripción de una conducta como acreedora de pena. El núcleo de la tentativa esta constituido por la voluntaria puesta en peligro, y en capítulo anterior aludimos pormemorizadamente a la fundamentación de este aserto. Por lo tanto como la esencia de la forma de la tentativa tal como aparece en el Código, es dicha voluntaria puesta en peligro, e implícitamente reenvía la puesta en peligro de los bienes jurídicos tutelados por la ley penal, entendiendo por ley penal no solamente el Código relativo si no a la totalidad de las leyes en que haya descripción de una conducta como acreedora de pena, puede afirmarse que una interpretación sistemática de la formula relativa a la tentativa se

reduce a lo siguiente: A QUIEN VOLUNTARIAMENTE PONGA EN PELIGRO CUALQUIERA DE LOS BIENES JURÍDICOS TUTELADOS POR LA LEY PENAL SE LE IMPONDRÁ UNA PENA ...

Como se ve incluso en la fórmula actual esta implícito el reenvío a la totalidad de los tipos pues se habla de exteriorización de la voluntad de cometer un delito, ello es; cualquier delito, y ahí esta implícito el reenvío al que hemos aludido.

En contra de lo que acaba de afirmarse existe un precedente de la Suprema Corte de la Nación en los amparos directos 295/73, y 304/73 que consigna a la letra lo siguiente: LA TENTATIVA NO ES UNA ENTIDAD DELICTIVA INDEPENDIENTE, SI NO QUE CORRESPONDE A UNA DE LAS FASES EXTERNAS DE LA EJECUCIÓN DEL DELITO Y POR LO TANTO ES FACTIBLE SANCIONAR A UN SUJETO POR LA MODALIDAD DEL DELITO TENTADO Y NO CONSOLIDADO SIN QUE POR ELLO SE PUEDA AFIRMAR QUE LE SEAN

CONCULCABAN LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES PRETENDIÉNDOSE QUE SE TRATA DE UNA NUEVA TIFICACIÓN.²⁸

La redacción es muy poca afortunada. Estamos de acuerdo en que no se violan garantías si se condena por tentativa de un delito, pero no se violan por que la ley ordena sancionarla; además, la idea de que la tentativa: No es una ENTIDAD DELICTIVA INDEPENDIENTE; parte de la base de la doctrina tradicional conforme a la cual la tentativa es un estadio inferior de la violación.

Pero creemos que el aserto hecho en el párrafo anterior es valido si es que se estructura la doctrina jurídica alrededor de la unidad técnica tipo.

²⁸ en Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985 p.3091

Jiménez Huerta,⁸⁹ afirma que la tentativa es un dispositivo amplificador de los tipos.

Con el debido respeto al maestro español que no hay tal amplificación sino que la ley previene la voluntaria ejecución de conducta que debía integrar el tipo, no lo integra, pero pone en peligro el bien jurídicamente tutelado.

Bajo este prisma la tentativa si es un estadio inferior de la violación pero lo que se afirmó respecto a que se trata de un tipo, contempla el tema desde un ángulo diferente partiendo de la tendencia moderna iniciada por Faustino Ballve Pallise, propugnando por que se utilice el tipo para dar unidad fenomenológica al delito. Hans Welzel, pretendió dar unidad técnica a la teoría jurídica sobre el delito te-

⁸⁹ JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad Imprenta Universitaria UNAM. México 1953.

niendo a la acción como eje y apoyo de su doctrina. El finalismo fracaso no obstante que aún hay en México algunos seguidores, impresionados por la obra de Eugenio Zaffaroni, pero dígame lo que se diga el finalismo no ha podido explicar como la acción en el delito culposo es una acción finalista, ni satisface su afirmación de que el dolo no corresponde a la culpabilidad, sino a la acción.

Jurisprudencia estudio critico.

INTERPRETAR LA LEY ES DESENTRARAR SU SENTIDO Y POR EILLO LA JURISPRUDENCIA ES UNA FORMA DE INTERPRETACIÓN JUDICIAL; LA DE MAYOR IMPORTANCIA; QUE TIENE FUERZA OBLIGATORIA SEGÚN LO DETERMINAN LOS ARTÍCULOS 193 Y 193 BIS DE LA LEY DE AMPARO REFORMADA EN VIGOR; SEGÚN SE IRATE DE JURISPRUDENCIA ESTABLECIDA POR LA SUPREMA CORT

TE DE JUSTICIA FUNCIONANDO EN PLENO O A TRAVÉS DE SUS SALAS Y A VIRTUD DE LA REFORMAS A LA LEY DE AMPARO ACTUALMENTE EN VIGOR, LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO PUEDEN CREAR JURISPRUDENCIA. EN SÍNTESIS: LA JURISPRUDENCIA ES LA OBLIGATORIA INTERPRETACIÓN Y DE TERMINACIÓN DEL SENTIDO DE LA LEY, DEBIENDO ACATARSE... LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE, SI BIEN ES CIERTO QUE TIENE EL CARÁCTER OBLIGATORIO PARA LOS TRIBUNALES NO DEJA DE SER LA INTERPRETACIÓN QUE DE LA LEY HACE EL ÓRGANO JURISDICCIONAL... LA JURISPRUDENCIA NO CONSTITUYE LEGISLACIÓN NUEVA NI DIFERENTE, SINO SÓLO ES LA INTERPRETACIÓN CORRECTA DE LA LEY QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA EFECTÚA EN DETERMINADO SENTIDO Y QUE SE HACE OBLIGATORIA POR ORDENARLO ASÍ DISPOSICIONES LEGALES EXPRESAS...".³⁰

La mayoría de los autores están de acuerdo que la jurisprudencia fija cuál era el conteni-

³⁰ Suprema Corte de Justicia, Copilación 1917-1988, Segunda parte, salas y tesis comunes, vol. II, D a la o, Mayo Ediciones, Libro tres, Tesis 1062, p. 1695.

do de la Ley desde un principio según lo expresa una de las ejecutorias transcritas.

Ahora bien cuando la interpretación jurisprudencial tiene una directriz durante un tiempo determinado, es indiscutible que en ese lapso será obligatoria para los tribunales, y si esta cambia, se crea otro mandato, que vuelve a vincular a los Tribunales, quedando estos obligados a entender que la nueva interpretación es la válida y la anterior deja de existir; aún cuando el dispositivo legal permanezca intacto tal y como fué creado por el legislador.

La jurisprudencia, al dar un contenido nuevo, esta realmente creando una norma, a pesar de no haber alteración literal al contenido del mandato primitivo tal y como lo concibió el Poder Legislativo.

Por último diremos que la Jurisprudencia no crea el dispositivo letrístico, pero si forja un mandamiento distinto al que existía en la interpretación que anteriormente el Poder Judicial le daba a un mismo mandato de la Ley.

En el apéndice de jurisprudencia de 1917 a 1988 existen únicamente dos tesis jurisprudenciales relativas a la tentativa y que son la 1920 y 1921. La primera de ellas consigna a la letra: UNA ADECUADA INTERPRETACIÓN LÓGICA DEL ARTÍCULO 63 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL ASÍ COMO DE LOS CÓDIGOS DE LOS ESTADOS QUE CONTENGAN LA MISMA DISPOSICIÓN LA CUAL DISPONE QUE PARA SANCIONAR A LOS RESPONSABLES DE TENTATIVAS PUNIBLES SE LES APLICARÁ, A JUICIO DEL JUEZ, HASTA LAS DOS TERCERAS PARTES DE LA SANCIÓN QUE SE LES DEBERIA IMPONER DE HABERSE CONSUMADO EL DELITO, PERMITE ESTABLECER QUE: NO SEÑALÁNDOSE EN TAL PRECEPTO EL MÍNIMO APLICABLE, SI NO SOLO EL MÁXIMO DE LA PENA DEBE ENTENDERSE QUE PARA TAL EFECTO SE PARTIRÁ DE LO DIST

FUESTO POR EL ARTÍCULO 25 DEL PROPIO ORDENAMIENTO, O SEA; "EL MÍNIMO DE PRISIÓN ES DE TRES DÍAS Y EL MÁXIMO LAS DOS TERCERAS PARTES DE LA QUE DEBIERA IMPONERSE DE HABERSE CONSUMADO EL DELITO".

Diferimos de tal interpretación, para nosotros cuando la ley utiliza el término HASTA LAS DOS TERCERAS PARTES, debe entenderse que comprenden las dos terceras partes del mínimo y las dos terceras partes del máximo. El error de interpretación se originó sin duda en la expresión hasta y entendieron que el hasta es hacia adelante (del máximo), pero no hacia atrás, es decir el mínimo.

La otra tesis jurisprudencial es la siguiente: LA TENTATIVA FUNIBLE ES EN GRADO DE EJECUCIÓN DIRECTA E INMEDIATA DE UN DELITO QUE NO LLEGA A SU TOTAL CONSUMACIÓN POR CAUSAS AJENAS A LA VOLUNTAD DEL INCUETADO; Y SI LOS ACTOS DE ESTE QUE APARECEN DEMOSTRADOS EN

EL PROCESO SON EQUIVOCOS, COMO LOS SIMPLEMENTE PREPARATORIOS Y LOS DE SIGNIFICADO AMBIGUO NO DEBEN CONSIDERARSE COMO CONSTITUTIVOS DE TENTATIVA.

El contenido técnico de esta tesis jurisprudencial es muy pobre y nada aporta al conocimiento jurídico especializado. Cualquiera medianamente conocedor del derecho penal sabe diferenciar entre actos preparatorios y actos de ejecución.

Cuando se trató este renglón se afirmó que el acto preparatorio es subjetivamente univoco, pero objetivamente equivoco, además se dijo que en el acto preparatorio no hay puesta en peligro, y resulta manifiesto que no hay título punitivo para el acto preparatorio.

C O N C L U S I O N E S

P R I M E R A.

El concepto doctrinario de que la tentativa es parcial integración del tipo, debe ser modificado, ya que a criterio del sustentante, conceptualmente, la tentativa se reduce a la voluntaria puesta en peligro de un bien jurídico tutelado en forma típica, sin integración del tipo.

S E G U N D A.

La teoría de penetración al núcleo del tipo es absolutamente incorrecta.

T E R C E R A.

La afirmación conforme a la cual la tentativa implica la parcial ejecución del tipo es aplicable únicamente a los tipos plurinucleares pero fracasa en los mononucleares.

C U A R T A .

Afirmamos que la tentativa es un tipo por que se reduce a poner voluntariamente en peligro cualquiera de los bienes jurídicos tutelados por las leyes penales.

Q U I N T A .

Es un tipo que hace un reenvío respecto al bien jurídico a la totalidad de los tipos que admiten la puesta en peligro sin integración letrística de la descripción. Esto implica que en los delitos llamados de peligro no puede existir la tentativa.

S E X T A .

Se requiere que específicamente la ley prescriba que cuando en el delito imposible se revele alta peligrosidad podrá el juez imponer la pena que corresponda a la tentativa.

S E P T I M A .

La reforma que entro en vigor en febrero de 1994, no agrega ideológicamente algún dato al contenido del artículo 12 del Código penal anterior.

O C T A V A .

La conclusión a que llego la mesa redonda de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Magistrados Unitarios de Circuito en materia penal y Jueces de Distrito en dicha materia, es criticable porque confunde la noción de delito, cuando el tipo erige actos que de no existir dicho tipo serian de tentativa, y llama a dichos tipos tentativa especifica.

N O V E N A .

La Jurisprudencia de la corte es superficial y no va al núcleo del problema que radica en lo que según ya se dijo es la voluntaria puesta en peligro del bien jurídico sin integrar el tipo.

D E C I M A.

Debe centrarse el tema de la tentativa afirmando que se trata de un tipo abierto entendiendo por tal el que la forma de ejecución es la descrita en la totalidad de los tipos que la admiten. Afirmamos que es un problema de reenvío.

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

- 1.- ARISTÓTELES, La Política. Edit. Espasa-Calpe, Madrid, 1962.

- 2.- BELING, Ernst Ludwin Von. Rector de los tipos de delito, Trad. L. Prieto Castro y J. Aguirre Cárdenas. Edit. Reus. Madrid, 1936.

- 3.- BERINSTAIN S.-J., Antonio. Cuestiones Penales y Criminología. Ed. Reus, S.A. Madrid, 1979.

- 4.- CARRANCA y TRUJILLO, Raul, CARRANCA y RIVAS, Raul. Código Penal Anotado. 16a. Edición. Ed. Porrúa S.A. México, 1991.

- 5.- CARRARA, Francesco. Opúsculos de Derecho Criminal, volúmenes I a IV. Editorial Temis, Bogotá Colombia, 1976.

6.- CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. Edit. Porrúa, S.A. México, 1967.

7.- GONZÁLEZ DE LA VEGA, Francisco. El Código Penal Anotado. Edit. Porrúa S.A. México, 1992.

8.- GONZÁLEZ QUINTANILLA, José Arturo. Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa S.A. México, 1973.

9.- JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de Derecho Penal, Tomo del I al VII, 4a. Edición, Ed. Lozada Buenos Aires, 1977.

La Ley y el Delito, Ed. Hermes. México, 1986.

10.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La Conducta. Imprenta UNAM, México, 1952.

11.- JIMÉNEZ HUERTA, Mariano. La tipicidad, Imprenta Universitaria. México, 1953

12.- MAYER, Max ERNST. Der Allgemeine Teil des Deutschen Strafrechts, Lehrbuch (La parte General del derecho Penal Alemán. Libro de estudio), 2a. edición y segunda impresión, Heildeberg, Carl Winters Universitätsbuchhand, 1923.

13.- MESGER, Edmund. Derecho Penal, Cárdenas editor y distribuidor, México, 1957.

14.- PALACIOS VARGAS, Ramón. La Tentativa. El mínimo de ilicitud penal. Imprenta Universitaria. México, 1951.

15.- PAVÓN VASCONCELOS, Francisco. Breve Ensayo sobre la Tentativa. Edit. Porrúa, S.A. México, 1987.

16.- WELSEL, Hans, "Das Nevebild Des Strafrcht System" (El Nuevo Sistema del Derecho Penal), Ed. Walter de Gruyter.

REFERENCIAS LEGALES

- 1.- Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985
- 2.- CÓDIGO PENAL, Para el Distrito Federal, 52a. Edición. Editorial Porrúa, S.A. México, 1994
- 3.- Suprema Corte de Justicia, Compilación 1917-1988, Segunda parte, salas y tesis comunes, vol II, D a la O, Mayo Ediciones, Libro tres, Tesis 1062.