

denuncia, está la resolución provisional y la definitiva en que se declara cometida la infracción de Contrabando, se agrega la clasificación arancelaria, se declaran presuntos responsables y se ordena el envío de las actuaciones al Ministerio Público Federal para los efectos del artículo 21 de la Carta Fundamental, constituyese un requisito de procedencia de la acción penal y su presentación es como dice Rocco refiriéndose a la quereila: "la remisión de una condición que suspende el ejercicio de la acción penal, o, mejor dicho, la actuación del derecho subjetivo penal del Estado"; de manera que no existe ningún otro acto que pueda substituir, ocupar el lugar del procedimiento administrativo y de la resolución (artículos 554 y 612 del Código Aduanero) que en estos casos debe presenciar la potestad administrativa. La ausencia sobre todo de la resolución ya provisional ya definitiva cumple con el sistema de los artículos 264 y 285 del Código Penal de la Federación, en que la solicitud de la Autoridad Administrativa es un acto imprescindible para el inicio de la acción persecutoria.

No es un elemento del delito esta instancia administrativa y no figura por ello en el texto del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación; sin embargo, es una condición de la acción penal que el legislador estima oportuno colocar en el Código Aduanero que es complementario del Código Fiscal Federal.

Tales razones también son las que existen cuando se otorga a la autoridad administrativa (artículo 576 del Código Aduanero) la facultad de declarar que no se ha consumado el delito de contrabando o que cometido éste lo fue por persona desconocida y con ello impide el ejercicio de la acción penal porque el artículo 16 Constitucional está supeditado al texto de los artículos 134 y 137 Frac. I del Código Federal de Procedimientos Penales, por lo cual, solamente contra una persona responsable puede ser dirigida la acción hipotética punitiva unilateral del Estado y no contra desconocidos, y en razón de que la persona concreta o presunta responsable tan sólo puede ser señalada por la

Autoridad Administrativa en la resolución correspondiente, no hay acción penal: a).—Cuando falta la resolución administrativa; b).—Cuando existiendo la resolución administrativa se afirma que el contrabando ha sido consumado por desconocido.

El artículo 237 no derogado del Código Fiscal de la Federación previene: "Los delitos fiscales sólo pueden ser de comisión intencional", adelante, el diverso 242 al definir el contrabando en relación con el autor material exigía que la introducción o la exportación de mercancías se realizase "omitiendo deliberadamente el pago de los impuestos"; ahora, el artículo 242 fracción I ha suprimido el adverbio *deliberadamente* sin reparar en que puede dar origen a la confusión de que el delito de contrabando se estime también consumable en forma culposa, y la omisión de la reforma es doblemente vulnerable, porque al dejar subsistente el artículo 237 que continúa rigiendo para todos los delitos fiscales y consecuentemente para el contrabando, estatuye que los delitos fiscales sólo pueden ser perpetrados intencionalmente, *deliberadamente*, (Sexta Epoca, Vol. XXI, pág. 35 No. 6305/57). Es decir: el delito no puede ser cometido por culpa, el delito no exige el dolo específico —como en las injurias sino que lo norma la presunción genérica del art. 9 del Código Penal (3).

a).—El artículo 570 fracción V reformado del Código Aduanero, conceptúa como infracción de contrabando cuando se ejecuten "actos idóneos que vayan inequívocamente (sic) dirigidos a realizar cualesquiera de las operaciones a que se refieren las fracciones anteriores, así como el comienzo de ejecución o todos los actos que debieran producir el contrabando si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente", y en consonancia el artículo 244 del Código Fiscal de la Federación reformado declara punibles "los actos idóneos que vayan inequívocamente dirigidos a la realización del contrabando, así como el comienzo de ejecución o todos los actos que debieran producirlo, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad

del agente". En este aspecto la reforma ha ido demasiado lejos porque el artículo 243 del Código Fiscal de la Federación, estimaba consumado el contrabando "desde el momento en que en cualquiera de los trámites que presente el despacho de las operaciones aduanales, se comete voluntariamente una violación a la ley aduanal que tenga o PUE-DA TENER como resultado el menoscabo de los intereses fiscales"; y nosotros habíamos sostenido que la redacción del precepto había asimilado la tentativa al delito perfecto para los efectos de la punición, sin dejar de establecer la diferencia teórica e insoslayable entre tentativa y consumación. Quiere decir, que para el legislador el contrabando se consumaba en el momento en que las mercaderías de procedencia extranjera eran introducidas al país con el delibado propósito de eludir el pago de los impuestos aduanales, o eran extraídos y salían del territorio nacional también con la intención de defraudar al fisco, pero, todos los actos constitutivos de tentativa, todos los trámites que presentara el despacho de las operaciones aduanales era ya consumación del delito cuando se menoscababa el interés fiscal o cuando podía tener como resultado —según la expresión literal de la ley— la defraudación al fisco. p. 216 "Tentativa".

b).—A esta interpretación le prestaban apoyo distintas disposiciones del mismo Código, en que expresamente se hace mención a la introducción o a la exportación de las mercancías, o si "se trate de efectuar . . . por lugares inhábiles para el tráfico internacional" —artículo 244 fracción I del Código Fiscal de la Federación reformado y . . . 575—.

La H. Suprema Corte había sostenido ese criterio desde el 9 de octubre de 1954 como puede verse en el Suplemento de ese año, página 156, en Informe 1956, p. 156 y en Quinta Epoca, T. CXXII, Volumen III, p. 2088. Sexta Epoca, XXXVII. 2a. Sala, 3ª, p. 19. (En contra Sexta Epoca, Vol. 36, p. 103, unanimidad 4 votos).

La H. Suprema Corte había señalado también la diferencia entre la tentativa para el resto de los delitos (Sexta Epoca, Volumen VI, página 62, unanimidad 4 votos Sexta Epoca Volumen X, página 125, unanimidad 4 votos; Sexta Epoca, Volumen XVII, página 194 unanimidad 4 votos), y la tentativa en el delito de contrabando que no era un grado, porque se había asimilado al delito consumado.

IV.—Dentro de las doctrinas y de las tesis mencionadas quedan perfectamente delimitadas la *univocidad*, el "un enseguida temporal" o sean los actos encaminados directa e inmediatamente al delito, la idoneidad de la acción (de los medios), el comienzo de ejecución, el *delito frustrado* y el desistimiento voluntario. A estas alturas, no era lícito despreñar las enseñanzas de la jurisprudencia y las brillantes explicaciones de Jorge Frías Caballero (4) para dictar en cambio una serie de disposiciones que combaten abiertamente dichos postulados.

#### LA TEORIA DE LA UNIVOCIDAD

Proclama Carrara (5) que la tentativa se ofrece en el momento de ejecución del delito, en calidad de "un comienzo de ejecución" cuando el acto es inequívocamente dirigido hacia el delito. Solamente a través de este criterio es posible distinguir entre los actos que preparan el delito, pero que al mismo tiempo pueden ser inocentes porque no revelan de manera absolutamente definida la tendencia al crimen de los actos cuya dirección tienda *exclusivamente* al delito. Adquirir la pistola con que se habrá de matar, entrar al domicilio de la víctima elegida, son simples actos preparatorios porque pueden estar indistintamente dirigidos a uno o varios delitos y solamente si los actos preparatorios cuando respecto de cierto *entendimiento del agente* son comienzo de ejecución del delito, constituyen un principio del peligro presente y por ende son comienzo de ejecución. Así, explica Carrara, ingresar al domicilio ajeno, será allanamiento de morada pero no comienzo de ejecu-

ción de homicidio, salvo que el sujeto sea enemigo mortal, de quien habita la casa, y aquél esgrima una arma a propósito para matar; en este caso, decía el insigne Carrara hay tentativa de homicidio. La crítica ha destacado el hecho de que la doctrina está fundada en el empirismo, de que carece de un principio general, es artificiosa y unilateral; todo ello porque cualquier acto humano es capaz de adquirir y de hecho adquiere varias significaciones o tendencias y porque además la actividad instantánea en ocasiones por sí misma asume su autonomía, como en la injuria y la amenaza; porque el acto es un simple eslabón de la cadena causal y es necesario tomar en consideración todo el curso del proceso activo partiendo de la intención hasta llegar a la agresión o puesta en peligro del bien jurídico protegido; que no hay actos unívocos en sí mismos ni actos equívocos en sí mismos, aunque es cierto como afirmaba el insigne profesor de Pisa que es necesario ligar el acto (la acción), a la idoneidad y al pensamiento malvado y a las relaciones anteriores y demás antecedentes de la conducta.

La univocidad es errónea teoría porque hay ciertos actos absolutamente preparatorios que conducen inequívocamente al delito, y es falaz la teoría porque con ella se destruye al mismo tiempo paradójicamente la razón Carrariana del motivo de punición de la tentativa, que es la puesta en peligro del interés protegido, ya que el acto preparatorio unívoco no ha comenzado a agredir dicho bien tutelado.

En una palabra; la univocidad toma sólo uno de los elementos sintomáticos de la dirección de la voluntad consciente a la producción del resultado delictivo.

Los anteriores desenvolvimientos que Carrara dio a su teoría en los *Opúsculos* y en el *Programa* para injertar los conceptos de sujetos activos primarios, secundarios, del atentado y de la consumación no pueden escapar tampoco del empirismo de la teoría original. Se puede repetir con Impallomeni, que cuando el sujeto pasivo del atentado

no existe, que la acción no se ha extinguido sobre el sujeto pasivo de la consumación y que sin embargo el que envía por paquete postal a su víctima elegida unos dulces envenenados que se recogen antes de llegar a su destino, integran sin duda un comienzo de ejecución.

#### LA IDONEIDAD

Es abrumadora la uniformidad de la doctrina respecto de la necesidad de la acción idónea en los actos de la tentativa.

“Es definitiva no ya la proximidad o lejanía del acto sino su concreta capacidad para producirlo”, escribió Bettiol.

En distinta noción el comienzo de ejecución de el castigar el querer malvado, o la maquinación del delito servida de medios inocuos, porque “sólo es posible querer algo que yace en el futuro”.

De aquí que se clasifique la tentativa en absolutamente inidónea (atipicidad) y en la relativamente inidónea. Solamente esta última es la que puede ser castigada por haber puesto en peligro el bien jurídico protegido (6).

Consecuentemente, sólo se puede comenzar a ejecutar un delito cuando los medios son aptos y han iniciado la lesión del núcleo del tipo; es de una “exquisita necesidad”, tratar de cumplir un delito con medios absolutamente inidóneos; de ahí que, en la definición de *comienzo* de ejecución va imbibida la idea de la acción idónea.

Es un contrasentido referirse al comienzo de ejecución sin la acción idónea; ahora que, el artículo 570 fracción V del Código Aduanero ha separado asombrosamente como dos figuras tentadas diversas, la integrada con actos idóneos que vayan inequívocamente dirigidos a realizar cualesquiera de las operaciones de importación o exporta-

ción, y la del "comienzo de ejecución"; de donde el legislador ha creído encontrar en la acción idónea inequívoca, con un en seguida temporal la primera modalidad de la tentativa; y ha estimado que el "comienzo de ejecución" es otra del tipo accesorio de la tentativa.

Ya bastante comprometidas están la doctrina y la jurisprudencia con la yuxtaposición de las teorías de la univocidad, de la proximidad y de la idoneidad, para que después se pretenda que el comienzo de ejecución es algo totalmente autónomo de aquello otro, siendo que precisamente la teoría del comienzo de ejecución que aparece brillantemente expuesta en el Proyecto del Código Penal Federal de 1949, es la que ha venido a substituir desde Rossi hasta Jiménez de Asúa, aquella mixtura de la idoneidad, la univocidad y el un en seguida temporal. Significa que para nuestro reformista hacendario la cuestión está como si nada se hubiese elaborado sobre tales capítulos y el tema permaneciese en una aumentada distorsión que permitiera definir la tentativa acudiendo no a una de las teorías, la que se estimase más acertada, o a una directiva jurisprudencial sino que dicha definición se lograra tan sólo en el Código Aduanero enunciando todas las teorías sobre la tentativa.

El legislador repitió en el Código Fiscal de la Federación como se ha visto, la fórmula no muy feliz del primer elemento de la tentativa y si bien la *Relazione* del Guardasellos Rocco insiste en que no es posible el deslinde terminante y neto entre preparación y ejecución, también lo que es que ni en el Código Penal Italiano vigente ni en el Proyecto de 49, habían abandonado las investigaciones doctrinales y los criterios de la Casación, sino que con una fórmula quizá discutible pero muy clara se afiliaron a una sola de las tendencias y no a todos como lo hicieron nuestros Códigos Aduaneros y Código Fiscal de la Federación.

No es el punto a discusión en este capítulo, de si la

teoría Carrariana o la de Rossi (etc.) es la que debe prevalecer, sino el planteamiento más grueso se refiere únicamente a que no es posible adherirse simultáneamente a todas las tesis sobre la tentativa, para definirla. ¿Es lícito acudir tropezando, tanto a la univocidad como al comienzo de ejecución para enmarcar la tentativa?

Nuestra Suprema Corte se había inclinado visiblemente a la teoría de comienzo de ejecución, a pesar de que el Código Penal Federal vigente no proporcionaba muchas oportunidades jurídicas para tirar por la borda el "un en seguida temporal"; y en la Sexta Epoca, Volumen VI, página 62, unanimidad 4 votos ponente Ministro Dr. Juan José González Bustamante aseveró que la tentativa "entraña un principio de ejecución de la conducta descrito por el precepto que define el delito perseguido... y es tentativa cuando ciertamente ha dado comienzo su ejecución"; y entonces no parecía muy prudente sin entrar en abierta pugna con una jurisprudencia que trataba a pesar de las numerosas dificultades, de superar el texto legal, desechar el legislador reformista la teoría del comienzo de ejecución y enunciar en cambio esa mixtura de teorías en condición de la primera forma del delito tentado. (*Boletín*, 168, No. 8949).

Es en cierto modo redundante la exigencia legislativa de la idoneidad de la acción —como lo hace el Código Rocco al igual que lo sería la mención de la existencia del objeto material sobre el que debe consumarse el tipo. (*Mezger*, *Tratado*, II, p. 216).

Con estas someras indicaciones no parece muy acertado definir la tentativa en la fracción V del artículo 570 del Código Aduanero como los actos... que vayan "inequívocamente dirigidos a realizar"... el contrabando de internación o de exportación, y también no consideramos que abriga favorables comentarios la redacción del diverso 244 reformado del Código Fiscal de la Federación, que tipifica los actos idóneos "que vayan inequívocamente di-

rigido a la realización del contrabando". Es decir y haciendo a un lado los reparos que pudieran oponerse a la expresión inequívocadamente, es obvio que el legislador reformista creó el grado del delito que antes no existía, y creó el grado utilizando una expresión combatida sin descanso por la doctrina dominante, a que se refiere la Expresión de Motivos y el texto del Código Penal Italiano vigente, y del Proyecto de 1949 y por la Corte de Casación Italiana en numerosas sentencias. (Ver. Art. 258. F. II. Código Fiscal F. reformado).

La teoría carrariana, en una palabra, no puede servir de apoyo a la concepción moderna de la tentativa y en esto radica la primera desventaja de las normas legales reformadas.

#### "UN EN SEGUIDA TEMPORAL"

Cierta teoría subjetiva del delito había lanzado la distinción entre actos preparatorios y actos de tentativa, afirmando que pertenece a ésta: "todo aquello por medio del cual el autor quiere llevar a ejecución inmediata el hecho"; empero Beling (7) había objetado que debe acudirse en primer término a los delitos-tipos, añadiéndoles las condiciones del resultado, y que el término inmediato, en el sentido de un en seguida temporal, "no parece conveniente". Es suficiente reforzar la tesis de Beling con la de Maggiore respecto de la causa inerte y la causa en movimiento, que se ligan indefectiblemente o la intención unívoca de la dirección de la voluntad del sujeto; en una palabra, que todo querer malo próximo es tentativa.

Ya el Código Penal de 31 había incurrido en el lamentable vicio de acordarse en él un en seguida temporal, al declarar punibles en el artículo 12 los actos dirigidos directa e inmediatamente a la consumación, y a pesar de las críticas que en México ha recibido la formulación, el reformador relapso pune por tentativa en la relacionada fracción V del 570 del Código Aduanero y el 244 del Cód-

go Fiscal los actos idóneos que vayan inequívocadamente DIRIGIDOS a realizar el contrabando, mostrando con estas fórmulas un altivo desprecio —u olvido— por las sobrias enseñanzas de la doctrina extranjera y de nuestra sabia jurisprudencia (8).

#### COMIENZO DE EJECUCION

La más prestigiosa doctrina extranjera se había afiliado a la vieja redacción del artículo 43 del Código Penal Napoleónico del año 1810, y con Beling a la cabeza entre los alemanes y Vannini entre los italianos, llamaron conducta tentada la del dolo de la consumación con un principio racional y causal a cada tipo específico, que se inicia con la agresión al bien jurídico protegido, cuando el agente comienza a ponerse en contraste con el mandato legislativo a través de las acciones idóneas.

Si las llamaron acciones que agreden al núcleo del tipo, el bien jurídico tutelado, el comienzo de la violación, de la norma, etc. es que emplearon distintas expresiones pero no variaron la ausencia del principio dogmático a saber: que sólo las acciones que por su propia naturaleza (idóneas) son capaces en cada caso concreto de acuerdo con el tipo singular al que se dirigen de amenazar, de poner en peligro el bien jurídico protegido, constituyen la tentativa punible.

Por exclusión, son atípicas todas las acciones (inidóneas) que no tienen poder causal respecto de un tipo, (atipicidad) para poner en peligro (núcleo del tipo), para empezar a agredir el bien protegido por la norma (10).

#### V.

El artículo 251 del Código Fiscal de la Federación establecía dos penalidades para el Contrabando: primero, de 3 días a 4 años de prisión si el valor de los impuestos omitidos no excedía de \$ 4000.00 la segunda de 4 a 12