tado y delito frustrado, porque solamente tratan de la tentativa y del delito frustrado; este hecho, que no carece de importancia, quedará comprobado en la sección que sigue, en la que me ocuparé de los precedentes de las disposiciones penales á que antes me he referido, completándolos con un estudio sobre legislación comparada, que por su importancia también se impone.

El Código penal mexicano, define el delito intentado, expresando que es el que llega hasta el último acto en que debía realizarse la consumación, si ésta no se verifica por tratarse de un delito irrealizable, porque es imposible ó porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean.

Los dos extremos ó condiciones establecidas en la parte final del precepto, art. 25, nos conducen á considerar bajo dos aspectos distintos el delito intentado, puesto que el art. 203 impone también una pena distinta para ambos casos, por lo cual aquella división no es solamente especulativa.

Ahora bien, siguiendo las indicaciones de la ciencia, si en todo conato ó en el delito intentado, es una condición necesaria que el impedimento para la consumación objetiva provenga de cualquier contingencia que se sobreponga á la fuerza de la actividad del agente, es indudable, que este principio, está íntimamente relacionado con el que se refiere á la no delincuencia de un mal intentado, pero imposible de realizar; de aquí se deduce, que el derecho sólo prohibe aquello que, siendo posible al hombre, no debe hacerlo, como contrario á las leyes fundamentales del orden



social; por lo tanto, la ley veda solamente los hechos posibles y no aquellos que encuentran un obstáculo insuperable en la naturaleza misma de las cosas. En este caso, faltando la objetividad, por grande que sea la inmoralidad interna que aquel propósito revele, el derecho nunca será violado, y así es en efecto, porque si alguno pide á Dios la muerte de otro, ó si por sortilegios pretende esterilizar un terreno contiguo al suyo, el hombre con estos actos manifestaría una intención perversa é inmoral, pero la imposibilidad de los mismos, porque nunca pueden llegar á producir el *efecto* apetecido, lo pondría fuera de la acción de la ley penal. Este principio se refiere al fin que uno se proponga ó á los medios que se adopten, puesto que en ambos casos no está comprendida la prohibición jurídica por tratarse de hechos imposibles; pero es indispensable que dicha imposibilidad sea absoluta, porque cuando es relativa, esto es, momentánea ó accidental por la concurrencia de circunstancias fortuitas, el evento criminoso se ha generado y la represión se impone.

Tales son los principios que la ciencia establece hasta este momento, y son los que informan la mayor parte de las legislaciones de la época presente; sin embargo, nuestra ley penal castiga el delito intentado, cuando son evidentemente inadecuados los medios que se emplean, estableciendo como pena, de un tercio á dos quintos de la que se impondría si el delito se hubiese consumado, y cuando deja de consumarse por imposibilidad absoluta, aplica una multa de diez á mil pesos; finalmente, cuando un delito se intenta contra

una persona ó bienes determinados, y se realizare involuntariamente en persona ó bienes diversos, se impondrá la pena del delito que resulte consumado: art. 203 del Código penal.

Es indudable que la sanción penal, establecida en la fracción 1ª del precepto que se acaba de citar, se genera desde el momento mismo en que se comete un delito, aunque sea involuntario y con ocasión de la perpetración de otro, porque en tal caso la ausencia de este último, favorece al agente en el *eventus criminis* que no se realizó, pero no para aquellos actos independientes, ya consumados, y que por sí mismos determinan un verdadero delito.

La sanción penal que se establece para el delito intentado, pero que no se consuma por imposibilidad absoluta, es decir, la multa impuesta, me parece que con dicha pena se exagera el principio de la represión de los delitos, exageración que los adelantos de la ciencia reprueban, conforme he expresado antes.

El delito frustrado según nuestra ley, es el que llega hasta el último acto en que debió verificarse la consumación, si ésta no se verifica por causas extrañas á la voluntad del agente, diversas á las que se expresan en el art. 25 del Código penal, esto es, cuando el delito es irrealizable por imposible ó porque son evidentemente inadecuados los medios que se emplean. En consecuencia, cuando el delito se lleva al último acto de su consumación, y ésta no se realiza debido á causas diversas de las que se acaban de indicar, y extrañas á la voluntad del agente, entonces adquiere el carácter de delito frustrado, que nuestra ley castiga con la pe-



na de dos quintos á dos tercios de la que se aplicaría si se hubiera consumado. Finalmente, cuando se cometa un delito con ocasión de otro, y éste quede frustrado, se aplicará la pena del delito que resulte consumado: art. 204.

En cuanto al delito frustrado, algunas legislaciones, que en esta materia han seguido al Código francés, imponen la misma pena como si se hubiera consumado, pues lo equiparan á la tentativa. La razón del precepto, que indudablemente se funda en el principio de la intimidación, que ha informado aquel sistema penal, puede hallarse en que en el delito frustrado nada ha faltado á la consumación, y el agente ha tenido la certidumbre moral del éxito hasta el último acto; si el delito falta entonces, es por un acontecimiento fortuito, por una causa independiente de la humana previsión, y por lo tanto, para el delincuente no puede ser ésta una atenuación, según aquellas legislaciones. Sin embargo, por más que se discuta esta cuestión de la pena del delito frustrado, la ciencia ha pronunciado sobre ella su última palabra: la pena debe ser menor, porque nunca puede confundirse al autor de un crimen frustrado, con aquel que lo consumó; se preguntará por qué, y aunque no pueda darse una razón que lo explique satisfactoriamente, ella radica en la conciencia humana; los mismos culpables lo sienten así, y lo manifiestan en sus defensas y exculpaciones. Por otra parte, el mal previsto, el *effectum sceleris*, el daño, ha faltado por completo en el delito frustrado y también las ventajas y los goces, aunque indebidos que el criminal persiguiera, y por este motivo, la pena de-

be ser menos severa, como lo es en la ley mexicana; en efecto, la negación del derecho, puede ser varia por la importancia del principio jurídico violado, y varia también por la calidad y la cantidad; en consecuencia, en este caso la proporción entre el delito y la pena se impone.

Los inconvenientes de las legislaciones á que antes me he referido, se presentan de bulto, cuando debe aplicarse la pena de muerte en un delito frustrado. Afortunadamente el jurado, calificando el hecho, ha venido á hacer nugatorio aquel precepto penal y sus deplorables consecuencias en semejantes casos; y esto es, porque la conciencia popular se inspira generalmente en los dictados de la justicia, que como inmutable, se manifiesta siempre en los hombres de sano criterio y de buena voluntad. Dichas legislaciones, castigan también la tentativa del crimen, como si se hubiera consumado, porque conforme he expresado antes, la equiparan al delito frustrado.

Para terminar el presente estudio, debo añadir que nuestra ley penal no ha estado en lo justo al incluir entre los grados del delito intencional, el delito frustrado, porque á pesar de la definición que de él da en su art. 26, no se encuentra una diferencia clara, neta y precisa, entre el frustrado y el conato; en efecto si todo delito se compone de dos elementos, el moral ó intencional y el material, es natural distinguir el delito consumado del conato ó tentativa; pero en la tentativa y en el frustrado, el elemento intencional existe en el mismo grado, aunque en ambos falta el elemento dañoso. Cierto es, que podrá decirse que en el delito



frustrado los actos son más numerosos y más completos, lo cual arguye mayor persistencia en la voluntad de cometerlo, y también mayor perversidad en el culpable, pero la razón de esta distinción no se comprende, porque tanto en el conato como en el delito frustrado, se requiere que no se llegue á la consumación por *circunstancias independientes de la voluntad del agente*, es decir, por un hecho imprevisto, extraño á su pensamiento, á su intención.

En resumen, en ambos grados, el elemento intencional es el mismo, y en ambos ha faltado el elemento material, ¿qué motivo racional existe para establecer la diferencia que la ley consagra? Yo no la encuentro, y por esto creo que las legislaciones que confunden la tentativa con el delito frustrado, están en lo justo, aunque no cuando lo castigan como si se hubiera consumado.

Para terminar la parte doctrinal, me ocuparé del precepto de nuestra ley en toda esta materia, la cual establece que el conato punible se castigará con la quinta parte de la pena que se aplicaría al delincuente si hubiera consumado el delito.

Para el castigo del delito intentado, el Código requiere la existencia de tres distintas circunstancias, las cuales generan la pena:

1º Cuando el delito se intente contra personas ó bienes determinados y se consumare involuntariamente en persona ó bienes diversos se impondrá la pena del delito que resulte consumado.

2º Cuando la consumación no se verifique por imposibilidad sólo de presente, pero se pudiere consu-

mar después el delito con otros medios ó en circunstancias diversas, la pena será de un tercio á dos quintos de la que se impondría si el delito se hubiera consumado.

3º Cuando se deje de consumar por imposibilidad absoluta, se impondrá una multa de diez á mil pesos.

En cuanto al delito frustrado, deben observarse estas dos prevenciones:

1º Cuando el delito contra la persona ó bienes de alguno se frustre, pero se consume en la persona ó bienes de otro, se impondrá la pena del delito que resuelte consumado.

2º Fuera del caso de la fracción anterior, se impondrán de dos quintos á dos tercios de la pena que se aplicaría si se hubiera consumado el delito.

Finalmente, se deberán tener presentes como complementarias, las disposiciones de los arts. 195, 196, y 557; además, cuando la ley señala una pena sin expresar si es del conato, del delito intentado, del frustrado ó del consumado, se entiende que habla de este último.

### Precedentes.—Legislación comparada.

En este mismo estudio acabo de indicar, que no creo que la teoría sobre la tentativa sea nueva, según se pretende, porque ella como la mayor parte de las instituciones jurídicas, trae su filiación del derecho romano; para comprobar esta afirmación, me ocupé de las varias formas que adoptó en aquel derecho la justicia penal, y tratándose de la tentativa, me refería á



los *crimina extraordinaria*, en los cuales se significó la distinción entre el delito perfecto y el imperfecto, siendo castigado éste con pena menor; y es indudable que la noción del conato propiamente dicho, según su justa apreciación y como punible, se presenta en el Derecho romano en la época del Imperio; por lo tanto, la ciencia penal, poco ha adelantado en esta materia, en que el precedente más racional y más filosófico lo hallamos consignado en los siguientes textos: *Perfecto flagitis capite punitur; imperfecto in insulam deportatur* L. 1 D. *extraord. crim.* Cf. L. 19 pr. D. ad. L. Cor. *de falsis.* Por otra parte, el principio consignado en el libro 48 tit. 19 L. 18 del Digesto: *cogitationis paenam nemo patitur*, también nos sirven de precedente.

Descendiendo á nuestras propias leyes, que fueron las españòlas, en ellas encontramos también la teoría sobre la tentativa, que según se observa no es nueva. La ley 2 tít. 31 de la Part. VII dice así:

"Pensamientos malos vienen muchas vegadas en los corazones de los homes, de manera que se afirman en aquello que piensan para lo cumplir por fecho: et después deso, asman que si lo cumpliesen, que farien mal, el repiéntese. Et por ende decimos, que cualquier home que se repintiese del mal pensamiento ante que comensase á obrar por él, que no merece por ende pena ninguna, porque los primeros movimientos de las voluntades non son en poder de los homes. Mas si después que lo oviesen pensado, se trabajasen de lo complir, comenzándolo á meter en obra, magüer non lo compliesen del todo, estonce serien en culpa et me-

rescerien pena de escarmiento segunt el yerro que ficiesen, porque erraron en aquello que era en su poder de se guardar de lo facer, si quisiesen."

Hé aquí presentada en su más perfecta síntesis, la teoría que sobre la tentativa siguen las legislaciones más adelantadas de nuestra época.

Legislación Comparada.—Como el Código penal francés ha servido de modelo á las legislaciones del presente siglo, bien sea por el sistema de penalidad que él siguió ó por el método adoptado, no puedo prescindir de ocuparme en primer lugar de él en materia de tentativa, con la que confunde, según la redacción del art. 2, el delito frustrado, confusión que me parece observar en los Códigos de Bélgica, arts. 51 y 53, de Alemania 43 y 46, de Hungría 65 y 68, de Holanda 45 y 46; de Suiza, Código penal federal, arts. 14 al 17 y en los cantones de Luxemburgo art. 52, de Berna 30 y 33 y de Zurich 34 y 36; sin embargo, en estas legislaciones, la tentativa de delito, y el delito frustrado se castigan, pero sin la restricción del art. 3º del Código francés.

En el Código actual italiano, que indudablemente es el más científico, se requiere en la tentativa, la *idoneidad* de los medios, sin cuya circunstancia no es posible el delito, ni la penalidad en los términos de su art. 61. Este precepto se encuentra consignado en el proyecto del Código inglés; y no hay duda de que la frase, idoneidad de los medios, contenida en ambos códigos, presenta graves cuestiones que han dado lugar á serias contraversias, no resueltas aún en algunos códigos; en efecto, el de Alemania, art. 43, el de Hungría art. 65, y el de Holanda art. 45, callan aquella circunstancia, mientras que el Codigo de Grecia art. 53, el proyecto ruso art. 45, el proyecto inglés sect. 32, y el español art. 3º se refieren á la idoneidad expresada. Descendiendo á la jurisprudencia seguida en esta materia, observo que la Corte de Casación de Francia, es contraria á la doctrina italiana, según se ve en las sentencias de 4 de Noviembre de 1876 y 12 de Abril de 1877.



Nuestro Código, al definir la tentativa, expresando que consiste en ejecutar uno ó más hechos encaminados directa é inmediatamente á la consumación del delito, y además, que ellos den á conocer por sí solos ó acompañados de algunos indicios, cuál era el delito que el reo tenía intención de perpetrar, parece que quiere la idoneidad de los medios para la imputabilidad en la tentativa: arts. 20, 21 y 25 del Código Penal.

En cuanto á la represión, es indudable que el Código francés ha quedado muy atrás de la legislación penal actual, porque es el único que castiga con la misma pena el conato, el delito frustrado y el delito consumado, en oposición con los códigos vigentes; en los cuales la pena va disminuyendo proporcionalmente, según el grado del delito intencional. Como es tan general y tan conocido este principio, que informa todas las legislaciones, con excepción del Código francés, excuso enumerar los artículos de dichas legislaciones que establecen aquella gradación, la cual se encuentra en el Código mexicano en los arts. 202, 203 y 204.

---