

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 deliberado 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 despreciar 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 impirismo, 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 lontanía 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 acudir en primer término a los delitos-tipos, añadiéndoseles 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

años de prisión cuando el monto de dichos impuestos rebasaba los \$ 4,000.00.

Antes, en una larga controversia, la H. Suprema Corte se había mantenido inconvencido contra el parecer de un Juez de Distrito, de que el impuesto Ad-Valorem no es solamente constitucional, sino que además forma parte de las tasas para los efectos penales (8).

El Decreto de 30 de Diciembre de 1961, en su artículo 249 fijó la pena de 3 días a 6 años de prisión cuando los impuestos clasificados no pasan de \$ 10,000.00.

La aplicación de esta forma (nuestra sentencia de 9 de febrero de 1962, Toca. 100/961) es obligatoria para la autoridad judicial, porque los efectos retroactivos en beneficio del acusado a más de no estar prohibidos por el artículo 14 Constitucional, encuentran asidero en el diverso 56 del Código Penal Federal, en que el primer apartado claramente consagra la retroactividad de la Ley Penal más benéfica en lo que atañe a las penas. Siendo ambas sanciones de la misma índole (prisión) pero de menor entidad las del artículo 249 reformado, resulta obligado su acatamiento de oficio.

El segundo apartado del artículo 249 crea la pena de 6 años a 12 años de prisión cuando los impuestos excedan de \$ 10,000.00, no puede ser aplicada en los mismos términos generales del apartado anterior, porque el mínimo de ahora rebasa el mínimo de la Ley preexistente que era de 4 años de prisión, y en lugar de beneficiar al acusado se le causaría perjuicio si el Juzgador de primero o segundo grado aportara el mínimo de la Ley anterior; no obstante, el término máximo es idéntico en ambas normas, pero la estimación de la penalidad al tenor de los artículos 51 y 52 del Código Penal vigente, no puede realizarse al través del artículo 249 del Decreto, porque oscilarían las penas de un mínimo superior al anterior y un máximo igual al anterior, provocándose con ello la lesión a la mencionada

garantía individual.

El artículo 250 del Decreto, crea la pena de 6 meses a 12 años de prisión a los que importen o exporten del País, mercancías cuyo tráfico internación esté prohibido o restringido.

Hablamos de una creación, porque el artículo 251 anterior, graduaba las penas en orden a la cuantía de los impuestos, sin tomar en consideración el que las mercancías fuesen prohibidas en su importación o exportación, o *restringida* en su exportación o importación, ya que estas formas servían de elemento constitutivo para la tipicidad de la fracción II del artículo 242 del Código Fiscal de la Federación.

Significa lo anterior, que bajo el imperio del Código Fiscal, la importación o exportación de mercancías prohibidas o *restringidas* era delictiva, pero solamente atraía las penas del artículo 251 en consideración al monto de los impuestos omitidos; en cambio, ahora la pena se gradúa ya no en atención a ese único criterio rector, sino en relación con la naturaleza de la mercadería y en contradicción evidente se afirma que cuando la mercancía está gravada (sujeta al pago de los impuestos específicos y ad-valorem), la pena será aumentada a la del artículo anterior, con una tercera parte más (de 6 meses a 12 años de prisión), lo que significa la división del precepto en dos proposiciones: a).—La mercancía de tráfico internacional prohibido o restringido acarrea la pena de 6 meses a 12 años de prisión por su exportación o importación; b).—La misma mercancía cuando está sujeta al pago de impuestos de importación o exportación, recibe las penas de 6 meses a 12 años de prisión más una tercera parte de las sanciones del artículo 249 que son de 3 días a 6 años de prisión, si los impuestos no exceden de \$ 10,000.00 y de 6 años a 12 años de prisión, si los impuestos rebasan esa suma. En consecuencia, la nueva Ley ha creado un tipo delictivo autónomo, el de la primera modalidad, y no puede

ser considerado retroactivamente para los casos ocurridos con anterioridad al hecho; el Decreto crea la agravante de la tercera parte de las penas del artículo anterior, para las mercancías de tráfico prohibido o restringido, en que la pena principal se rige por el monto de impuestos omitidos (artículo 240) y la agravación se atiene a la naturaleza aduanera de la mercancía.

Tampoco esta modalidad debe ser aplicada retroactivamente puesto que infringiría el artículo 14 de la Carta Magna (9).

Finalmente, debe decirse que la eficacia retroactiva del artículo 249 para los casos de contrabando con omisión de impuestos menores a \$ 10,000.00 (artículo 240) hace imposible jurídicamente su agravación por la calidad de la mercancía, ya como delito autónomo, ya como simple circunstancia agravante.

#### IV

El artículo 244 presume consumado el contrabando: "cuando se encuentran mercancías extranjeras o nacionalizadas dentro de las zonas de vigilancia, si el propietario, el poseedor o el portador de ellas no lleva consigo el documento que, conforme a la Ley Aduanal, se requiere para el tránsito por las expresadas zonas" (fracción VI). Esta presunción tiene los mismos alcances que aquella del artículo 9o. del Código Penal Federal, en cuanto al derecho procesal se refiere; la presunción de dolo se arranca de los hechos materiales, de modo que quien ha desplegado una conducta que satisface los requisitos objetivos del tipo —cuando no se exige el dolo específico— es por esto ya, salvo prueba en contrario, el autor síquicamente del hecho delictuoso; y de los hechos objetivos a que se contrae la fracción VI transcrita se detrae el elemento psicológico, este elemento a todos los demás del tipo.

El artículo 243 reformado, conserva en su fracción VI

la prevención anterior; de ahí que sea lícito *deducir* un elemento positivo y un elemento negativo a *contrario sensu*. El positivo se sintetiza en la *presunción* de dolo contra el propietario, el poseedor o el porteador de las mercancías dentro de la zona de vigilancia aduanera, que con las excepciones que anotaremos, es por ese sólo hecho autor del delito de contrabando a la importación.

En este punto la H. Suprema Corte ha sido tan severa que a los automovilistas conductores, a los choferes y en general a todo porteador o simple detentador de las mercancías lo conceptúa autor material del contrabando a la importación; basta citar entre las numerosísimas sentencias de la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, de la Quinta Epoca, Tomo CXXV, pág. 1551. Invoquemos los artículos 285 y relativos, 290 y relativos 337, 350 y todos los demás del Código Aduanero que contienen la misma directiva para adherirse al sano criterio del Superior Colegio, puesto que si toda importación requiere la presentación de las mercancías ante las autoridades aduanales en las Garitas o Puertos interiores, para que se cubran los impuestos o se declare la mercancía exenta de ellos, es inconcuso que la falta del documento que acredite esos hechos, (o de la presentación real, efectiva y la exención fundada en la Circular publicada en el Diario Oficial de 10 de julio de 1954 no derogada, suscrito por el Subsecretario de Impuestos Licenciado don Antonio Armendáriz); es falta de la prueba de la legal internación de la mercancía y adviene la consecuencia lógica y jurídica, la presunción legal de que la mercancía extranjera fue internada al País sin cumplir los mencionados requisitos substanciales del Código Aduanero y por ende con la deliberada intención de defraudar al Fisco Federal. (Carnelutti, *La prova civile*, Roma 1947, pp. 81 y ss).

A nuestro entender esta interpretación sistemática que hermana la Ley Aduanal con el Código Fiscal de la Federación es la única viable para la explicación de esta presunción y de todas las restantes de la citada Ley Fiscal.