

no producen efecto dañoso alguno en el sujeto pasivo por estar habituado (mitratidismo), y por este camino, son casos de inexistencia relativa del objeto el primero, de *insuficiencia* del medio el segundo, que reciben el mismo trato en las leyes.

CAPITULO NOVENO

LEYES MEXICANAS

El Código Penal de 1871 creó el delito intentado —artículo 25—, con la siguiente fórmula: el delito irrealizable “porque fué imposible o porque fueron evidentemente inadecuados los medios que se emplearon”. La Exposición de Motivos nos da las razones de la inclusión: “cuando se intenta un delito para cuya ejecución hay imposibilidad, sea absoluta o relativa, revela el reo una perversidad que causa alarma y que no debe quedar sin castigo”.

Martínez de Castro anticipó, en cierta forma, la invasión que poco después consumara el Positivismo penal, produciendo en las leyes frutos de la más variada índole.

Penetraciones perniciosas en el Derecho penal, unas, saludables otras.

I. En general merece elogio la postura adoptada por Martínez de Castro. El delito imposible en sus dos modalidades, puede ser revelador de la temibilidad del sujeto activo. El sistema constitucional de entonces, como el de hoy, prohibiendo la analogía para la incriminación, hacía inevitable la previsión del acto en el que no media peligro corrido, pero que ha demostrado la intención de delinquir, pasando del mero pensamiento a la acción.

Sistemáticamente contemplado el Código, hay reparos que oponerle. Si el Positivismo penal sanciona "por el hecho de vivir en sociedad" no por la libertad moral, a todo sujeto que delinque, con tal de que sea peligroso, debe aplicarse una medida por el Estado al sano y al enfermo mental. Si el demente emplea medios normalmente inadecuados para cometer un delito, consume una tentativa imposible, un delito intentado, punible por la norma del artículo 25 del Código citado, pero no punible por la excluyente del artículo 34 fracción I, y sin embargo, sujeto a medidas curativas,

a criterio judicial, en términos del diverso 165. De igual modo el delito imposible en las especies sub a), y sub b), del perturbado mental reciben la medida preventiva de curación.

II. La primera objeción surge de la equiparación conceptual de la tentativa imposible absolutamente y de la imposible sólo relativamente.

III. Otra se apunta al adosar una pena para la imposibilidad absoluta, cuando lo pertinente era la medida de seguridad.

IV. Finalmente la no existencia de las Clínicas de conducta, faltando el diagnóstico del estado peligroso y menospreciando los motivos determinantes, tan caros al Positivismo penal, no hay conclusión válida sobre la peligrosidad.

Es un tipo compuesto sin daño, sin estado objetivo de peligro, sin diagnóstico del estado peligroso y sin medida de seguridad.

El Código Penal de 1929 en su artículo 22 definió con propiedad, substancialmente, la tentativa inacabada, el comienzo de ejecución, el principio de violación de la norma principal.

Como sólo se puede comenzar a lesionar un derecho, a poner en peligro un bien o interés a través de la acción idónea, que por otra parte fué expresamente requerida en el precepto legal, queda fuera de la figura accesoria la inidoneidad absoluta, no así la relativa; típica es la ausencia circunstancial del objeto, no punible su falta total, porque no se puede comenzar a matar a un muerto, ni comenzar a robar lo propio.

I. La objeción es contraria a la que hemos tenido que dirigir al Ordenamiento punitivo del 71. Aquí es de incongruencia con el Positivismo que satura al Código, hasta en sus definiciones meramente declarativas, no vinculatorias.

Si la medida de seguridad fué dispensada al acto del que desiste —artículo 27—, con mayor razón debió adosarse a la tentativa imposible y sin embargo no hay precepto legal que la prevea.

El Código Penal de 31, al entender por tentativa “los hechos encaminados directa e inmediatamente al delito, que no se consuma por causas ajenas a la voluntad” del sujeto activo, sancionó los

actos preparatorios. El acto dirigido inmediatamente al delito puede estar valido de medios absolutamente inidóneos, por ello no agredir el bien tutelado: el que se dirige en vía recta, por el camino más corto a dar alcance a su enemigo, y lleva una pistola sin cápsulas creyendo que las contiene al ser detenido antes de encontrarse con la víctima ha cometido una tentativa de homicidio, si quería matar a su oponente; de lesiones si quería herirla o si se prueba la intención de dañar, pero no la de privar de la vida. El medio abstractamente inidóneo, concretamente puede ser idóneo al emplearse, pero como no se juzga de la acción que agrede, que lesiona el bien, que penetra en el núcleo del tipo, es decir, como no se enjuicia el comienzo de ejecución sino el “un en seguida temporal que a nadie convence”, el acto preparatorio, el que “facilita la empresa”, ¿puede decirse que está encuadrada tal acción en la fórmula vigente?

Una es la *insuficiencia*, la inidoneidad sucesiva es sub-especie, y otra entidad representa la inidoneidad absoluta; nosotros creemos que tal moda-

lidad está fuera del supuesto de la norma por una motivación que parte de la naturaleza de tal actividad inane.

En efecto: la acción absolutamente inidónea, lo mismo que aquella dirigida contra objeto inexistente, ofrecen una discrepancia anticipada, previa, con el tipo en mente.

No podemos asimilar ese proceder ni con preparación, ni con ejecución o con la frustración, porque no tienen los mismos supuestos lógicos.

Se prepara lo preparable, lo lógicamente fáctico, lo posible. Jurídicamente no integra preparación la acción que facilita el consumar un hecho no típico. La preparación del delito putativo no es preparación en Derecho penal; es preparación en significado gramatical, pero no en Derecho. Se comienza a lesionar un bien o interés, cuando la acción es idónea y existe tanto el sujeto activo, como el pasivo y el bien, protegidos por una norma jurídica: comenzar a matar a un muerto, comenzar a hacer abortar a mujer no grávida, es igual a comenzar a disparar un arma de fuego

que no tiene proyectiles; comenzar a matar con agua, comenzar a matar con bicarbonato de sodio.

Podemos decir, de la misma guisa, que no se ha frustrado el homicidio proyectado cuando se apuñala un cadáver; tampoco es frustrada en derecho la acción del que toma la cosa propia, o yace con su esposa, creyéndola ajena. Son precisamente las modalidades inversas de la tentativa; son la tentativa al revés, su negación: negación de la preparación, de la ejecución y de la frustración. Si conceptualmente a estas hipótesis les falta lo que jurídicamente es imprescindible para la tentativa, incluso para la preparación del delito, no se ve cómo puedan equipararse al delito tentado, así sea al amparo de una fórmula tan defectuosa como la del C. Penal en vigor.

Preparar un delito no es sólo quererlo llevar a término, sino conducirse el sujeto de modo tal que su proceder facilite la empresa. El acto inútil, ocioso, no forma en el cuadro de la preparación, y, con mayor énfasis, la acción que precisamente contradice, se opone, se rebela y desmorona la intención,

que la vuelve *estéril, condenada de antemano al fracaso*; no es fenoménicamente una parte de la preparación, sino la destrucción de ella. Por esto, no puede ser comienzo de violación o frustración esa misma acción que niega la ejecución y la frustración, que las invalida, que las hace imposibles, que las corta, que impide su existencia material y formal.

La norma que prevé la preparación, hay que repetirlo, aunque sea encantadoramente tautológico, sólo contempla la preparación; no hipotiza el delito imposible — medios, objeto.

Decir que la norma del artículo 12 del C. Penal vigente reprime ejecución, frustración y delito imposible es tan demolidoramente ilógico, como que vacía en un molde lo que no puede en él caber; confunde los elementos substanciales, trastorna las esencias y riega a todos los vientos las enseñanzas de las Escuelas queriendo que fructifiquen, hermanadas, en un agro que no puede ser común. Que Martínez de Castro, visionariamente comprendió mejor el problema, es un hecho indiscutible, pues estable-

ció, en norma explícita, la acción que *choca contra las resistencias jurídicas* sub. a) y sub. b). Es decir: advirtió que son hipótesis diametralmente opuestas a la tentativa de Derecho penal, y que por tanto reclamaban una norma específica, ya que no podían ser subsumidas en lo que era su contrapartida.

Interpretando el precepto legal citado, del C. Penal de 31, la Suprema Corte certeramente en la conclusión ha dicho que el delito imposible no es enmarcable ahí. No ha dado tampoco la razón para apoyar su veredicto, como el pro antes procediera, y sancionó por tentativa el acuerdo criminal, también certeramente, aunque no fundó su aserto convincentemente. Que esta segunda solución es injusta, está fuera de discusión, pero a la Corte no le interesa como Tribunal de Derecho la justicia en sí, sino la justicia del caso concreto regulada por el orden jurídico; y la primera ejecutoria es justa en nuestro sistema legal, injusta para el Positivismo, e intuitivamente jurídica. Resumiendo: los exégetas mexicanos del C. Penal de 31 dicen que el ar-

título 12 prevé el delito imposible, el delito intentado del C. Penal de 71, mas no fundan su aserto.⁵³

⁵³ Carrancá y Trujillo, *Derecho Penal Mexicano*. Parte General, México, 1937, pp. 279 y ss. dice: "La preparación consiste en un comienzo de ejecución del delito por medio de actos físicos adecuados." La preparación no es comienzo de ejecución. El texto confunde, a nuestro modestísimo entender, el acto preparatorio con el acto ejecutivo; pero una restricción importante, con referencia al tema aquí desenvuelto, es dada por el distinguido profesor mexicano, al remarcar que: "Aquí puede darse el llamado delito putativo, porque los medios no sean realmente aptos para producir la violación que se hubiera resuelto cometer (adquirir sal común por arsénico para ejecutar envenenamiento ya decidido)." Si es delito putativo la acción válida de medios abstractamente considerados como inidóneos absolutamente para consumar el delito, es acción no punible; y debe recibir igual solución la otra modalidad del delito imposible. A ello se proyecta el pensamiento del autor citado, al decir que los actos preparatorios se encuentran punidos por la norma del artículo 13 del C. P., "que un exagerado propósito de defensa social frente a la temibilidad de los sujetos ha podido inspirar, no justificadamente, sin embargo". Así se ve que la peligrosidad en el acto preparatorio no debe ser castigada, aunque medie el estado peligroso: debe sobrevenir, aunque no lo expone el doctor Carrancá, medida aseguradora. Alaba la creación del delito intentado en el C. P. de 1871, aunque tiene adosada una pena y no medida de seguridad, donde se advierte una contradicción en el pensamiento del claro autor; transcribe la definición de tentativa dada

Finalmente, es decisiva la consideración de Riccio, quien con Delitala —*Riv. it. dir. pen.* 1934, pp. 740 y ss.— sostiene que "el delito es modifica-

por el C. P. de 1929, y agrega que el C. P. de 31 dió la misma solución. Lo cual ciertamente no es así, como hemos dejado sentado. Pero sostiene que el artículo 12 del C. P. de 31 prevé el conato, como tentativa inacabada; "el delito imposible (tentativa imposible o delito intentado), por tanto el delito putativo puede presentarse como esta tentativa punible". Afirma que el antecedente del conato se encuentra en el C. P. de 71, y no vuelve a aludir siquiera al delito imposible. Con el respeto que nos merece el doctor Carrancá, estamos obligados a destacar lo que a nuestro parecer muestra la incongruencia en el desenvolvimiento del Instituto, por el profesor citado. a) Si el delito putativo es en una de sus modalidades delito imposible por inadecuación del medio, y aquél es impune, la tentativa imposible no es actuar típico, sino atípico. b) Si esa adecuación del medio —acción— viene requerida como elemento básico en la figura accesoria, es irrefragable que la inidoneidad absoluta del medio impide el curso captable jurídicamente de la acción misma, y destruye la punibilidad, pues se castigaría el mero pensamiento criminoso. c) La carencia absoluta de objeto es atipicidad, es delito putativo con la denominación que el profesor Carrancá adopta, es acto no punible. Si critica la pena para la preparación sería lógico censurar la pena para el delito imposible. El doctor González de la Vega, en el Código Penal comentado, al anotar el artículo 12 del C. P. de 31, refrenda la postura del doctor Carrancá, sin fundamentarla. En el D. Penal mexicano, I, pp. 67, 68, al estudiar el homicidio, en con-

ción de un estado de hecho; para que el delito subsista, es necesaria la existencia de ese estado de hecho, cuya modificación representa el resultado”,

frontación con la norma del artículo 9, fracción II del C. P. de 31, afirma: “Basta que se demuestre la posibilidad de previsión del daño de muerte, para que esta eventualidad no querida por el sujeto de la infracción, integre legalmente el delito consumado de homicidio”, englobando el dolo de consecuencia necesaria, el eventual y el delito preterintencional (retro, cita n. 45) y especialmente Porte Petit, *Labor Fecunda del doctor J. A. Martínez*. “Rev. Jur. Veracruzana”, t. IV, p. 2; Reyes Navarro, *Ensayo sobre la preterintencionalidad*, México, 1949. Y continúa: “Esta explicación no será aplicable al grado de tentativa de homicidio, porque para integrarlo se precisa la demostración del propósito de matar, cuya prueba es difícil de obtener; el juez la fijará indirectamente, a través del juicio que le merezcan los antecedentes y los medios de ejecución empleados.” Dos elogios debe recibir el breve pero acertado juicio transcrito: I. La prueba de la intención no sólo viene del acto mismo, como quería Carrara, sino de todas las circunstancias, comprendidos los “antecedentes”, y esto ha sido sostenido por la doctrina uniformemente. II. Los “medios de ejecución empleados” auxilian al mismo propósito, lo cual también es atinado, y los medios absolutamente inidóneos no pueden revelar sino la pura intención, pero de ellos no se desprende, ni puede venir, el comienzo de ejecución. Creemos que para el doctor De la Vega el medio es abstractamente considerado aquí, como enuncia Pannain, y decisivo en la estimativa del delito ten-

por lo que, faltando en la inexistencia absoluta del objeto el *estado de hecho*, la posibilidad de la lesión jurídica, el delito no es dable, ya como consuma-

tado; por lógica consecuencia, el medio inidóneo absoluto, no tiñe el acto con el color jurídico de la tentativa. En todo lo largo de su enjundiosa obra no vuelve a aludir directamente a los medios, y en las pp. 29, 199 y 227, respectivamente, apunta que por la definición de la tentativa, no “ofrece ninguna dificultad”; que el niño nacido muerto a quien sus padres pretenden matar “con medios idóneos”, es sujeto pasivo y hay tentativa punible, “en aquellos casos en que se demuestre la temibilidad de sus autores”; y el mismo trato le merece la maniobra abortiva sobre mujer no grávida. Entonces, el doctor De la Vega acude lógicamente, con el Positivismo, al “presupuesto general de la responsabilidad”, es decir, a la peligrosidad del sujeto y la inexistencia absoluta del objeto es punible si el sujeto es peligroso, no punible si el agente es no peligroso; pero ¿qué norma jurídica del C. Penal de 31 supedita la incriminación a la peligrosidad del sujeto? Al tratar del delito de disparo de arma de fuego, que tantas controversias ha suscitado en nuestro país y en España, el distinguido doctor De la Vega acota: “Dos hipótesis pueden imaginarse acerca de la penalidad de este delito: a) el disparo o el ataque no causan al ofendido ningún daño constitutivo de diferente delito; en este caso la acción se sanciona por el peligro corrido, conservando su original característica de tentativa incomprobada”, *op cit.*, I, p. 80. Sentimos no participar del criterio sustentado por tan culto penalista sobre la figura prevista por la fracción I del artículo 306 del C. Penal, y acudimos a la exposición que él hace, exclusivamente te-

ción, ya como simple tentativa. Hasta el práctico Garraud, conviene en la "repugnancia que encuentra en la conciencia social" el hecho del que pre-

niendo en mira al delito tentado. Ahora bien: si para el doctor González de la Vega la ausencia de daño en la persona sobre la que se dispara, es punible por tentativa en mérito del peligro corrido, del peligro real, efectivo, objetivo, material, sólo hay tentativa comprobada con ese peligro, y cuando no está presente es conducta atípica. De ahí que el que quiere matar a su hijo muerto y hace abortar a la mujer no grávida, consume acciones atípicas. Con sentido netamente positivista, interpretando con criterio "peligrosista" la ley, Almaraz y Porte Petit —*Algunos errores y absurdos de la legislación penal de 1931*, pp. 46, 47, *op. cit.*, pp. 352, 353, respectivamente— que convierten en parricidio consumado lo que sólo es homicidio consumado, suplantando el daño causado por la intención delictuosa. Actitudes próximas a la incriminación, del delito imposible, adosándole pena. El anteproyecto de Código Penal, de 1950, elaborado por los eminentes juristas Luis Garrido y Celestino Porte Petit, y en el que participó temporalmente el destacado doctor Raúl Carrancá y Trujillo, *Anteproyecto no sometido a la consideración del Poder Legislativo de la Unión*, definía la tentativa: "La tentativa punible consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente." En el acto ejecutivo sigue los trazos del Código Napoleón y de los Códigos Zanardelli y Alemán; doctrinariamente es irreprochable la expresión "comienzo de ejecución", y la locución "resolución manifestada", aunque siem-

tende una consumación imposible, pero con Chauveau y Helie destaca el que "la ejecución de un delito imposible, es, de todas maneras, imaginaria; y no subsiste, en realidad, más que una resolución criminal".

pre implícita en la tentativa, no es superflua, porque obviamente queda desterrado el estado objetivo de peligro derivado de acción culposa. Igualmente separa con propiedad la tentativa inacabada de la acabada, dando los elementos objetivos de esta última, que serán analizados líneas adelante, adhiriéndose al punto de vista material, en lugar del subjetivo, que pocos autores profesan y que multiplica las dificultades. No prevé, por lo mismo, el delito imposible, debiendo enmarcarlo adosándole medidas aseguradoras como lo verificó en el acuerdo criminal organizado, aunque ligándolo a una pena; y a la conducta peligrosa del artículo 245, aunque también asignándole pena. Todos los Códigos Penales de la República reproducen la fórmula del artículo 12 del C. P. de 31, con las siguientes excepciones: Campeche, art. 10; Sonora, art. 67; Querétaro, art. 7; San Luis, art. 10; Oaxaca, art. 8; Jalisco, art. 54; pues estos Códigos dicen directa o inmediatamente, copiando a la letra el primitivo texto del Congreso de la Unión en 1931, en lugar de: directa e inmediatamente, como es debido. Como se ve hay verdadera unificación de la legislación penal en México; se copian hasta los errores de imprenta. El C. Penal del Estado de Tlaxcala —arts. 18, f. I, II, 19 a 25— reproduce los términos del C. Penal de 71.

Independientemente de la norma del artículo 12, el C. Penal de 31, sanciona: la instigación —art. 124, fracción v—; el acuerdo criminal —fracción vi del mismo precepto legal—; la instigación —artículo 125, fracción i—; la apología de un delito —segunda hipótesis de la fracción iii del anterior art.— el acuerdo criminal —en los diversos 126, 132—; la instigación — fracción i del 135. Opera el desistimiento en términos del 139. Son tradiciones jurídicas. Se justifica la punibilidad por la naturaleza especialísima del interés protegido. El tipo multiforme del 145, laberinto de hipótesis, es fruto de una contingencia.

Igualmente, por ejemplo, la inducción al suicidio es tipo específico —art. 312—, como es preparación elevada a delito la acción de la fracción v del diverso 235. Delitos de peligro, diferentes del peligro concreto de la tentativa, por ejemplo, la conducta prevista por el art. 166, todos los tipos del 167 —peligro común abstracto—, del mismo modo las conductas de los diversos 168, 169; delito complejo, de daño y peligro concreto —vida o inte-

gridad corporal— la primera prevención del art. 170. La ejemplificación viene dada en mérito de la distinción que recogimos éntre la tentativa y el delito de peligro. (Consultar Soler, *Derecho Penal*, v, p. 14.)