



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

**ESTUDIO DOGMATICO DEL
DELITO DE CONTRABANDO**

T E S I S

**QUE PARA OBTENER
EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A**

FACUNDO ORDOÑEZ SANCHEZ

México, D. F.

1971



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 esta 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.

**A la memoria de mi Padre :
Esteban Ordóñez Maldonado .**

**A mi Madre :
Francisca Sánchez Vda. de Ordóñez .**

A mis hermanos

**A mi esposa en quien siempre
encontré comprensión y cariño.**

A mi hija.

Con admiración , cariño y respeto para
el Señor Licenciado Fernando Castella
nos Tena, Maestro de la juventud estu-
diosa del Derecho Penal.

" ESTUDIO DOGMATICO DEL DELITO DE CONTRABANDO "

INTRODUCCION :

CAPITULO I

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE CONTRABANDO.

- a) Elementos de la tentativa.
 - anti juricidad.
 - culpabilidad.
 - punibilidad.

CAPITULO II

CLASE DE TENTATIVA.

- 1.- La tentativa posible.
- 2.- La tentativa imposible.
- 3.- La tentativa acabada e inacabada.

CAPITULO III

LA TENTATIVA EN LOS DIVERSOS DELITOS.

- 1.- La tentativa en los delitos culposos.
- 2.- La tentativa en los delitos dolosos
- 3.- La tentativa en los delitos materiales:
- 4.- La tentativa en los delitos que no admiten.
- 5.- La tentativa en los delitos complejos

CAPITULO IV

LA TENTATIVA EN EL CODIGO FISCAL

- 1.- Concepto

CAPITULO V

EL DELITO DE CONTRABANDO .

- 1.- Concepto de contrabando .
- 2.- Elementos del delito de -
contrabando .
- 3.- Objeto .

CAPITULO VI

ILICITO ADUANAL .

- 1.- Su naturaleza jurídica .
- 2.- El contrabando .
- 3.- El contrabando como delito
fiscal .

CAPITULO VII

**EL CONTRABANDO COMO INFRACCION
ADMINISTRATIVA Y COMO DELITO FISCAL .**

CAPITULO VIII

**EL DELITO DE CONTRABANDO EN EL CODIGO
FISCAL DE LA FEDERACION .**

- 1.- Su desarrollo
- 2.- La sanción en el delito de
contrabando .

CONCLUSIONES .

DELITO DE CONTRABANDO

El contrabando es un delito característico de los países en vías de desarrollo, refleja la situación económica de las entidades colectivas pobres frente a gigantes financieros.

Si examinamos nuestros impuestos a las importaciones y a las exportaciones, veremos que ellos son elevados (sobre todo los de importación), si se trata de artículos suntuarios o industriales, que ya se estén elaborando en México; situación por demás lógica ya que nuestra política comercial está enfocada hacia la obtención de una balanza de comercio favorable, conjuntamente con un crecimiento paralelo del sector industrial del propio país. Es por ello que nuestros conciudadanos con una frecuencia casi ilimitada, llevan a cabo actos contrarios a nuestra política comercial, encuadrándose en conductas antijurídicas que se consignan en varios de nuestros cuerpos legislativos.

Actuaciones de este tipo deben corregirse, ya que, perjudican en forma muy severa al estado mexicano, corresponde a los estudiosos del Derecho investigar sobre la forma o formas jurídicas más adecuadas de atacar a los sujetos que cometen el delito de contrabando.

En el desarrollo de este trabajo se describirán las formas jurídicas a través de las cuales las leyes mexicanas tratan al contrabando.

El contrabando es un delito característico de los países en vías de desarrollo, refleja la situación económica de las entidades colectivas pobres frente a gigantes financieros.

Si examinamos nuestros impuestos a las importaciones y a las exportaciones, veremos que ellos son elevados (sobre todo los de importación), si se trata de artículos suntuarios o industriales, que ya se estén elaborando en México; situación por demás lógica ya que nuestra política comercial está enfocada hacia la obtención de una balanza de comercio favorable, conjuntamente con un crecimiento paralelo del sector industrial del propio país. Es por ello que nuestros conciudadanos con una frecuencia casi ilimitada, llevan a cabo actos contrarios a nuestra política comercial, encuadrándose en conductas antijurídicas que se consignan en varios de nuestros cuerpos legislativos.

Actuaciones de este tipo deben corregirse, ya que, perjudican en forma muy severa al estado mexicano, corresponde a los estudiosos del Derecho investigar sobre la forma o formas jurídicas más adecuadas de atacar a los sujetos que cometen el delito de contrabando.

En el desarrollo de este trabajo se describirán las formas jurídicas a través de las cuales las leyes mexicanas tratan al contrabando.

CAPITULO I

LA TENTATIVA EN EL DELITO DE CONTRABANDO

ANTECEDENTES DE LA TENTATIVA

Primero que nada, debemos de saber la significación de la palabra -- Tentativa, recurriendo así al Diccionario de la Lengua Castellana, quien nos dice -- que en su aspecto gramatical, la tentativa viene a ser la acción con la cual se intenta realizar una cosa.

Esta definición adaptada a la ciencia jurídica, se nos muestra como -- la acción con la cual el sujeto intenta realizar algo que es contrario a la norma de valor que inspira el contenido de las leyes; acoplada al Derecho Penal, la Tentativa vendrá a ser aquella acción que pretenda realizar una figura delictiva.

Ya teniendo formado el concepto de Tentativa, con base en la definición gramatical, a reserva de que pueda ser mejorada por otra, siempre y cuando -- nos la perfeccione, lo que admitiremos de inmediato, haremos un análisis histórico-- jurídico de su evolución en las distintas civilizaciones que mencionaré enseguida.

Así empezamos diciendo de que conforme al dicho de algunos tratadistas, la tentativa existió en el Derecho Romano, pero sin precisarse su concepto ni -- plasmarse expresamente en los Códigos, debido a que se le dió importancia al resultado material de la conducta y por lo tanto a su exteriorización, y de que no tuvo por lo tanto una reglamentación, sino que fue considerada como una atenuante.

Otros, oponiéndose a lo anterior, consideran que como en el Derecho Romano regía el principio de que no hay delito sin actividad manifestada en la causación de un daño, no llegó a ser o formarse un criterio distintivo entre la tentativa y la consumación de los hechos delictuosos, ni se tuvieron tecnicismos para diferenciar los grados del delito; ignoraban la tentativa, pero sin embargo castigaban ciertos actos de ejecución, como en el caso de los "crimina extraordinaria", en donde facultando de arbitrio a los jueces, imponían pena similar a la que correspondía a los delitos consumados; y en los delitos "laesa maiestatis" se castigaba al ejecutor de actos que afloraban, así aunque por alguna circunstancia no aparecía el resultado de seado.

Se ha dicho que en el Derecho Romano Privado el criterio que adoptó fue el del daño causado, no admitiendo actos imperfectos, pero que en el Derecho Penal, que pertenece a la rama del Derecho Público, a decir de Mezger, el criterio anterior no prevalecía "porque, aunque no exigía el animus en la esfera de la exteriorización material, no se exigió siempre un resultado de daño".¹

En la Civilización Germánica, no conocieron a la Tentativa, y posteriormente la regularon sometiéndola a igualdad con el delito consumado, especialmente con el delito flagrante, y no fue si no hasta el siglo XV cuando se le empieza a estudiar, analizando sus elementos y distinguirla de los delitos consumados.

En Italia es en la Edad Media cuando aparece la figura del Conato, dándole menos importancia a la Tentativa que a la Consumación, y asignándole una pena atenuada; se reglamentó la figura de la Tentativa inidónea y el Desistimiento -

1 Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, pág. 212.

espontáneo.

Las Leyes de las Partidas, equipararon la Tentativa con la Consumación asignándole tal igualdad, siempre y cuando no se presentara en aquella el desestimiento o en su caso el arrepentimiento.

El Código de la Carolina, a quien se le atribuye ser el primero en aportar una definición de la Tentativa, expone en su precepto número 178 en que los elementos característicos de la Tentativa son el que se constituye por una serie de actos externos de voluntad criminal, una ausencia de consumación del resultado y -- siendolo anterior en contra de la voluntad del agente.

El Código Josefino requirió que para que se pudiera hablar de Tentativa, era necesario que los actos realizados se hallen dirigidos a la consumación de un delito.

El Tratadista Novoa Monreal nos dice que "la elaboración de la tentativa como institución jurídica, se debe a los prácticos italianos de la Edad Media, quienes la trataron bajo la denominación de Conatus.....: Alciato la caracteriza en la siguiente forma: aliud crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est" (una cosa es el crimen y otra el conato, éste está en el camino, aquél en la meta)".²

Podemos notar aquí, que en su evolución la Tentativa al ser reglamentada por ciertas legislaciones, éstas no tenían la suficiente madurez para distinguir y separar cuidadosamente los grados del delito, que es en donde entra ella, motivo por el que se les presenta en una forma confusa, equiparándola muchas veces con el delito consumado, puesto que siempre requerían de la causación.

2 Citado por Diego Fernández de Cevallos en su obra "Los Actos Preparatorios y los Actos Ejecutivos en la Tentativa", Tesis Profesional U.N.A.M., pág. 5.

CONCEPTO DE LA TENTATIVA EN EL DERECHO MEXICANO

Desde su formación como idea o tentación en la mente hasta su terminación, el delito recorre un sendero o ruta, camino que los juristas lo han denominado con el nombre de "iter criminis" o camino del crimen.

Dicho sendero se integra de las siguientes fases:

Una fase interna, la que a su vez se forma por los siguientes pasos:

a) La idea criminosa o ideación, que se empieza a forjar en la mente humana como una tentación a delinquir, que bien puede ser aceptada o desairada por el sujeto.

b) Una deliberación, consistente en que si la idea de delinquir permanece fija en la mente, se produce una meditación sobre ella, de pro y de contra, si es rechazada se anula en la mente misma, pero también puede suceder lo contrario, suscitándose una batalla en la que son protagonistas la idea criminosa y los valores morales, los religiosos y las fuerzas sociales inhibitorias que pugnan sobre la primera.

c) La Resolución, en donde una vez librada y terminada la lucha interna, el sujeto después de permitir y pensar lo que va a hacer, resuelve llevar a cabo su deseo de cometer el delito, pero dicho deseo solo está en la mente del individuo, sin que se exteriorice.

Una fase externa, que abarca desde el momento en que el delito se manifiesta y se consuma.

Se divide en las siguientes sub-etapas:

a) La Manifestación, en donde la idea criminosa sale ya al mundo de

relación, es decir, una idea o pensamiento exteriorizado; la sola manifestación no es inculpa, pero como salvedad se tiene al delito tipificado por el Código Penal del Distrito y Territorios Federales, que se le conoce con el nombre de Delito de Amenazas, y que se tipifica con la pura manifestación.

En relación con lo anterior, la Constitución Política Mexicana establece en el artículo 60., que la manifestación de las ideas no es castigable, siempre y cuando no ataquen a la moral, los derechos de tercero, se perturbe el orden público o se provoque algún delito.

b) La Preparación, fase que se constituye por los actos preparatorios que se producen o generan después de la manifestación y antes de la ejecución; no revelan en forma palpable el propósito y la decisión de delinquir. Se pueden realizar con fines lícitos o en su caso ilícitos.

Se han definido los actos preparatorios como "aquellos actos que por sí mismos son insuficientes para mostrar su vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado y para poner en peligro efectivo un bien jurídico dado".³

c) La Ejecución, que se divide en dos etapas que son la Tentativa y la Consumación.

En la Tentativa, a diferencia de los actos materiales anteriores, existe aquí ya un principio de ejecución; se ejecuta algo en relación con el tipo de delito que se trata.

Se han dado bastantes definiciones sobre ella, pero las que considero más importantes son las siguientes:

3 Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, pág. 382.

Jiménez de Asúa la define como "La ejecución incompleta de un delito".⁴

Pavón Vasconcelos, nos dice que de acuerdo con lo dicho por Impallomeni, "la Tentativa punible es la ejecución frustrada de una determinación criminal".⁵

Todos concuerdan en que la Tentativa se constituye por actos ejecutivos encaminados a la realización de un delito, pero que no llega a consumarse.

Y en la última etapa de la Ejecución, que es la Consumación, a diferencia de la Tentativa, aquí se llegan a cumplir todos los elementos del tipo objetivo, llegando la acción a comprender el resultado típico.

Se han realizado aquí todos los actos materiales requeridos para llevar a cabo la idea criminal forjada al principio en la mente humana, cristalizándose en el mundo externo.

El Derecho Alemán, a decir de Maurach, considera "que en la relación entre tentativa y consumación se obtiene una peculiar configuración en dos formas de delito dolosos, que ellos llaman delitos de tipos de empresa y delitos de simple actividad".⁶

En los primeros reúnen a la tentativa y a la consumación en una sola forma de tipo, regidos a una misma sanción penal; se mencionan como delito de tipo empresa a los de alta traición constitucional, las coacciones a los funcionarios, el -

4 Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, pág. 595, Caracas 1945.

5 Francisco Pavón Vasconcelos, Revista Criminalia, pág. 123, México año de 1959

6 Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal II, traducido por Juan Córdoba Rolda, Ariel, Barcelona, pág. 180.

motín carcelario y el atraco a los conductores; y en los delitos de simple actividad, ven una coincidencia entre acción y el resultado típico, que al no estar separados - por vínculo causal alguno, el problema se presenta más difícil por la ausencia de todo el tipo.

Una vez conocido las etapas que recorre el delito, y viendo en cual de ellas entre la figura de la Tentativa, empezaremos ahora por tratar de obtener el concepto que de ella ha tenido el Derecho Mexicano.

Ha sido una cuestión muy debatida la de pretender obtener la verdadera naturaleza de la Tentativa, ya que una corriente doctrinal expresa que dicha figura no es en toda la extensión de la palabra, un delito, sino que pretende serlo, que algo le falta, que en todo caso es un delito secundario o imperfecto, puesto que -- siempre tiene que hacerse referencia directa a un determinado delito perfecto, a diferencia de ella que le hacen falta la realización de ciertos actos.

Que se toma en cuenta a la Tentativa, porque aquí en el desarrollo del delito perfecto se presentan ciertas circunstancias que impiden el que se logre su plena realización, habiendo necesidad de referimos a ella, solamente en el caso de que se integre en la interrupción, por la importancia que tiene el análisis de la peligrosidad del sujeto activo, por el dolo manifiesto, por el peligro en que se ha expuesto la norma jurídica protegida por el Derecho.

Así mismo expresan que no puede existir en ella la tipicidad, porque ésta viene a ser el encuadramiento exacto y completo entre la conducta y la figura delictiva que supone la ley, y en la Tentativa como se caracteriza por un rompimiento o detenimiento de la conducta dirigida a la consumación de un delito, sin producirse un resultado esperado por la ley, o sea lesionar o dañar a los bienes jurídicos,

entonces, nunca se darán los elementos que precisa la tipicidad.

Por lo que, la Tentativa sólo puede hacerse referencia debido a la re-lación necesaria existente entre ella y la norma incriminadora principal, y que es só-
lo por medio de la norma de la Tentativa el que se pueda hacer posible sancionar -
conductas que desde otro punto de vista, no tendrían la característica de la ilicitud.

Exponentes de la doctrina anterior son Carrara, Mayer, Mezger, Be--
ttioli, Jiménez Huerta, etc.

La otra corriente que se presenta,, considera que en cuanto a su estruc-
tura, la Tentativa tiene todos los elementos indispensables para configurar un delito,
distinguiéndose del delito consumado en razón de su objetividad jurídica, porque no-
existe en ella lesión efectiva al bien jurídico; Antolisei estima "que la tentativa se
forma por el resultado de una unión entre dos normas, en la que una tiene el carác-
ter de ser principal, y que viene a ser la norma penal especial y otra de sello inde-
pendiente, que es la norma extensiva, y que debido a tal ligazón se produce o crea
un nuevo título de delito de carácter autónomo, siendo por lo tanto un delito perfec-
to".⁷

Algunos de los autores mexicanos que defienden ésta posición son J. -
Ramón Palacios, quien nos dice que en todo caso "las acciones inconsumadas no se-
rían delictuosas ni merecerían penas de no ser contempladas por la figura de la tenta-
tiva, la cual sanciona al acto que tiende a la lesión sin obtenerla, deduciendo de -
ahí que se requiere una norma específica incriminadora de dicha actividad, cuya na-
turalidad es accesoria de la norma principal y que representa un grado menor, pero -

7 Citado por Pavón Vasconcelos en su obra La Tentativa, Editorial Porrúa, pág. --
29.

al mismo tiempo es un título autónomo cuya previsión legal es indispensable dentro de nuestro sistema jurídico".⁸

Pavón Vasconcelos adopta la misma postura, ya que considera que si se le refiere con un delito consumado, que reúne la tentativa las características de ser imperfecta y subordinada, pero que se pierden las mismas, para tener en su lugar caracteres propios y punibles, y que toda la dificultad se deriva de que vemos con ciertas reticencias el de que podamos incriminar un delito imperfecto.

Consideramos que aunque a pesar de que para aplicar su punibilidad, tenemos que referimos al tipo concreto, que es el delito consumado, no podemos decir que la tentativa sea un delito autónomo o perfecto, porque en cambio llega a reunir una figura concreta delictiva, propia y especial, con una particular estructura en sus partes integrantes, de naturaleza diversa al delito consumado que tiene ligazón, puesto que entre sus elementos vemos que tiene una objetividad propia, una actividad típica singular y una sanción específica, que es menor con relación al delito consumado que se relaciona.

En los delitos consumados se ha efectuado un resultado, objetivo que está a la vista, que es el de producir un daño, una lesión que está encuadrada dentro del marco tipificador, pero en el caso de los delitos no consumados o imperfectos, como se les ha pretendido llamar, como la Tentativa, aunque dicho resultado no es el que se da en esa forma, sin embargo se da de otra manera, como lo es el de haberse producido un peligro, una amenaza de perjudicar un bien jurídico, violándose la norma prohibitiva, para encuadrar la conducta realizada en los preceptos que la -

8 J. Ramón Palacios, La Tentativa, Editorial Porrúa, México, pág. 29.

anuncia, y que fijan una sanción a tal obrar u omisión en su caso. Hay en ella un comienzo de ejecución que ha empezado a llenar el cuadro tipificador del delito -- consumado al que se liga, pero que se ve truncado en su recorrido por diversas circunstancias.

Trataremos ahora de explicar, una vez visto cual es su verdadera naturaleza a nuestro criterio, el porqué se justifica su punición.

Para ello, se ha escrito bastante en la doctrina, y sólo nos concretaremos a exponer brevemente las más importantes tesis.

La primera, a que me remito, considera que se justifica la punición de la tentativa, por razón del peligro corrido, siendo sus exponentes Carrara, Ortolan y Feuerbach, quienes exponen que aún cuando no se produjo un daño real de carácter inmediato, porque no se llegó a la fase final del iter criminis, sin embargo, existió un peligro para la seguridad de determinados bienes jurídicos, que son tutelados por el Estado para que no sean molestados. Se atacaron pero no se dió el resultado esperado, y ese ataque es el que se castiga; y que así mismo se toma en cuenta también el dolo de lesión que se incubó en la mente del sujeto activo.

Una segunda doctrina, se basa en que hay una violación voluntaria de un precepto penal, es decir, de que el agente ya tiene en mente violar la ley, independientemente de que se dé o no el resultado total, lo que viene a ser una razón de naturaleza prelegislativa. El principal exponente es Manzini, estando de acuerdo en gran parte un jurista mexicano, como lo es J. Ramón Palacios.

Una tercera posición, estima que debido a la peligrosidad objetiva en concreto que se presenta, es lo que fundamenta la punibilidad, porque la voluntad criminal que sale al exterior, se traduce en la concretización de la intención crimi-

nal en ciertos actos peligrosos; hay un mínimum de actividad antisocial que pone en movimiento la actuación de la justicia, para que no se dé, y que el máximum lo será el consumarse por completo el delito; que la objetividad material de los actos se nos muestran como un síntoma y expresión de la personalidad del delincuente, llegando así a abarcar no tan sólo a los actos de ejecución, sino también la realización de la idea, el motivo y la pretensión criminal, para que sean punibles. Sus defensores son Ferri y la Escuela Positiva de Garófalo.

Una cuarta teoría, nos dice que al ejecutarse los actos que comprenden de la Tentativa, producen una alarma social en la vida comunitaria. Se le critica a ella, porque la alarma social no es exclusiva de la Tentativa, la que se puede presentar también en los actos consumativos.

Otras teorías, establecen su fundamento en la turbación que se producen en el sujeto pasivo y la alarma en el ambiente, porque la Tentativa viene a ser una manifestación concreta de una voluntad dirigida a violar la ley, dando lugar a turbar al sujeto y a su vez alarmar el ambiente social. Se le critica porque de ser así, se le debería de considerar una circunstancia atenuante del delito y no una figura delictiva propia.

Pavón Vasconcelos, se inclina por adoptar o concordar con la del peligro corrido, que viene a ser un peligro de que se vaya a consumir el daño, pero que hay que tener cuidado de no confundirlo "como índice de conocimiento del acto ejecutivo..... La circunstancia de la inconsumación del resultado no resulta suficiente para poner en duda el peligro; éste no es creación artificiosa sino algo -- real producido por la acción y valorado normativamente por el aplicador de la -- ley". Nos dice que hay que saber distinguir lo que es el peligro en el orden jurídico,

y lo que es en el orden material puesto que en el primero "lo será la lesión efectiva al ordenamiento legal, más no daño, tratándose de aquellos tipos en los cuales - dicho resultado formal lo constituye la puesta en peligro de ciertos bienes; en el orden material, el peligro es la posibilidad de daño amenazante del bien jurídico objeto de protección penalística".⁹

Estas son las teorías que tratan de justificar la punibilidad del delito de Tentativa; creemos que si bien no se produjo un daño real en el orden material, si lo hay en el sentido expresado por Pavón Vasconcelos, que es el de presentarse - un daño en el orden legal es un peligro al que está expuesta la norma penal, lo que es motivo para que los actos que transmiten ese peligro, les sean punibles e imputables a su autor; de todas maneras, las demás teorías nos aportan luces y elementos importantes que forman y maduran más nuestro criterio.

a) Elementos de la Tentativa.

Para evitarnos una exposición sobre las diversas teorías que tratan de explicar el delito, lo cual resultaría bastante extensivo, y ahorrándonos palabras, -- nos permitimos decir que somos partidarios de la doctrina que considera al delito como aquella conducta o el hecho típico que se caracteriza por ser antijurídico, culpable y punible.

En la investigación de cada delito, debemos de partir en primer lugar de verificar la existencia y calificación en el mundo de la realidad, de una conducta o de un hecho, y en segundo lugar del resultado causal que produce.

Empezaremos por lo tanto, a analizar los elementos del delito en rela

9 Pavón Vasconcelos, La Tentativa, pág. 41.

ción con la Tentativa, para ver si los reúne y poder llamarlo delito de Tentativa y no otra figura, empezando primero por:

La Tipicidad, la cual en su aspecto restringido al Derecho Penal, viene a ser el conjunto de las características de todo delito; se le diferencia así de los tipos específicos que se forman por los elementos especiales o característicos de una concreta o determinada figura de delito.

La Teoría Moderna del Tipo, en contraposición con la Tradicional Alemana, nos dice que el tipo es la suma de los elementos materiales atribuibles al agente, o más claramente, la acción delictiva con sus notas características y la realización del resultado a él ligado, quedando por ello, fuera los elementos o referencias a la culpabilidad.

Se traduce entonces, en conductas o hechos traducidas en fórmulas -- que llevan una conminación penal, en expresiones que recogen los delitos en tipos, al encajar el hecho concreto en el marco legal.

Así pues, la conducta o el hecho que nos interesa, el que es trascendente al Derecho, tendrá que ser típico, pero si se nos presentan incompletos, encajarán únicamente en el cuadro especial de la Tentativa, siempre y cuando se absorba la adecuación típica al modelo de la norma que le dá vida al delito de Tentativa.

En los Delitos Consumados, la conducta o el hecho real que es el paso inicial para conocer de un delito, recoge totalmente los elementos que forman el tipo del delito al que se refieren, en tanto que si bien es cierto que en la Tentativa, el hecho o conducta real capta en forma parcial o incompleta los elementos que

integran el tipo principal, también lo es que capta totalmente sus propios elementos, que vienen a constituir la figura delictiva de la Tentativa.

Pero considero necesario hacer algunas referencias sobre la tipicidad - para que quede bien esclarecida.

Jiménes Huerta nos dice lo "caracterizado como tipo se unifica y reconoce por el conjunto de sus rasgos fundamentales. Típico es todo aquello que incluye en sí la representación de otra cosa, y a su vez, es emblema o figura de ella. - Para afirmar la delictuosidad de una conducta, es insuficiente su ilicitud. La integración del concepto delito requiere algo más. La conducta anti-jurídica ha de ser - típica, esto es, ser adecuada y subsimible en el tipo penal".¹⁰

Es decir, que para él la tipicidad de una conducta se traduce en la - inserción clara y precisa de las características que enumeran y forman el cuadro - de un delito.

Habla a su vez con una claridad sorprendente y con un gran sentido - de proyección previsoría, al decimos que el tipo penal no es hermético sino que tiene probabilidades de expandirse, al decimos que existen unas figuras especiales - que denomina "dispositivos legales amplificadores del tipo penal", teniendo tal importancia para nosotros, porque es aplicable a la tipicidad del delito de Tentativa. Expresa que "cuando se extiende la mirada por el íntegro sistema punitivo y se profundiza en el examen de su conjunto armónico, se capta de inmediato que el tipo se - amplifica en proyección de conducta del propio sujeto activo, diversas de aquella - que el tipo describe, como así mismo, en proyección de personas y conductas distin-

10 Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, Editorial Porrúa, México, pp. 11-12.

tas de las de él mencionadas".

Amplificaciones típicas que nos dice que para que no sean anticonstitucionales, la ley aparte de establecerlas las autoriza y que "para hacer frente a la necesidad sentida de sancionar también aquellas conductas que, sin implicar realización del tipo, intentan, instigan o ayudan a su ejecución, el Derecho Penal ha dado vida a los dispositivos legales a través de los cuales amplifica y logra captar conductas que, no obstante su inequívoco matiz antijurídico, serían sin ellas atípicas. - Estos dispositivos legales amplificadores del tipo son: la norma contenida en la parte general del Código Penal en orden a la tentativa (artículo 12); y otro, la norma que también se contiene en la parte general del Código Penal, en orden a la participación (artículo 13)".¹¹

Estamos viendo con tal ayuda, la claridad en la presentación del tipo en la Tentativa, de que no es un delito subordinado que se contiene exclusivamente en el tipo principal, sino que si en realidad hay elementos de él, la verdad es que su familiaridad está en razón de la amplificación del mismo, teniendo por lo tanto un tipo concreto.

Aquí, la tipicidad se conforma solamente por la conducta o el hecho real, que se adecúa con la conducta o hecho a los que se refiere la ley penal al que se dirige su castigo, haciendo caso omiso de la consumación o realización plena, formando así de esta manera el tipo. La Tipicidad en este caso, atiende exclusivamente a los actos ejecutivos y no a la preparación; capta algunos puntos o elementos y no todos de la conducta a que se refiere el tipo principal.

11 Mariano Jiménez Huerta, obra citada, pp. 109-110.

Hacemos a un lado la preparación como elemento del tipo del delito -tentado, porque además de no estar prohibido por la ley, es un elemento subjetivo - que no tiene preponderancia sobre el acto mismo, porque en el delito tentado lo que se castiga no es el pensamiento malsano, sino la acción ejecutiva que va hacia la - consumación del delito.

Pero debemos de admitir de que tenemos como paso inicial para esclarecer la naturaleza del acto de tentativa, el tipo de delito principal, porque necesitamos precisar si los actos ejecutivos se dirigen a integrar el tipo principal.

ANTI JURICIDAD

Empezaremos aquí por ver la situación en que se colocan la ley y la - norma, ya que uno de los objetivos del derecho es tutelar el orden social preservado por las normas jurídicas.

El Derecho Penal en atención al objetivo anterior, se dirige a tutelar y garantizar el debido cumplimiento del orden social, a través de sus preceptos, y - cualquiera conducta o hecho real que viniera a violarlas, estaría en pugna con el - derecho, constituyendo su violación, un desvalor o contradicción del hecho con la - norma atacada, un daño o lesión del bien jurídico protegido o en su caso el de haberle expuesto un peligro a ese bien; esto es lo que viene a constituir el contenido material de lo injusto, es decir, un juicio de valor que se crea debido a la relación de contrariedad entre la actuación humana y la norma de derecho que se lastima.

La ausencia de ella, en cualquier situación que se presenta, origina - la inexistencia de un delito, por ser elemento esencial a él.

En el delito de Tentativa, el sujeto activo se encamina a causar una-

situación de peligro de que se consume otro peligro más grande , que es el de causar un daño a un determinado bien jurídico.

La antijuricidad del delito Tentato, vendrá a ser entonces el peligro - en que se colocó a el bien jurídico, debido a que se le efectuó un acto agresivo - en su contra, siendo como elemento subjetivo del delito Tentato, el dolo de lesionar, de causar un perjuicio ya que la voluntad se dirige a producir ése resultado que es contrario a las normas, y el elemento objetivo es la exposición en peligro a que estuvo el bien jurídico, y que si no se efectuó el daño fue por circunstancias diferentes que se presentaron, quizás en ellas la más importante sea la idoneidad del acto.

De esa manera vemos en que forma se presenta la antijuricidad del delito Tentato.

CULPABILIDAD

Actualmente se considera a la Culpabilidad como el conjunto de presu-puestos que fundamentan la reprochabilidad de la conducta antijurídica.

Algunos autores equiparan a la Culpabilidad en un sentido amplio con la imputabilidad.

En la Culpabilidad aparte de establecer una relación psicológica entre el sujeto y el acto que realiza, se deberán de tomarse a estudio los motivos que le impulsaron a actuar de esa manera y poder determinar si hubo dolo o culpa, y ense-guida ver la aplicación de su reprochabilidad; es decir, se habrá de probar si tenién-dose presente los motivos y la personalidad del autor, le era a éste exigible una ac-tuación acorde con el derecho.

En el delito de la Tentativa, no puede existir la situación de que la-

acción no vaya dirigida a consumir un delito, sino que los actos que la integran ne cesariamente deben de contener el dolor de la consumación. Aquí como dijimos en el apartado anterior, el sujeto enfoca su voluntad a originar un resultado que contra ría las normas jurídicas, y ese actuar es lógicamente consecuencia de su voluntad or denada hacia una consumación, pero que si no se da, se debe no a su esfera, sino a causas extrañas a él, cumpliendo nosotros así fielmente con lo que preceptúa el ar tículo 12 del Código Penal aquella conducta que se ejecuta por medio de hechos encaminados en forma directa e inmediata a realizar un delito, si éste no lle gará a consumarse por causas ajenas a la voluntad del agente.

PUNIBILIDAD

Ya mencionamos algo sobre ella, pero debemos afirmar que existen -- una cierta variedad de opiniones que hablan sobre la penalidad de la Tentativa, ya que los romanos atendían a la división de los delitos públicos y privados, castigando-severamente más a los que tentaban en los primeros delitos que a los segundos, por - afectarse altos intereses del Estado.

Después se consideró que los delitos tentados en comparación con los - consumados, tendrían una penalidad inferior; España en 1922 fue la primero en esta- blecer una forma ordenada, de ciertas reglas que reducían las penas a las tentativas en relación con los delitos consumados.

Otra doctrina estima por el contrario que, debe de existir en ambos - delitos una equiparación de las penas, porque ofrecen la misma gravedad, que es el de violar la ley; ya que las dos tienen el mismo grado, que es el de hacer caso omi so de lo que ordena la ley, y en la Tentativa si bien es cierto que no produce el -

tipo de daño que el de los delitos consumados, no se debió a que no lo quiso el autor, sino porque se presentaron otras causas ajenas a su actuación.

Una postura interesante es la de que cada vez que se presente un caso de delito Tentado, se deberá de hacer un análisis completo sobre el delincuente, para que nos dé su grado de peligrosidad y que tal, se obtendrá también de la naturaleza de los actos ejecutados; concluyendo con que solamente se equiparán las penas del delito Tentado con las de los delitos Consumados, cuando se demuestre una extrema peligrosidad en el delincuente. El principal exponente es Garófalo, seguido por Enrique Ferri.

Nuestro Código Penal establece como regla para la punición de la Tentativa, el de establecer como sanción aplicar las dos terceras partes de la pena correspondiente al delito que se liga, aclarando que tiene como máximo hasta las dos terceras partes de dicha pena. (Artículo 63).

Se adopta el criterio de que los delitos Tentados deben de tener una penalidad inferior a la de los delitos consumados, pero cabe hacer la aclaración de que nuestro Código Penal acepta la línea establecida por el artículo 51, de facultar al juez para imponer sanciones a los responsables de los delitos de Tentativas, pero basándose también en las circunstancias objetivas que trae aparejadas la comisión así como las subjetivas del agente; adoptando aunque no lo exprese claramente, la doctrina de la peligrosidad que presente el sujeto y el grado de ejecución, predominando sin embargo, la primera posición, de la penalidad inferior, porque imperativamente nos fija un tope de sanción, que es la de imponer como máximo hasta las dos terceras partes de la sanción que le correspondería si el delito se hubiera consumado, - viendo que dicho tope es menor al que se le aplicaría al consumado o perfecto.

Pavón Vasconcelos en su obra de Manual de Derecho Penal Mexicano, nos dice que "con pequeñas variantes todos los autores están de acuerdo en que los elementos de la Tentativa son tres, a saber:

a) Un elemento moral o subjetivo, que es la intención dirigida a cometer un delito.

b) Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva y

c) Un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto".¹²

Habiendo estudiado los elementos y características de la Tentativa, -- nuestro Derecho Penal, nos da el concepto que tiene sobre la Tentativa al decir en su artículo 12 que: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

Para imponer la pena de la tentativa, los jueces tendrán en cuenta la temibilidad del autor y el grado a que se hubiere llegado en la ejecución del delito".

Vemos que en tal precepto, no se contiene una definición de la Tentativa, sino que dice en cuál caso debe de ser castigada, dando a entender que se darán casos en que no es punible, tal y como lo dice el Código Penal Anotado, de Don Raúl Carranca y Trujillo en su página 59, que comenta el artículo 12 en cuestión.

12 Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal, Editorial Porrúa, S.A., 1967, 417.pág.

b) Actos Preparatorios y Actos Ejecutivos.

Para que pueda hablarse de una separación conceptual de lo que es la actividad preparatoria del delito y la actividad ejecutiva del mismo, hay necesidad de revisar y darle un nuevo toque a ciertos principios del orden penal, ya que hay que ver a la defensa penal no como defensa penal, ya que hay que ver a la de fen sa pe nal no como una defensa que lleva aparejada el concepto de ilicitud encaminada al fin inmediato de la represión, por medio de sanciones, sino como una escuela que forma parte de la máquina de medida preventiva; al delito se debe de verlo como la aptitud de delinquir revelada por el culpable, y la aplicación de la pena con la mira de evitar próximas violaciones, y no con otras finalidades.

Cualquier sistema jurídico-penal que responda a los objetivos que persigue la defensa social, debe de constituirse sobre la trama que lleva como guía los principios racionales, absolutos en cuya ausencia llegaríamos a desdoblarse los mismos en un conjunto de absurdos jurídicos; en otras palabras, tiene que ser un sistema de preceptos de derecho racional.

Y uno de tales principios absolutos, de los que nos interesan, viene a serlo el de "la ejecutividad de la acción", ya que no viene a ser delito el hecho in cr imi na do en la ley, porque si falta la norma, no es concebible una acción que se le pueda oponer; no habrá delito, aunque lo haya sido el que fue objeto de nuestro pensamiento, cuando en la actividad por el desplegada no funciona la volición que choca con el contenido volitivo de la norma.

La norma penal viene a ser un motivo de conducta, porque se dirige a integrar estados de conciencia que reaccionan en contra del pensamiento negativo para la ley, que se origina en la voluntad individual, su fin se dirige a bloquear la

volición final para que no llegue a manifestarse externamente, en camino de perfecto sincronismo para que no aparezca el hecho narrado y prohibido por la norma penal.

Mientras la volición final no aparezca, no podemos afirmar que ha sido violada la norma, porque el delito no existe en el puro pensamiento criminoso, ya que sabemos que una de las características de las normas jurídicas a diferencia de los demás tipos de normas de conducta, viene a ser la exterioridad, es decir la concretización a lo real, a la vida, de lo que pensamos o pretendemos llevar a cabo; por lo tanto, no habrá acción delictuosa en la externa actividad que se refiere únicamente al pensado delito, del cual no se ha iniciado aún la actuación del hecho que constituye el objeto de la norma. Corroboramos lo anterior, con lo expresado por Vagnini, al expresar que "la actividad, en efecto no depende de la volición rebelde al valor de la ley, sino de la volición frondosamente múltiple, que no presentando un contenido opuesto a aquél de la voluntad de la ley, no puede decirse que constituye todavía el rehusar acatar ésta última como motivo de conducta, que no constituye en otros términos negación. En sentido contrario a la norma, se afirma un pensamiento forzando una decisión; más esto, todavía no marca el contraste de la voluntad que por la extinción del motivo penal, determina el surgimiento del delito. En el estado de conciencia en que se elabora el plan criminoso externamente revelado por el cumplimiento de la actividad preparatoria, la sanción no es todavía una fuerza de lucha, no es todavía un imperativo que combate el sentimiento para superarlo; es siempre una fría expresión jurídica, un elemento de juicio. Sólo cuando se quiere el hecho contrario a la norma (y quererlo significa naturalmente actuarlo), existe la violación de la norma, porque solamente en este momento hay un contraste hipotético de la volun-

tad que se resuelve en un conflicto real".

Desde un punto de vista cronológico, es decir según la lejanía o cercanía del acto al resultado, se dice que los actos preparatorios vienen a serlo los actos remotos, y que los de ejecución son los próximos al evento que aunque querido no llega a verificarse en ciertos casos. Se le ha criticado a dicha posición, basándose en que el factor tiempo viene a ser común a todos los fenómenos y que por ello no se le puede tomar en cuenta como elemento característico del acto; y de que, por lo general la actividad ejecutiva precisa de la realización de una pluralidad de actos, y no confundirlo con una singular manifestación de la voluntad.

Palacios opina: que en tal cuestión de separar los actos preparatorios de los ejecutivos, "caemos en un círculo vicioso, pues en ocasiones el acto preparatorio está lindando con la misma consumación."¹⁴

Se ha considerado que cuando un acto puede producir un fin inocente como al igual que un delito, tiene que ser estimado como un acto preparatorio, ya que carece del comienzo de ejecución; y de que los actos que representan un comienzo de ejecución y que traen consigo mismo, un peligro actual, pero en forma contingente, serán catalogados como preparatorios por no ser unívocos, o sea por no expresar en forma inequívoca la intención del sujeto activo.

Carrara ha sostenido que "el acto externo constitutivo del conato, -- tiene como primer carácter su univocidad, que lo distingue del simple acto preparato

13 Ottorino Vannini, *Actividad Ejecutiva y Actividad Preparatoria del Delito*. Traducción de J. Ramón Palacios, *Criminalía*. Núm. 6. 1959.

14 J. Ramón Palacios. *Obra citada*. pág. 29.

rio, por manifestar indudablemente su dirección a un delito dado; pueden en consecuencia castigarse como conatos por existir en ellos el peligro actual y ser de naturaleza ejecutiva. El segundo carácter del acto externo, es su idoneidad o aptitud de conducir al fin perverso, de manera que los actos inidóneos no pueden, pues, imputarse como delito al pretendido tentador. Si la inidoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa toda imputación de los actos como conato, porque ellos — carecieron enteramente de peligro. Si existió en los sucesivos, queda la imputación de los antecedentes cuando éstos sean susceptibles de ello ."¹⁵

Vemos como el anterior autor toma como base, para determinar los actos preparatorios de los ejecutivos, el criterio de la univocidad de los mismos; ya que expresa que los actos de tentativa son los constitutivos de un comienzo de ejecución de un delito, distinguidos por la univocidad hacia el delito, y que para él, los actos preparatorios vienen a serlo aquellos que no tienen las características anteriores, — ya que son equívocos y carecen del principio de ejecución; lo que fundamenta la punibilidad de la tentativa, lo es el peligro que se corrió.

La crítica que se le ha hecho a Carrara, es el empleo esencial que le ha dado al concepto de univocidad, que es una actitud abstracta, detrás de la intención del acto, sin ayudarse de otros elementos que están a un lado del hecho; y — quien lo manifiesta así es el autor mexicano, J. Ramón Palacios, ya que para él, "el acto aislado carece de valor, sólo adquiere su fisonomía en contacto con la intención que lo provoca, con el objeto al que se dirige, el medio de que se vale y en general de todas las circunstancias en que se desenvuelve, incluida la personalidad del su

¹⁵ Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, parte general, volumen I, Editorial De Palma, Buenos Aires, pp., 358 y 360.

16
jeto. La intención probada por el acto, lleva el problema al ámbito subjetivo".

Por lo tanto, considera que al Derecho Penal le interesa el fenómeno y la conducta capaz, porque si se hablara de acción sin ligarla a la intención, al fenómeno volitivo, entonces será de poco valor el criterio de la univocidad para hacer la distinción entre actos preparatorios y los ejecutivos.

Otros han considerado que la acción ejecutiva depende de la realización del tipo particular; y de los medios o de los varios actos de ejecución cuando así lo precise la ley, de tal suerte que la ejecución se considerará iniciada cuando se comience a usar del medio descrito; que los actos preparatorios no hay por que referirse a los actos que individualizan el tipo.

Jimenez de Asúa parte de la "teoría del comienzo típico de ejecución, fundada por Beling, afirmando que existe comienzo de ejecución, cuando la acción penetra en el núcleo del tipo o se inician las referencias a los medios de acción de una conducta, de otro modo legítima, o que diferencian unos tipos de otros, debiéndose recurrir a la lesión del bien jurídico o a su riesgo eficaz cuando la práctica lo exige".
17

Para Manzini, donde está el punto de partida para hacer la susodicha distinción, lo "es el contenido de la norma penal, ya que el acto preparatorio, que se distingue por la pura intención del sujeto dirigida a cometer un delito, viene a ser insuficiente para entrar al contenido normativo, siendo impunes; y que el acto -- ejecutivo se caracteriza porque en él se concreta, ya sea en forma total o parcial,

16 J. Ramón Palacios, obra citada, pág. 85.

17 Jiménez de Asúa, obra citada, pág. 513 y 514.

un elemento material constitutivo del delito, iniciando la violación efectiva del precepto principal".¹⁸

Hippel, citado por el Maestro J. Ramón Palacios, considera que "los actos preparatorios son los anteriores en el tiempo al acto contenido en el delito, y deben de rendir posibilidades, facilitar la empresa, más todavía no pueden subsumir se bajo la figura del delito".¹⁹

Como ejemplo de lo anterior, tenemos el caso de que quien planea - un robo, se dirige a obtener los instrumentos con los cuales va a forzar la puerta; - que el que piensa matar a una persona envenenándola, prepara el veneno para dárselo a la víctima cuando llegue el momento oportuno, etc.,; se nota que en tales -- ejemplos, ninguno de los actos da lugar a la ejecución del delito, guardando con - el estado de consumación, solamente una relación remota, subjetiva y equívoca.

P. Alonso Roldán define a los actos preparatorios del delito "como -- aquellos que por si mismo son insuficientes para mostrar su objetiva vinculación con el propósito de ejecutar un delito determinado, y que ponen en peligro o más se dirigen a poner en peligro un bien jurídicamente protegido"; y que los actos ejecuti-- vos son "aquellos que se manifiestan de manera indudable como dirigidos a un determinado delito, hallándose sancionados con una pena, a diferencia de los llamados - actos preparatorios que no acarrear responsabilidad penal, salvo los casos expresamente contemplados por la ley".²⁰

18 Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal III, Ediar, Buenos Aires, 1949, - Traducido por Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier, pág., 360.

19 J. Ramón Palacios, obra citada, pág. 97.

20 P. Alonso Roldán, Algunas consideraciones sobre la Tentativa, UNAM, 1954, pág. 29 y 30.

Pero también agrega que en ellos existe un comienzo de ejecución -- cuando adquieren univocidad hacia el delito, entendiendo por univocidad en el sentido en que Carrara usa el término que es la dirección cierta, manifiesta e indudable del acto, o actos externos hacia un delito determinado.

Toma como atributos esenciales para definir a los actos ejecutivos, el que exista en ellos un comienzo de ejecución del delito con la univocidad que es la médula del acto ejecutivo, ideas que son propias del Maestro Carrara en su Teoría de la univocidad, y define el conato-tentativa, como cualquier acto externo unívocamente conducente por su naturaleza, a un evento criminoso, dirigido al mismo, por el agente con explícita voluntad, no sub-seguido por el evento en sí, ni por la lesión de un derecho preferente o equivalente al que se quería violar; hace mención de que el conato siempre exige un principio de ejecución, y que el acto preparatorio no puede castigarse como conato, ya que la univocidad es un elemento indispensable y mientras el acto externo sea tal, que pueda conducir tanto al delito como a una acción inocente; no tendremos nada más que un acto preparatorio, el cual no puede imputarse como conato.

Vemos en toda la gema de opiniones, que los actos preparatorios no tienen el principio de ejecución ni la univocidad, siendo por lo tanto impunes; que los externos además de ser unívocos, representan un peligro actual, siendo punibles; el criterio más correcto para hacer la distinción entre ellos, estriba en la calidad de los sujetos pasivos de los actos externos que se quieran definir, ya que como dice Carrara, "cuando caen sobre el sujeto activo primario o secundario del delito, son actos preparatorios, y cuando caen sobre el sujeto pasivo del atentado, son ac-

tos ejecutivos".²¹

Con la mención de todo el flujo de corrientes que tratan de explicar que son los actos preparatorios y los ejecutivos, notamos que no hay un acuerdo sobre el fundamento de la distinción, pero si nos atrevemos a afirmar que para que en ellos exista la punibilidad se comprenderá sólo aquellos actos externos que se encaminan a la realización de un delito, debiendo exteriorizar el propósito criminal y ser aptos para la realización del fin propuesto.

Por último me permito mencionar el criterio del Maestro Pavón Vasconcelos, quien reconoce que hay una gran dificultad para establecer un criterio distintivo certero entre ellos, que "la doctrina se muestra unánime en admitir la impunidad de los actos preparatorios, fundamentalmente por su carácter equívoco y por no entrañar su realización peligro alguno (ausencia de peligro), en tanto que se pregonan la punibilidad de los ejecutivos, por entrar en la esfera de la consumación sin llegar a llenarla".²²

Por lo tanto, en los preparatorios, como su palabra lo dice, preparan solamente el llevar a cabo el delito, que sólo subjetivamente, pero vistos desde la esfera interna del autor, tienen significación, pero externamente nada sabemos sobre su intención dañosa, es decir, que objetivamente a nada nos conducen sobre el propósito del sujeto; y los actos ejecutivos, en forma general vienen siendo unívocos, porque expresan objetivamente la intención del autor de cometer un daño penal, entrañando un peligro, porque existe en ellos ya un comienzo de ejecución; se está —

21 Francesco Carrara, Obra citada, pág., 262.

22 Francisco Pavón Vasconcelos, obra citada, pp. 15 y 16.

empezando a absorber el tipo del delito, siendo por lo tanto punibles.

Estos son los elementos en que se muestran casi todos conforme para hacer la distinción de tales actos, pero no debemos de olvidar que no en todos los casos, ni en todos los delitos, existe o se dan dichos elementos característicos, siendo prudente el sostener que el juez eche mano también de su prudente juicio, para que en cada caso concreto que se le presente, tome en cuenta los aspectos circunstanciales y variantes que traen consigo mismo: porque en varios casos nuestras leyes punen ciertas conductas que las estiman como delitos consumados, en los que solamente se integran con actos preparatorios, como ejemplo tenemos, el artículo 132 -- que habla del delito de conspiración, el 235 fracción V, que habla del delito de falsificación de moneda, reputándolo como delito consumado, a la conducta que aún no ha producido el resultado de la falsificación, porque habla de "mandar construir", alcanzando solamente la fase preparatoria y no la ejecutiva.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- Edmundo Mezger, Tratado de Derecho Penal, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.
- 2.- Diego Fernández de Cevallos, Los Actos Preparatorios y los Actos Ejecutivos en la Tentativa, Tesis Profesional, U.N.A.M., 1966.
- 3.- Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México.
- 4.- Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Caracas, 1945.
- 5.- Francisco Pavón Vasconcelos, Revista Criminalista, No. de 1959, México.
- 6.- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S. A., 1967,
- 7.- Francisco Pavón Vasconcelos, La Tentativa, Editorial Porrúa, S. A., 1966.
- 8.- Reinhart Maurach, Tratado de Derecho Penal II, Traducido por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona.
- 9.- J. Ramón Palacios, La Tentativa, Editorial Porrúa, S. A., México.
- 10.- Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.
- 11.- Francesco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Editorial de Palma, Buenos Aires.
- 12.- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Ediar Buenos Aires, 1949, Traducido por Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier.
- 13.- P. Alonso Roldán, Algunas consideraciones sobre la Tentativa, Tesis Profesional, U.N.A.M. México, 1954.

CAPITULO II

CLASES DE TENTATIVA

1.- La Tentativa Posible.

Lo distintivo del acto de tentativa, es su naturaleza idónea, siendo la idoneidad la capacidad del propio acto para conducir al fin perseguido, que viene a ser la consumación del delito.

Faltando en ellos dichos elementos, no puede darse la tentativa, que es adecuada para poder llegar a la consumación del delito, hacia el que se dirige, porque habrá una imposibilidad para la ejecución total, una carencia de capacidad para llegar al fin deseado por el autor, estando entonces, en presencia de una tentativa inidónea.

Esa inidoneidad se debe ya sea por el escogitamiento mal hecho del medio empleado o por el objeto sobre el que se dirige la acción.

En relación con lo anterior, Carrara hizo notar que la no idoneidad de que hablamos puede ser tanto objetiva y concreta, que es cuando miramos los actos ligados con la mira especial que se dirige, como puede ser también subjetiva, cuando estimamos los actos en forma abstracta; pero que, no debemos de hacer a un lado el sujeto pasivo a quien se encaminan a su vez, porque su inexistencia nos entrega la inidoneidad de la tentativa.

El delito imposible se caracteriza por solamente una tentativa que se inicia con medios inidóneos y que debido a ello, no se puede dar la lesión jurídica,

ausencia por la ineficacia de los medios empleados o bien por la inidoneidad en el objeto hacia donde se dirigen los actos.

En la tentativa imposible, según J. Ramón Palacios, "por la inidoneidad total en todos los aspectos, falta la puesta en peligro típica y en Derecho Penal la tentativa punible". "No daña ni pone en peligro ningún bien jurídico careciendo por ello de antijuricidad".¹

La imposibilidad para la efectividad de la acción delictuosa, puede deberse a la acción que se realiza o bien al objeto.

Por el tipo de acción, se tienen que tomar en cuenta las anomalías intrínsecas que trae a su vez la no efectividad absoluta debido al medio que se utiliza, así como también se puede presentar una inidoneidad relativa causada a que si en el fondo la acción es eficaz en cuanto a los medios que se emplean, se transforma en inidónea por ciertas circunstancias concretas que estorban a la buena marcha de la acción; es decir, son circunstancias completamente ajenas como en los casos fortuitos, intervenciones inesperadas de terceros, etc.,

La imposibilidad de la ejecución de la acción por el objeto, apatece porque en realidad no hay tal objeto, sino simple suposición errónea que existía, y por lo tanto no puede darse la lesión jurídica.

El error puede consistir en ambos, tanto en la acción como por el objeto.

Aún a pesar de que exista imposibilidad para que se pueda cometer un acto delictuoso, que puede ser tanto un delito como una tentativa, para que se-

¹ J. Ramón Palacios, La Tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México, pág.160.

interese el Derecho Penal, es menester que el sujeto activo tenga en la mente la intención firme de cometer un daño jurídico.

Por cuanto a su punibilidad, tenemos que concretarnos a lo que establece nuestra legislación en lo referente a este tema; llegando por tal motivo a lo que ordena el artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales y a sus interpretaciones, en el sentido de que en la Tentativa debe de existir siempre un comienzo de ejecución, lo que no existe en la tentativa imposible.

Los actos ejecutivos que forman un delito, cambian un estado de hecho existente y que al hacerlo completamente, consumación, se produce una lesión o un daño real sobre un bien que es tutelado por la norma legal.

En la tentativa, como solamente se dan unos cuantos actos ejecutivos y no todos los que se requieren, no se produce la lesión, pero si se presenta una amenaza, un peligro real para con un bien jurídico.

Como en la tentativa imposible la consumación se debe no a lo que marca el artículo 12 del ordenamiento legal citado, sino a la idoneidad total de los medios empleados o a la acción realizada, se dará una imposibilidad absoluta de que se cause un daño y en extremo caso de que se dé una amenaza de peligro al bien jurídico, entonces, se presenta o mejor dicho no hay justificación alguna para que sea punible.

Si el delito imposible no es punible, mucho menos lo será la tentativa imposible, al traducirse ésta en una exterioridad que no requiere la ley penal, sino todo lo contrario.

2.- Tentativa Imposible.

Lo fundamental de la tentativa es la capacidad o aptitud del acto o actos que la integran, para llevar a cabo la meta perseguida; aptitud que se concretiza en la eficacia e idoneidad de los medios que se utilizan.

Y para llegar al fin deseado, hay que mirar a la buena efectividad de los medios empleados, así como que al objeto sobre el cual se dirigen exista y pueden absorberlo, objeto que se pueden referir tanto a los físicos y seres humanos, como a los bienes jurídicos tutelados por la ley.

Precisamente por la idoneidad de los medios empleados, que se utilizan y aplican, así como que el objeto sobre el que se dirigen, exista y pueda absorberlos, objeto con tales características, traen como consecuencia todos juntos, el de poner en peligro y amenazar la seguridad de lo que cuida la ley.

Se requiere que para la efectividad absoluta de los medios empleados y del objeto, no se interpongan circunstancias intrínsecas de anomalías o bien determinadas circunstancias específicas que estorbarían para la producción de los efectos de los actos de ejecución que implica toda tentativa.

Cuestión muy importante es de que, el sujeto que realiza todos los actos que son aptos para producir un daño, lo haga con esa intención de que tenga conocimiento de las consecuencias que ocasiona con su proceder, y de que no tenga en cambio en la mente otra perspectiva.

Ajustándonos a lo que marca el artículo 12 del Código Penal del Distrito y Territorios Federales, la tentativa que sólo le interesa es aquélla en la cual existen actos ejecutivos, que puede ser uno o varios, que de manera directa e inme

diatamente se dirijan a cometer un delito, es decir a consumarlo, lo que se traduce en la fase última de la actividad delictuosa (*iter criminis*).

Se requiere entonces, como repetimos en capítulos anteriores, que en la tentativa posible, así denominada, lleve consigo actos de naturaleza ejecutiva -- que si no causan el mal totalmente, si producen en cambio, un estado de peligro, - que llama la atención en el campo jurídico, ya que alarma y que por ello, la actividad que comprende toda tentativa de estos lineamientos, viene a ser punible.

3.- Tentativas Acabada e Inacabada.

Aquí en este punto, es necesario hablar de otras figuras que por estar muy relacionadas con las clases de tentativas a estudio, es imprescindible mencionar las.

Ya sabemos que todo delito se integra en su mayor parte, por acciones, claro que en algunos específicos son por omisiones o abstenciones, pero en los primeros, las acciones se suceden en momentos físicos, y que en muchas veces no se dan en toda su magnitud, si no que quedan incompletos porque no ha sido el cauce normal el que han seguido, no produciéndose lo deseado por el ejecutor.

La formación completa de tales momentos, se pueden dar tanto objetiva como subjetivamente, porque se pueden presentar los momentos de la acción, pero el resultado esperado no llega, en dado caso que se dé, se presenta en menor intensidad, es decir, el daño no se produce completamente.

De tal distinción, apareció por una parte lo que se conoce con el -- nombre de delito consumado, y que se forma cuando se agotan todos los actos que -- se requieren, dando lugar al resultado deseado y previsto por la ley penal; y por --

otra parte, el delito frustrado, que se distingue de la tentativa, en que si bien en la última, la actividad ejecutiva es imperfecta porque no se ha llevado a cabo totalmente, en la frustración el agente activo produce todos los actos que son subjetivamente necesarios para producir el resultado, pero el cual no se da por otras circunstancias; se le llama también delito imperfecto, precisamente por la imperfección en el daño, en caso de que se dé.

Ambos, tentativa y delito frustrado, requieren actos de ejecución, pero en la primera sólo se dan unos cuantos de los necesarios para llegar a la consumación de lo deseado, y en cambio en el segundo, se dan todos los actos ejecutivos que se precisan para producir el daño, pero que inexplicablemente no aparece la consumación.

Así pues, de esta manera aparecen las figuras de las tentativas acabada y de la inacabada, estimándose según Edmundo Mezger que la distinción entre ellas "no se refiere al resultado del acto, sino al término de la actividad desplegada".²

En la tentativa acabada se han dado todos los actos que se necesitan para consumir el delito, pero no se produce éste debido a factores extraños y ajenos a la voluntad del sujeto activo.

En la tentativa inacabada, se han llevado a cabo algunos pero no todos de los actos que se requieren para llegar a la consumación del delito, y lógicamente no se da la misma.

Para el autor antes citado, lo fundamental para su distinción, lo viene

² Edmundo Mezger, obra citada, en el libro La Tentativa de Francisco Pavón Vasconcelos, pág., 21.

a ser la resolución que adopta el agente, ya que de esa manera se puede llegar a indagar si él ha o no efectuado todo lo que de su parte es necesario para llegar a la consumación.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- J. Ramón Palacios. La Tentativa. Editorial Porrúa, México.
- 2.- Edmundo Mezger, citado en la obra de Francisco Pavón Vasconcelos, La Tentativa, Editorial Porrúa, - México.

CAPITULO III

LA TENTATIVA EN LOS DIVERSOS DELITOS

1.- La Tentativa en los Delitos Culposos.

Sabemos ya que el delito consumado trae como consecuencia el originar un daño en un bien tutelado jurídicamente, y que en razón de ello, la tentativa como no comparte esa naturaleza de causar un daño, sino que su esencia radica en la inconsumación del delito, es una acción ejecutiva que llega a poner en peligro real un interés legalmente protegido.

Con la ya tanta dicha, naturaleza de la tentativa, empezaremos a estudiar si se presenta en los diversos tipos de delitos que iremos mencionando uno por uno.

Tenemos en primer lugar a los delitos culposos.

Los delitos culposos se caracterizan por una ausencia completa de in-tención delictuosa; y ésta viene a ser un elemento primordial para que pueda existir un comienzo de ejecución.

La culpa va siempre acompañada de una ausencia de voluntad, de una voluntad con intención de perjudicar; es una noción de imprevisible.

El delito culposo, se inicia cuando el sujeto descuiden su actuación, las cautelas o precauciones que debe de poner en juego para evitar la alteración o-

la lesión del orden jurídico.

En la tentativa, se requiere siempre una intención, la que se debe de exteriorizar para dirigirse a consumar un delito, utilizando determinados vehículos, que jurídicamente son los llamados actos de ejecución; y si no se presentan éstos, es decir, si no se dan los actos ejecutivos que llevan una intención de consumar un delito, es imposible entonces que se dé la figura de la tentativa, como el delito culposo comienza a vivir con la ejecución misma, no puede quedar en grado de tentativa.

Cometer una tentativa, significa lanzar nuestros propios actos hacia un determinado objetivo o fin pre-fijado, y esto no se presenta en los delitos de culpa, porque la culpa siempre presupone una negación de voluntad, no hay voluntad, voluntad de perjudicar.

Entonces, no es posible que la tentativa se presente en los delitos culposos, ya que no hay voluntad con relación al suceso, bien porque no hay una realización material del mismo suceso.

2.- La Tentativa en los Delitos Dolosos.

En los delitos dolosos, siempre se presupone una voluntad dañina, es decir, al revés que los delitos culposos, hay aquí una intención del sujeto a cometer una violación al bien que se tutela.

Ya existen actos ejecutivos que si se dan todos los necesarios, se llegará hasta la etapa de la consumación.

Aquí si se presenta la tentativa, porque podrán empezarse a dar los actos ejecutivos que están encaminados a producir el daño, pero que por diversas

circunstancias no aparecen los restantes actos ejecutivos; hay una voluntad manifiesta a lesionar un bien jurídico.

3.- La Tentativa en los Delitos Materiales.

Los delitos materiales, son aquellos que para su integración, se requiere de la producción de un resultado objetivo o material, es decir, que se pueda ver, palpar; ejemplo de ellos, es el homicidio, el robo, etc.

Por las consideraciones anteriores, por la misma naturaleza del delito, en donde se presentan actos ejecutivos, perfectamente se forma la figura delictiva de la tentativa.

4.- La Tentativa en los Delitos Complejos.

La figura jurídica de este delito, consta de la unificación de dos infracciones, cuya fusión da nacimiento a una nueva figura, superior en gravedad a la de que las componen, tomadas aisladamente.

Los tipos integrantes que se forman al fundirse, uno nuevo, requieren a su vez de actos ejecutivos, por lo que al igual que en los delitos materiales, es factible que se presente la tentativa en un delito complejo.

5.- Los Delitos que no la admiten.

Los delitos que no la admiten, son en primer lugar los delitos culposos, puesto que en ellos no existe una voluntariedad en la ejecución de los actos, elemento de formación en la tentativa.

En la culpa hay una falta de previsión del efecto, resultado de la acción u omisión.

En los delitos preterintencionales, en donde el dolo se encuentra ausente con relación al resultado, al no aceptar nuestro código la preterintencionalidad, no es posible tampoco que haya tentativa de los mismos.

En aquellos delitos, en donde la manifestación externa de la idea, típica al delito, que son los llamados de ejecución simple, no se da la tentativa, puesto que en un solo acto, ejecución, expresión verbal, se consume el delito; - ejemplo de ellos, tenemos a los delitos de atentados al pudor, injurias y uso de documentos falsos.

Corroboro lo anterior con lo expresado por Manzini, al decir que "la tentativa no es posible en los delitos de ejecución simple porque no es posible escindir su proceso ejecutivo; y en los delitos en los cuales lo que constituiría la preparación o el material de la tentativa de un delito mayor, es inculcado como delito consumado por si mismo".¹

Los delitos que se integran en el instante en que se omite la conducta esperada al presentarse la condición o el requisito que precisa la ley para que se actúe, y no se obra, no admiten la tentativa, ya que como dice Pavón Vasconcelos, - "no hay un antes en que pueda empezarse a omitir la acción esperada".²

En suma, los tipos de delitos que no admiten la tentativa son:

- 1.- Los delitos culposos.
- 2.- Los delitos preterintencionales.
- 3.- Los delitos de ejecución simple.

¹ Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Ediar, Buenos Aires, 1949, Traducido por Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier, pág. 224.

² Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial - Porrúa, S. A., México, pág. 428.

4.- Los delitos de omisión simple.

Y los que si la admiten vienen a ser:

- 1.- Los delitos dolosos.
- 2.- Los delitos materiales.
- 3.- Los delitos complejos.
- 4.- Los delitos de comisión por omisión.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA.

- 1.- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Ediar Buenos Aires, 1949, Traducido por Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier.
- 2.- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano. Editorial Porrúa, S. A., México.

CAPITULO IV

LA TENTATIVA EN EL CODIGO FISCAL

1.- Concepto.

Como la tentativa es una figura delictiva, un delito, vamos a ver -- que dice el Código Fiscal, acerca de los delitos que regula y a los que se les conoce con el nombre de delitos fiscales.

El Código Fiscal anterior al actual, que entró en vigor el 1o. de -- Enero de 1939, y que fue derogado por el actual, (cuya vigencia se inició el 1o. -- de abril de 1967), contenía en el Título Sexto, un solo capítulo (Capítulo I) con cinco preceptos que regulaba a los que llamó delitos fiscales, a través de disposicio nes generales.

En su primer artículo, número 237 expresaba que los delitos fiscales -- solamente pueden ser de naturaleza de comisión intencional; es decir, que se tradu-- cen en actos, consciente el sujeto de que lo que hace y ejecuta, contraría a lo es-- tipulado en las leyes fiscales.

Aceptaba que en los delitos de comisión intencional, existen los de -- comisión por omisión, como en el caso de que una persona que está obligada a pa-- gar los impuestos que debe de cubrir con arreglo a las leyes fiscales, intencionalmen-- te, a sabiendas de que tiene que hacerlo, no entrega o registra los ingresos que -- efectivamente ha percibido, y que por ellos tiene que pagar una determinada canti--

dad, llamado por el artículo 239 con el nombre de delito de comisión por omisión - de impuesto.

En este delito, el código autorizaba no a las autoridades judiciales, - sino a las administrativas para que procedieran a hacer efectivos los impuestos que - han dejado de cubrirse, pero al mismo tiempo que se procede para recuperar esa can- tidad, podrá aplicar solamente sanciones administrativas.

Procuraba siempre en primer lugar en la persecución de los delitos fi- cales, que se satisficiera el interés fiscal burlado (artículo 240).

A su vez, daba la más amplia aplicación del Código Penal no dice - cual, pero se entiende que se refiere al del Distrito y Territorios Federales, en lo - que no estuviera previsto en el capítulo que estamos comentando, y que como casi - no dice nada, entonces, se aplicaba extensamente la legislación penal ordinaria.

En los demás capítulos que siguen, regula cada uno de los delitos fi- cales siguientes, expresando sus tipificaciones y penas, siendo los de Contrabando, - inscripción ilícita en el registro fiscal de causantes, de la falsificación de matrices, punzones, dados y timbres, del uso de timbres falsificados, de la defraudación, de la elaboración de productos y comercio clandestino y del rompimiento de sellos; cada -- uno de ellos con sus respectivos capítulos.

Haciendo un examen sobre todos y cada uno de los preceptos que regu- lan el Título Sexto del anterior Código Fiscal, de los que se refieren a los delitos - fiscales, el único precepto que se refiere a la tentativa, el número 244, pertenece - al cuerpo que regula al delito de contrabando y no a otros.

En él no menciona de manera expresa el concepto de Tentativa en el-

delito de contrabando, sino que dice que son penalmente castigados, determinados - actos que se dirigen a consumir el contrabando.

Y ya no encontramos algún otro precepto que se refiera al concepto de tentativa; dando entonces a entender que solamente en un tipo de delito fiscal, - el contrabando, se puede presentar la figura delictiva de la Tentativa, y que en los restantes delitos no siendo entonces únicamente punibles los actos ejecutivos que pueden dar lugar a la consumación y los que iban directamente a formar totalmente con todos sus elementos el delito tipificado, pero que por diversas circunstancias el proceso de consumación queda truncado.

Porque, para mi criterio si el Código a examen, hubiera querido que la Tentativa se presentara en forma general, bastaría con que insertara en el Capítulo I del Título Sexto, un precepto en donde rezara que serían punibles los actos que llenaran los requisitos que marca el artículo 244 y que se refieran a aquellos delitos que por su naturaleza permitieran la presencia de la Tentativa, o bien de que en -- sus respectivos capítulos insertara un precepto similar al 244.

No olvido que lo que marca el artículo 241, de que todo lo no previsto en el Título Sexto se aplicarían las reglas consignadas en el Código Penal; pero aquí ya hay una previsión en lo que respecta al delito de contrabando para el delito de Tentativa, y en los demás delitos, castiga solamente los actos ejecutivos que conducen a la consumación o bien los de omisión con el mismo resultado, y no permite que exista delito de tentativa de los mismos y mucho menos que sean punibles.

Ahora analizaremos las características que deben de reunir los actos - que integran la Tentativa en el delito de contrabando según el Código anterior.

Exige en primer lugar que sean actos idóneos, es decir efectivos, -- operables y eficaces para producir el resultado hacia el cual se encaminan; se descartan aquellos que son ineficaces, no aptos para lograr el objetivo pretendido.

En segundo lugar, que tales actos, sin que dejen lugar a dudas, vayan directamente a consumir el delito de contrabando; es decir, aquí entra un elemento subjetivo, de que el agente al utilizar los actos eficaces lo haga con la mira de efectuar el contrabando de los objetos que prohíbe la ley fiscal, en lo que para su introducción o salida del país, es necesario cumplir con los requisitos que se exigen; y como cosa aparte, dice que también serán punibles los actos ejecutivos que -- principian a dar lugar al delito de contrabando o bien el conjunto de actos que en circunstancias normales llegan a darnos la consumación de él, pero que por diversas circunstancias que son completamente ajenas a la voluntad de la gente, impiden que se dé el contrabando.

Allí se dan todos los pasos, pero el trabajo o la operación queda inconclusa en la fase final, por motivos no previstos por el sujeto activo.

Podemos concluir que los elementos de la Tentativa aquí, solamente para la figura del delito de contrabando, se pueden resumir en los siguientes:

- a) Actos idóneos, eficaces que utiliza el agente. (Elemento objetivo).
- b) Que estos actos se encaminen exclusivamente a efectuar el delito de contrabando, y no a otra finalidad. (Elemento subjetivo).
- c) Será Tentativa del delito de contrabando, el principio de ejecución del mismo, que se detiene por determinadas circunstancias, siendo por lo tanto punible; no se exige la consumación, sino que basta que el agente empiece a ejecutarlo, para que se le castigue penalmente.

d) Será igualmente Tentativa del delito de contrabando, no solamente un principio de ejecución del mismo, sino todo el procedimiento que se requiere para producirlo, pero que faltando únicamente la espera del resultado, éste no se produce por circunstancias completamente ajenas a la voluntad del actor.

Estos son los únicos elementos que integraban la Tentativa en el delito de contrabando, no apareciendo en los demás preceptos, alguno que hablara sobre ella.

Entramos ahora, a estudiar que es lo que dice nuestro actual Código Fiscal, en relación con el tema que nos interesa.

El primer cambio que apreciamos es formal, ya que solamente en un capítulo (IV) del Título I, regula todos los delitos fiscales, eliminando el capítulo de las disposiciones generales y de que cada delito en especial tuviera su propio capítulo.

En el artículo 45, su contenido repite lo que establecía el anterior código, al expresar que es operante la aplicación supletoria en lo no previsto por ella, del Código Penal.

Y al hacer un recorrido de análisis sobre todos y cada uno de los preceptos que contiene el Capítulo IV, el único que se refiere a la Tentativa, lo mismo que el anterior, es el que se encuentra relacionado con el delito de contrabando, al decirnos la norma número 48, que son punibles aquellos actos que se encaminen a cometer o producir el contrabando; el principio de ejecución del mismo; y todos aquellos que pudieran producirlo, pero que no lo consumen por motivos completamente ajenos a la voluntad del agente.

Su contenido es exactamente igual a lo expresado por su sucesor, cambiando únicamente una palabra, la de que no exige la idoneidad de los actos, sino simplemente que ciertos actos se encaminen a producir el contrabando. Tiene por lo tanto los mismos elementos que exigía el artículo número 244 del Código derogado.

Estimo que, para evitar redundancias en el enunciado de lo que se entiende por Tentativa en el delito de contrabando, es suficiente con que se diga que es punible el principio de ejecución del mismo, muy diferente a la consumación, que ya es una figura aparte, llamado delito de contrabando.

Porque en la realización de actos encaminados a cometer el contrabando, y la realización de todos los que se necesitan para producirlo, pero que no se da por ciertos factores ajenos al camino normal, existe un principio de ejecución; - claro que en el segundo caso, es más avanzado, pero siendo de todas maneras un -- proceso ejecutivo, mientras no se dé el resultado esperado, y que en caso de darse pasa a ser un proceso completo, que se corona con la consumación.

Vemos, que tal exposición se encuentra en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, al exigir para su punibilidad, la ejecución de hechos que en forma directa e inmediatamente pudieran realizar la comisión de un delito, pero que no sucede así, por presentarse causas totalmente independientes de la voluntad del actor, que estorban el proceso normal de ejecución.

Podemos concluir, que para el actual código fiscal, solamente para - un sólo delito, contrabando, se podrá presentar la tentativa, y en los demás no.

Y que el elemento primordial que forma la Tentativa en el delito de contrabando es:

Su contenido es exactamente igual a lo expresado por su sucesor, cambiando únicamente una palabra, la de que no exige la idoneidad de los actos, sino simplemente que ciertos actos se encaminen a producir el contrabando. Tiene por lo tanto los mismos elementos que exigía el artículo número 244 del Código derogado.

Estimo que, para evitar redundancias en el enunciado de lo que se entiende por Tentativa en el delito de contrabando, es suficiente con que se diga que es punible el principio de ejecución del mismo, muy diferente a la consumación, que ya es una figura aparte, llamado delito de contrabando.

Porque en la realización de actos encaminados a cometer el contrabando, y la realización de todos los que se necesitan para producirlo, pero que no se da por ciertos factores ajenos al camino normal, existe un principio de ejecución; — claro que en el segundo caso, es más avanzado, pero siendo de todas maneras un — proceso ejecutivo, mientras no se dé el resultado esperado, y que en caso de darse pasa a ser un proceso completo, que se corona con la consumación.

Vemos, que tal exposición se encuentra en el artículo 12 del Código Penal para el Distrito y Territorios Federales, al exigir para su punibilidad, la ejecución de hechos que en forma directa e inmediatamente pudieran realizar la comisión de un delito, pero que no sucede así, por presentarse causas totalmente independientes de la voluntad del actor, que estorban el proceso normal de ejecución.

Podemos concluir, que para el actual código fiscal, solamente para — un sólo delito, contrabando, se podrá presentar la tentativa, y en los demás no.

Y que el elemento primordial que forma la Tentativa en el delito de — contrabando es:

Un principio de ejecución del delito de contrabando, principio que se puede manifestar de tres maneras, a saber:

a) Un principio de ejecución del delito referido, que puede consistir en un sólo acto.

b) En varios actos que van encaminados a la realización del delito de contrabando, lo que es también un principio de ejecución del mismo.

c) Y en el agrupamiento de todos los actos que realiza el sujeto, y que en condiciones normales da lugar al delito de contrabando, pero que intervienen circunstancias que el sujeto activo no ha previsto, las que entorpecen el cumplimiento de todas las fases que requiere la comisión del delito, en este caso el contrabando.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- 1.- Código Fiscal de la Federación del 1o. de Enero de 1939.
- 2.- Código Fiscal de la Federación actual, que entró en vigor el 1o. de Abril de 1967.
- 3.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales.

CAPITULO V

1.- Concepto de Contrabando.

Quiero comenzar el capítulo hablando algo sobre la naturaleza del delito de contrabando, el ver a que tipo de delitos pertenece, el porqué ha sido en cuadrado en la legislación penal, y en forma somera cuales efectos producen los delitos a los que pertenece, en el desarrollo económico del país en que se cometen.

El delito de contrabando no pertenece de ninguna manera a tipo de delito ordinario, sino a otros, de tal manera, que se encuentra regulado en un ordenamiento legal distinto a la legislación penal común, llamado Código Fiscal de la Federación, y por lo tanto los hechos delictuosos que considera y regula, se les conocen con el nombre de delitos fiscales. Veremos a continuación porqué se les denomina delitos fiscales y en que se distinguen de los ordinarios regulados por otros códigos.

Para contestar a ellos, que son importantes para conocer su verdadera naturaleza de los delitos fiscales, y conocer el concepto de contrabando, me permito hacerlo de la siguiente manera.

Todo país precisa de una economía financiera que se traduce en una economía de ingreso y a la vez de gastos, la cual, la primera de ellas, los gobiernos se encargan de formarla a través de las aportaciones que hacen al Estado; obliga

ción que se acrecenta a medida que aumentan las necesidades que el Estado debe de satisfacer.

Frente a tal situación, en donde nos vemos cada vez más ajustados y presionados para cumplir con las cargas fiscales que van creciendo más y más, e impuestas por el Poder Público, tenemos una reacción que se traduce en no acatar el cumplimiento de tales obligaciones o a la vez tratar de obtener el pago de esas cantidades en proporciones menores.

Pero a su vez, el Estado reacciona también para evitar que sus ingresos disminuyan, lo hace de diversas maneras, ya sea actuando al imponer su poder coactivo, tanto en la vía administrativa como en la penal, creando para ello figuras que las considera delictuosas, refiriéndose especialmente a los medios de que echan mano los causantes para evitar o disminuir el cumplimiento de las cargas fiscales.

Haciendo un poco de historia, al examinar el aspecto tributario, vemos que durante el México Independiente existía una mala organización de la Hacienda Pública; tanto porque no teníamos un conocimiento lo suficientemente adecuado en materia fiscal, así como por la situación de intranquilidad que privaba en la nación, por los constantes movimientos armados que sufrimos, aunado con la inmoralidad en el manejo de los fondos públicos.

Las consecuencias sociales y jurídicas que se ocasionaron, fueron el abuso impositivo de las diferentes corrientes políticas; descrédito en la seriedad del régimen tributario, produciéndose el efecto de que los gobernados se rehusaren a pagar las cargas fiscales que se les fijaban, o para decirlo en otra forma, aumentaron las maneras de eludir las obligaciones tributarias, se presentó un creciente índice de casos de defraudación fiscal.

En el México Revolucionario, a partir de 1910, no se pudo eliminar la corrupción de los funcionarios responsables en el manejo de los fondos públicos, volviéndose a caer en el mismo error.

El gobierno preocupado por lo anterior, en 1948 a iniciativa de un Ministro, el de Hacienda, señor Ramón Beteta, expidió y ordenó la obligatoriedad de una ley en donde tipificaba nuevos delitos tendientes a reprimir el estado de cosas que prevalecía, por la intensa defraudación fiscal, es decir, aparecieron nuevos delitos denominados fiscales, teniendo como sanciones no solamente las de tipo administrativas, sino también penas privativas de la libertad.

Se han ido modificando poco a poco las normas que regulan este tipo de delitos, las que entre ellas está la del contrabando, para que, según a decir de los juristas, se ajusten a la realidad, pero aún a pesar de esa sana intención, podemos decir con cierta seguridad que no se han obtenido los resultados esperados, como los de moralizar tanto al causante para que cumpla con sus obligaciones fiscales, como a los funcionarios públicos corrompidos en el manejo del fisco.

En este tipo de delitos, no se persiguen los mismos fines de represión de los demás delitos, ya que en los fiscales, lo que interesa en su castigo es que los causantes entreguen la cantidad que han omitido hacerlo, y cuando lo hacen, aún abierto el proceso, procederá la terminación del mismo, debido a que se sobresee al solicitarlo el Estado por conducto de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (Artículo 43), mecanismo que no funciona en las demás clases de delitos, ya que una vez cometido la hipótesis prevista legalmente se sufren las consecuencias que ella misma marca.

Los delitos fiscales se encuentran regulados dentro del actual Código Fiscal, en el Título IV, Capítulo IV, estando además todo lo referente al sistema impositivo, como lo son nuestros deberes y derechos con el fisco, casos en los que estamos obligados al pago, la manera en que debemos de hacerlo, los términos, las autoridades facultadas para exigimos las obligaciones, etc.

Como vemos no hay un verdadero Código Penal Fiscal.

De todos los delitos que regula, dos de ellos son los más frecuentes y graves por sus consecuencias, siendo los delitos de contrabando y el de defraudación fiscal.

Estudiaremos pues, en qué consiste, rápidamente, el delito de contrabando.

El concepto que de él da el Código Fiscal actual, es:

El de realizar cualquiera de estos dos tipos de acciones, como lo son el de introducir o internar al país ciertos objetos, o bien sacarlos del mismo, sin haberse llenado determinados requisitos legales exigidos (artículos 46, 47 y 54).

Los objetos u artículos a que se refiere, vienen a ser todos aquellos - objetos, efectos y mercancías que para poder internarse al país o salir de él, hay necesidad de pagar al Estado, determinados créditos fiscales, y el de obtener en su caso, permiso para ello, es decir, que no estén prohibidos su entrada o salida.

Dichas mercancías pueden ser tanto nacionales como extranjeras, debiendo precisamente a que existe una acción de internar mercancías extranjeras o bien sacar del país objetos nacionales, sin los requisitos necesarios legales.

El Código Fiscal estima en su artículo 51 como delito similar al contra

bando, porque lo sanciona con las mismas penas, a ciertos casos, en los que cuando una persona adquiriera o tenga en su poder mercancías extranjeras, que sin ser para sus usos personales, las disponga para venderlas, sin justificar su legal procedencia, o trate de justificarlas con factura que corresponda a otras mercancías, en su fracción IV, se refiere a sacar del país mercancías, ocultándolas de cualquier forma, considerando al respecto, que no había necesidad de mencionarlo, ya que la hipótesis recae en los casos que prevén las fracciones I y V del artículo 46, la fracción I y II del artículo 47, pero que quizás se refiera a las distintas maniobras que realice el sujeto activo para eludir la ley, en la salida de las mercancías del país y que sean distintas a las señaladas por las anteriores normas jurídicas; al funcionario público que dé su consentimiento para que se internen al país vehículos sin que se hayan obtenido los permisos respectivos de la autoridad federal competente, o bien ayude sin cubrir lo anterior, a proporcionar documentos o placas del vehículo, colabore a su inscripción en el registro de automóviles. Aquí la modalidad se refiere a la clase de persona que coadyuva a cometer el delito, siendo cualquier funcionario público (fracción V).

Se refiere también al poseedor de vehículos extranjeros sin que comprueben su legal importación al país o la autorización legal con la distinción para el caso similar general del artículo 46 fracciones III y IV, de que sean modelos correspondientes a los últimos cinco años (fracción VI).

La fracción VII, se refiere no ya al responsable de la introducción o al poseedor del vehículo, sino al que lo enajene o bien al que lo compre en esas condiciones, y que sean introducidos temporalmente; de la misma manera a quien -

venda o quien compre vehículos importados definitivamente, que circulen solamente en las zonas o perímetros libres o provisionalmente en las fronteras, si no se reúne la calidad de residente de las mismas. Aquí, es una modalidad porque el sujeto ac tivo está usurpando una calidad que otorga ciertos beneficios, los cuales está gozán do los sin corresponderles (fracción VIII).

El artículo 54 regula el mismo caso de importación o exportación de mercancías al país ilegalmente; pero aquí se refiere en especial a los objetos cuyo comercio se les conoce con el nombre de tráfico internacional. Repite en su segun da parte lo de los automóviles cosa innecesaria, así como de que no se presenten la documentación para justificar la legal importación y estancia en el país. Se especi fica la pena con un mínimo de seis meses y un máximo de 12 años de prisión, - - aumentándose en caso de que estando restringida la importación o la exportación, no se haya pagado el impuesto aduanal, con una pena de una tercera parte de la que se refiere en el artículo 53.

Al igual que ciertos delitos del orden común, se califica el contraban do cuando hay violencia física o moral en las personas, intervengan en su ejecución de tres personas en adelante, si el agente o agentes portan armas, si se realiza de noche o en un lugar inhábil, si el sujeto activo se hace pasar como funcionario pú blico, o siéndolo no esté en funciones, cuando se utilice falsa documentación, cuan do se violen sellos o candados fiscales y la operación se ejecute o consume en un campo de aterrizaje clandestino (artículo 56). Para la aplicación de la pena, se si gue la regla de que se aumenta hasta tres años de prisión, a la que le corresponde si fuere normal (artículo 57).

A quienes, una vez que se haya ejecutado el contrabando, cooperen para ayudar al agente activo o entorpezca las investigaciones de las autoridades y en las demás situaciones previstas por el artículo 50, se le aplicará una pena que oscila desde los tres días hasta los cuatro años de prisión.

2.- Elementos del delito de contrabando.

Haciendo un análisis de todo lo que hemos dicho en el apartado anterior, podemos decir que los elementos que tipifican este delito, por encontrarse en forma constante son:

1.- Una acción que se traduce en dos aspectos: el de internar al país mercancías o bien sacarlas de él.

2.- Cierta tipo de mercancías y no cualquier clase de objetos. Refiriéndose exclusivamente a aquellas en que para su importación o en su caso exportación, se necesita reunir determinados requisitos legales.

3.- Tales requisitos vienen a ser:

a) El pago de los impuestos que marca la ley para la importación, en su caso la exportación.

b) Internar o sacar aquellas mercancías que la ley autoriza, y no aquellas que no permite su entrada o salida. Es decir que no las prohíbe.

c) Que si bien, están autorizadas por la ley, se necesita además un permiso para ello, expedido por la autoridad competente, cuando sea necesario tenerlo.

En relación con el inciso a), la infracción se refiere cuando se omite el pago total o parcial de los impuestos o cubrir.

En los casos enterados por los artículos 47, 51 y 54 se presume que al darse las hipótesis señaladas, no se han obedecido los lineamientos que exige la ley.

En cuanto al responsable del delito, lo son aquellas personas que cometen las acciones de internación o salida del país de las mercancías que necesitan satisfacer los tres elementos que señala. Lo son también quienes en las fases de concepción, preparación y ejecución intervengan auxiliando para que se consuma; a quienes utilicen a un tercero para cometerlo.

Ciertos sujetos que realizan los actos que integran el delito, por reunir determinada calidad, se les agrava la penalidad, ya mencionamos en líneas anteriores cuales son. (Artículos 51 fracción V, y VI).

Para justificar la tenencia o la estancia legal de las mercancías extranjeras, el mismo Código Fiscal de la Federación vigente nos da los medios de comprobación, siendo:

- a) La documentación aduanal exigida por la ley.
- b) La nota de venta expedida por la autoridad fiscal de la Federa--
ción.
- c) La factura extendida por comerciantes inscritos en el registro fede--
ral de causantes.
- d) Fuera de la zona de vigilancia con una carta de porte.

En los casos de exportaciones, se justifica con los documentos que expidan las autoridades competentes, en donde se hagan constar en primer lugar la clasificación arancelaria que les corresponda, el pago de la misma, y en caso de nece--

citar otra documentación, como permiso de salida, con el mismo se justifica.

3.- Objeto.

Para su prevención, son varios los fines que se persiguen siendo los -- más importantes los siguientes:

Como el delito de contrabando pertenece a los tipos de delitos fisca-- les, estos se crearon para evitar un estado ruinoso en la economía nacional, ya que los actos que no son acatados y que los integran, vienen a ser una fuente importan-- te de ingresos para el Estado, destinados a satisfacer los servicios públicos de la co-- lectividad. Inculcar al pueblo como dice Don Luis Garrido "del bien jurídico que se protege, pues los males que ocasionan los causantes que infringen las disposiciones - fiscales (entre ellas el contrabando), dañan el patrimonio de los demás contribuyentes, desplazando ilegalmente a otros las cargas que les correspondería cubrir y que eluden por medios delictuosos"¹

Proteger al comercio mexicano, puesto que con el auge del contraban-- do, se le perjudica enormemente, ya que se produce una competencia desleal, al ven-- derse productos quizás de las mismas calidades, pero a más bajo precio, por no pagar se los impuestos que se causan y otros aspectos.

Como en el caso a estudio, gran parte de que se comete el contraban-- do, se debe a las intervenciones que tienen los empleados y los funcionarios aduana-- les, éste delito tiene también como finalidad el emprender una moralización en las ac-- tuaciones de tales funcionarios y eliminar de una vez por todas la venalidad, que nos desacredita internacionalmente.

¹ Luis Garrido, Los Delitos Fiscales, Revista Criminalia No. 6, pág. 302

Se hace también con la finalidad de tener un riguroso control sobre -- ciertos objetos, como los automóviles en que hay necesidad de inscribirlos en el Re-- gistro Federal de Automóviles.

Existen algunos más, pero considero que estos objetivos que enuncié son los más importantes que se persiguen, al castigarse los actos que integran el delito de contrabando.

4.- La Tentativa en el Delito de Contrabando.

Me toca estudiar por último como regula el actual Código Fiscal, la -- figura de la Tentativa en éste delito.

En el capítulo IV del presente trabajo me dediqué a analizar en que -- forma regulaban los dos últimos códigos fiscales que hemos tenido, la tentativa en general, y se llegó a la conclusión de que solamente para el delito de contrabando, la admitían.

Todo lo que se diga a la tentativa en el delito de contrabando, se referirá siempre al Código Fiscal vigente, y quizás no se agregue algo más de lo ya -- examinado el capítulo anterior.

El artículo 48 regula la Tentativa en el delito de contrabando, tipificán-- dola de la siguiente manera al decir que son punibles aquellos actos que se encaminen a la comisión del contrabando, así como su principio de ejecución y por último a los -- que pudieran realizarlo, aún cuando no llegue a consumarse por presentarse ciertas cau-- sas ajenas al agente, que impiden su consumación.

No requiere que los actos que se dirigen a realizar el delito de contra-- bando, sean idóneos, como lo exigía el anterior código fiscal, ya que no es necesario puesto que únicamente se exige, que los actos, ya sean uno, dos o tres, se encaminen

o apunten a consumir el contrabando.

De conformidad con todos los elementos que se dan para tipificar el delito de tentativa en el contrabando, notamos que en los elementos que dá, uno repite varias veces, y que es el referente al principio de ejecución del contrabando, puesto que en la realización de los actos encaminados a cometer el contrabando y en la producción de todos los que se necesitan para consumirlos, pero que no se dá por circunstancias completamente ajenas al proceso normal, existen en todos ellos un principio de ejecución, con la diferencia de que en el segundo caso, es más avanzado, más próximo a la etapa final, pero que de todas maneras es un proceso de ejecución, siempre y cuando no se dé el resultado esperado.

Dando una ojeada al Código Penal para el D. y T. F, especialmente al capítulo II del Título Primero, que habla de la tentativa en general, vemos que sin utilizar muchas palabras, se refiere solamente a todos los hechos que constituyen un principio de ejecución de un delito, al decir "cuando se ejecuten hechos encaminados directamente y en forma inmediata a la realización de un delito, si éste no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente (Artículo 12).

Entonces, el delito de tentativa en el contrabando, se forma su tipificación al requerirse un proceso de ejecución de tal delito, proceso de ejecución que se desdobla en dos formas, como lo marca el artículo 48, a saber:

1.- Uno o varios actos que se encaminan a producir el contrabando, -- siendo un principio de ejecución.

2.- Todos los actos que normalmente se requieren para cometerlo, pero que se presentan ciertas circunstancias, ajenas a la voluntad del agente, es decir, que no las previó, las que impiden la culminación esperada, o sea la consumación del de-

lito.

Y por último menciona como situación aparte, un principio de ejecución en la comisión del delito de contrabando; considero que ésta forma perfectamente encaja en el primer supuesto, puesto que el principio de ejecución, se integra por la realización de uno o varios actos tendientes a cometer el delito. En el segundo caso, no se exigen uno o dos, sino todos en forma total, que regularmente tipifican el delito, habiendo consumación, dándose más de un principio de ejecución.

Ahora bien, ¿cuales son los actos que tienden a tipificar el delito de contrabando, y que a su vez al darse algunos de ellos, forman la tentativa?

Sabemos que los actos que tipifican el contrabando son:

- a) internar o sacar del país ciertas mercancías.
- b) aquellas mercancías que para su entrada o salida, necesitan reunir requisitos legales.
- c) requisitos que vienen a ser, el pago de los impuestos que se requieren para su importación o exportación; que no estén prohibidos legalmente su entrada o salida y en su caso, que se obtenga el permiso correspondiente de las autoridades federales competentes.

Entonces, si no se cumplen todos ellos, se dá el delito de contrabando, pero puede ser que empiecen a formarse uno o dos actos encaminados a efectuar el contrabando, pero que se detienen. Aquí es en donde intervenimos, para decir que se forma la tentativa en dicho delito; es decir, que se ha principiado la comisión delictuosa.

Por ejemplo, una persona ha empezado a introducir al país, mercancías que la ley prohíbe, pero ella lo está empezando a hacer, valiéndose de manio-

bras, pero que lo detienen por sospechoso al querer pasarlas.

Se detiene el camino que conducía a consumar el delito, pero se le aclara al sujeto, que las autoridades han demostrado que ha efectuado pasos o actos que iban dirigidos directamente a efectuar el contrabando, y que no se siguió continuando, porque hubo un aviso anónimo de que la persona detenida, efectuaría un fuerte contrabando de las mercancías que se le encontró en su poder.

Para hacerlo más claro y objetivo, vamos a suponer que una mujer -- que va a salir a otro país por avión, decide pasar de contrabando joyas muy valiosas, que la ley del país a donde se dirige, señala una tarifa de impuestos muy alta para su importación, y que para eludir ése requisito legal, utiliza una muñeca la cual la abre, y en su interior coloca todas las joyas, cerrándola por medio de un buen trabajo de costura; y por ciertos motivos, las autoridades aduanales del aeropuerto a donde va a llegar, una vez realizado el viaje, reciben un aviso de los objetos que trae en el interior de la muñeca la persona en cuestión, por lo que deciden detenerla en cuanto baje del avión, y registrar la muñeca.

Con estos elementos ¿se habrá tipificado el delito de contrabando o el delito de tentativa del mismo?

¿Y si la mujer dice cuando declara que pensaba pagar los impuestos de importación de las joyas que traía escondidas en la muñeca? Ya que en cuanto llegara con las autoridades aduanales, sacaría las joyas y pagaría lo correspondiente ¿no se habrán precipitado las autoridades al detenerla en cuanto bajó del avión, y esperar mejor a que pasara por los trámites de siempre? ¿la señora contesta que los guardó ahí, en virtud de que tenía temor de que se los robaran?

Para poder contestar a todas estas preguntas, lo primero que tengo -- que decir es que efectivamente se ha cometido en forma indudable un principio de ejecución del delito de contrabando, por la forma tan sospechosa en que actuó la da ma. Ya que está ocultando a la vista de todos, que trae consigo misma joyas, pudiendo pasar ello, a las mismas autoridades aduanales. Elementos que exige el Código Fiscal de la Federación en su artículo 48.

Pero, podría ser que efectivamente la señora procedió de esa manera únicamente para protegerse de un robo de las joyas, y que al llegar a su revisión -- las hiciera notar. Nomás que aquí hay elementos muchos más fuerte que tumban su dicho. A menos que ella logre demostrar su verdadera intención en ése sentido, ya sea porque se lo hubiera comunicado a otra persona o a varias amigos. No debemos olvidar que uno de los elementos de la tentativa, es de carácter subjetivo, que es el de llevar a cabo algo que va en contra de las leyes.

Aquí, éste elemento es el que nos dá la pauta, para saber si hubo o no tentativa. Demostrar la verdadera intención de la señora.

Pero, si bien es cierto que las autoridades se precipitaron demasiado al detenerla en cuanto bajó del avión, y no esperaron que realizara todos los trámites legales, hay que aclarar que así lo hubieran hecho, se hubiera podido comprobar efectivamente la verdadera intención de la señora, y si hubiera pasado la muñeca -- sin decir lo que contenía, se habría cometido efectivamente un delito, una actividad delictuosa, pero que no es el de la tentativa, sino el del contrabando mismo, puesto que se ha consumado y no a quedado a medias.

Para comprobar la tentativa del contrabando, hay que analizar en con

junto todos los actos que se realizan por el agente, para ver si existe una etapa de ejecución delictuosa, así como ahondar en lo más profundo para saber la verdadera intención del agente, ya que muchas veces podemos equivocarnos.

Los sujetos responsables serán aquí quienes efectúen tales actos, que constituyen un principio de ejecución, con la mira de realizar el contrabando.

5.- La Penalidad.

Para la penalidad de la figura en estudio, la guía es lo establecido por el artículo 55, que dice que cuando se pretende ejecutar el delito de contrabando en los casos que prevén los preceptos 53 y 54, se impondrá hasta las dos terceras partes de las penas correspondientes a las que se señalan para su consumación.

Así el artículo 53 dice que si los artículos que se han internado o sacado del país, debieran de haber pagado como impuesto la cantidad que no rebase a \$10,000.00, se castigará al contrabandista con una pena mínima de tres días y una máxima de seis años de prisión. Así es que, quien ha pretendido internar o sacar del país dichas mercancías, pero que no alcanzó hacerlo, se le aplicará una pena que corresponda a las dos terceras partes como máximo de la que se hubiere impuesto en caso de consumir el delito.

Si los impuestos omitidos son de más de \$10,000.00, la pena será de seis a doce años de prisión; entonces, si se empezó a ejecutar el contrabando de este caso, el detenido podrá sufrir una pena mínima de las dos terceras partes de seis años, y una máxima de las dos terceras partes de doce años.

En caso de que no se pueda establecer el monto de los impuestos que se iban a omitir, la pena mínima será las dos terceras partes de diez días y como máximo las mismas partes de cinco años de prisión.

En el supuesto del artículo 54, se aplicará en los casos de tentativa, como pena mínima las dos terceras partes de seis meses y como máxima, dicha proporción pero de doce años de prisión.

El artículo 48, dice que son punibles todos los actos que se dirigen a cometer el contrabando, sin especificar que tipo, sino en general; así es que, cuando haya principio de ejecución o etapa de ejecución en los contrabandos que regula el Código Fiscal actual, siempre serán punibles, de acuerdo con él.

Pero el precepto número 55, da las bases de aplicación de las sanciones, solamente para los tipos de contrabando que se engloban en los supuestos de los preceptos 53 y 54, ¿y que pasa con los demás tipos de delito de contrabando que no encajan en ellos?

Para contestar a ésta pregunta, tenemos que ver si los tipos expresados en los artículos 53 y 54 engloban todos los supuestos del delito de contrabando, y llegamos a la conclusión de que sí, porque en ellos están comprendidos los elementos del contrabando, que son la omisión parcial o total en el pago de los impuestos que se deben cubrir en las importaciones y exportaciones (artículo 53); internar o sacar del país mercancías que están prohibidas, el no obtener el permiso correspondiente de las autoridades Federales, el poseer mercancías extranjeras de tráfico internacional o restringido legalmente, sin tener la documentación que justifique su legal importación y estancia en el país (artículo 54).

Los artículos que nos dicen en que casos se comete el contrabando, son el 46 y fracciones, el 47 y fracciones, el 51 que lo equipara, el 53 y el 54. En ellos se dan los elementos que tipifican el contrabando, aplicándose la norma establecida por el artículo 48.

Para terminar me permito hacer la aclaración de que el artículo 51, - que equipara sus fracciones con las del contrabando consumado, contiene dos fracciones que por un lado establece el delito consumado, pero al mismo tiempo se refiere a la tentativa del delito equiparado al contrabando, puesto que en la fracción III - dice " a quien ampare (consumación) o pretenda (tentativa) amparar con documentos o factura auténtica".; se habla entonces de pretender , de empezar a realizar algo.

En la otra fracción, que es la IV, ya no se refiere al delito consumado, sino simple y llanamente a una acción de connato, al decir que al "que pretenda extraer mercancías del país ocultándolas en cualquier forma".

Como en estos casos existen verdaderos casos de tentativa, se deben - de sacar del artículo en que están, porque se les aplican las penalidades del contrabando y no las de la tentativa, que son menores.

En los delitos de tentativa de los de contrabandos que están calificados, es natural que aumente la pena, ya que crece la penalidad en ellos por las calificativas.

Con todo lo analizado creemos que se estudió hasta donde fué posible la figura de la tentativa en el delito contrabando.

BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Código Fiscal de la Federación del 10. de Enero de 1939.
- 2.- Código Fiscal de la Federación Vigente.
- 3.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federal actual.
- 4.- Luis Garrido, Los Delitos Fiscales, Revista Criminalia, No. 6

CAPITULO VI

ILICITO ADUANAL - SU NATURALEZA JURIDICA

El ilícito aduanal, entendido como toda violación a las normas de carácter fiscal aduanal, se debe estudiar conforme a la legislación nacional, en sus formas de manifestación de infracción y delito.

Las normas que crean gravámenes a la importación y exportación de mercancías, se encuentran protegidas para el caso de incumplimiento, por preceptos legales que tipifican y sancionan las infracciones y delitos que se cometan, lesionándose la regular y normal percepción de la renta fiscal.

Sobre la base de considerar el Derecho Aduanal como una rama del derecho fiscal o tributario, se ha discutido acerca de la naturaleza jurídica del ilícito aduanal, orientándose la doctrina en las siguientes tendencias: a) Penal; b) administrativas; c) Autónomas; y d) Dualistas.

a) Tendencia penalista. Concibe el ilícito aduanal formando parte del sistema general penal, regido por las normas generales de la legislación penal y ordinaria. Bielsa ha señalado que el Derecho Penal es el único, fundado en principios generales que son comunes a todos los hechos lesivos de bienes jurídicos, dado que la norma represiva tiene por base la sanción; al omitirse en las leyes fiscales conceptos y definiciones, al menos virtuales, que expresen claramente los elementos constitutivos del ilícito penal, se tiene que recurrir a los principios del Derecho Pe

nal común consagrados en el código de la materia, en cuyo texto es aconsejable para dar certeza y unidad a la legislación, reunir las sanciones fiscales respectivas y las infracciones aduaneras. En igual sentido, Enrique R. Aftalión apunta que las numerosas infracciones, que denomina "extravagantes" porque exceden las marcas del Código Penal, exhiben un indiscutible carácter penal, ya que en lo no previsto se aplican los principios generales del Derecho Penal y del Derecho Procesal Penal.

b) Tendencia administrativa. Esta orientación sostiene que el ilícito aduanal está sometido a un régimen jurídico denominado Derecho Penal Administrativo, el cual surge como reacción a la doctrina penalista. El autor y principal sostenedor es el alemán James Goldschmidt, quien la desarrolló en una obra publicada en el año 1902, que contenía en la sección final su "Ensayo de una teoría del Derecho Penal Administrativo", en la que se postula la autonomía de esta ciencia; el jurista señala el contraste "entre voliciones libres y buen obrar social que lleva su pareja en la diferencia entre orden jurídico y administrativo, de lo cual dedujo dos tipos de ilicitud", regulados por el Derecho Penal tendiente a reprimir infracciones violatorias de deberes morales y por el Derecho Penal Administrativo cuya finalidad es eliminar las trabas a la realización del bien público, surgiendo en este caso la pena como reacción del poder punitivo autónomo de la administración, contra el particular que no colabora adecuadamente a sus propósitos; define el Derecho Penal Administrativo como "el conjunto de aquellas disposiciones mediante las cuales la administración estatal vincula a la transgresión de una disposición administrativa". Robert Goldschmidt, siguiendo los lineamientos marcados por su padre, distingue entre delito criminal, que es la inobservancia a los intereses pertenecientes a una persona individual o a una comunidad de personas e infracción penal administrativa, que viola

el deber de obediencia establecido en interés de la conveniencia social y de los -- principios creados para ampliar las tareas de la administración.

c) Tendencia autonómica. Fernández Lalanque, señala dentro de esta postura que con motivo del carácter especial de las infracciones fiscales se formó el Derecho Penal Tributario, tronco del Derecho Penal Aduanal, el cual constituyen -- una disciplina autónoma, que por la especialidad de sus infracciones queda desvincu-- lado en forma total de las otras ramas del Derecho Público, como el Derecho Penal-- y el Derecho Administrativo. Es conceptuado como aquella rama del Derecho Públi-- co que estudia los delitos de carácter tributario, esto es, las infracciones a precep-- tos especiales que obligan a los residentes de un país a contribuir a las necesidades de la colectividad.

d) Tendencia dualista. Fonrauge coloca dentro de esta postura las ideas del Dr. Dino Jarach, quien define el Derecho tributario Penal, al que denomina de -- esta manera y no Penal Tributario porque considera que las normas no se han separa-- do del Derecho Penal para adquirir la otra calificación, sino que son normas penales que siguen perteneciendo a las ramas con las que mantienen conexiones teleológicas, como "el conjunto de normas jurídicas que definen las penas correspondientes". Esti-- ma que las violaciones a normas del Derecho Tributario por parte de los sujetos pasi-- vos constituyen algunas veces ilícitos penales, cuya sanción es la pena criminal, en otros casos es una pena característica del Derecho Tributario, la sobretasa. Amplian-- do un poco la anterior consideración, afirma que en la mayoría de los países las in-- fracciones fiscales se sancionan pecuniariamente, mostrando dos modalidades: la prime-- ra consiste en aplicar múltiplos o submúltiplos del crédito fiscal creado, y la segun-- da se basa en sanciones pecuniarias desvinculadas de la obligación tributaria, la ra--

zón en este último caso" no es el incumplimiento de la obligación tributaria, sino - otras conductas antijurídicas que la doctrina agrupa en la figura de la violación de los contribuyentes, responsables y aún terceros de colaborar con la autoridad adm-- nistrativa con el fin de facilitar el cometido de pesta en la relación del derecho tri__ butario". En otros Ordenamientos -dice- se encuentran penas privativas de la liber__ tad personal del infractor, denominándose arresto, prisión o cárcel, con grados distin__ tos de severidad y con sanciones accesorias.

No es la naturaleza de la pena, pecuniaria o privativa de la libertad lo que caracteriza al ilícito tributario, no es posible afirmar que sea penal cuando - la sanción sea restrictiva de la libertad o que no lo sea cuando estemos en presencia de una sanción pecuniaria, ya que por una parte, el ilícito tributario cualquiera que sea la naturaleza de la sanción será ilícito penal, y por la otra el delito tributario - no se diferencia ontológicamente ni históricamente del delito penal común, puesto que la idea penal se encuentra en una infinidad de instituciones de las ramas jurídicas y es el Derecho Penal propiamente dicho, el que se ha separado formando una rama autó__ noma, pero con ello no ha monopolizado la idea penal o el derecho sancionatorio. - "Lo cierto es que hay penas en todo el ámbito del derecho y todas las normas que - definen ilícitos penales, o sea, sancionados con penas, son ontológicamente derecho penal, aún cuando no hayan ido a formar parte de la rama emancipada derecho pe__ nal".

En el ámbito de la norma fiscal, el ilícito asume distintas formas, se__ gún se le ubique en el sistema del derecho positivo al configurarse la violación, de__ terminándose el carácter de la transgresión en atención al contenido de la sanción -- prevista por la ley para el caso supuesto. Será posible establecer, según el mencio__

nado criterio orientador, si el hecho o el acto contrario al precepto jurídico constituye ilícito o delito tributario: para la represión del primero se aplicará la norma sancionatoria administrativa y para el segundo la norma penal.

Según esta tendencia, debe entenderse por ilícito tributario, toda violación de las leyes de la cual surge para el transgresor la obligación de pagar una suma de dinero en favor del Estado o de otro ente público. Constituye delito tributario toda violación de una norma contenida en las leyes fiscales, para la cual se establece una pena prevista por el Código Penal. Spinelli reemplaza la expresión "violación de una norma contenida en las leyes" por "violación de la relación jurídico-tributaria", para desvincular la definición de su nexa con la ley y referirla al fenómeno tributario que es vínculo sustancial, ya que es una conexión formal.

2.- EL CONTRABANDO. SU NATURALEZA JURIDICA.

Habiendo analizado la naturaleza jurídica del ilícito aduanal como parte integrante del ilícito tributario o fiscal, conviene precisar en consecuencia, cual es la naturaleza del contrabando, debiendo aplicarse todo lo dicho en relación al ilícito aduanal, señalando únicamente a manera de conclusión lo siguiente: para algunos autores, el contrabando pertenece al ilícito fiscal, es una infracción tributaria que forma con las restantes manifestaciones de evasión tributaria, un todo orgánico e inseparable del régimen general de la tributación; así, las sanciones fiscales reprimen las transgresiones a los preceptos jurídicos que tutelan la percepción de la renta fiscal como instrumento de la política económica social del Estado.

Para otros tratadistas, las normas que regulan el contrabando, como parte integrante de un régimen represivo de actos violatorios de la ley, aplicados co

mo consecuencia de la internación o extracción de mercancías, presentan características específicas propias, particulares, sui generis, del régimen al que pertenecen, - al sistema aduanal.

Pedro Fernández Lalance amplía esta posición, afirmando que la consumación en la infracción y el delito de contrabando, se realiza con el eludimiento - del derecho de fiscalizar, a través de la Aduana, el ingreso o egreso a su territorio de cualquier clase de mercancía, cumpliéndose la política tributaria del Estado fundada en razones fiscales y de protección industrial, que establecen al tratamiento impositivo aplicable a las mercancías. "Son principalmente razones de orden fiscal o económico las que motivan la actividad vigilante de la Aduana, y de allí que el contrabando, como infracción o delito fiscal que es, al infringir las normas aduaneras tributarias que tienen su razón y sustento en la economía de la Nación, lesiona y atenta contra ella".

3. - EL CONTRABANDO COMO DELITO FISCAL

A.- LA DECLARACION DE PERJUICIOS HECHO POR LA AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que "... la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél. ..". En este precepto se consagra la función persecutoria que consiste en buscar y reunir los elementos necesarios para procurar que a los autores de los delitos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. En el concepto expresado se vislumbra un contenido y una finalidad. El primero, integrado por la realización de las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; y la segunda, implica la imposición de los delincuentes de las penas fijadas en la ley. De lo anterior se derivan las dos actuaciones que engloba la función persecutoria a cargo del Ministerio Público..

1.- La actividad investigadora, consiste en una búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan. Esta actividad es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal.

2.- El ejercicio de la acción penal, que implica un excitar al órgano jurisdiccional para que sancione un hecho estimado delictuoso. Al aludir a este pre

supuesto es menester distinguir cuatro momentos o etapas:

a).- La facultad en abstracto del Estado, para perseguir los delitos, - facultad que es permanente, indeclinable y en ningún momento puede extinguirse.

b).- La acción penal, es el derecho de perseguir que surge cuando - se ha cometido o se presume la comisión de un delito. Este derecho relacionado con el caso concreto puede extinguirse por muerte del delincuente, perdón del ofendido, prescripción o desistimiento.

c).- La preparación de la acción procesal penal, es la actividad realizada por el Estado al tener conocimiento de un hecho delictuoso, está constituida por lo que pudiera denominarse averiguación previa, ya que la finalidad estriba en - que la autoridad investigadora estime la comisión de un delito con objeto de reclamar su derecho mediante el ejercicio de la acción.

d).- El ejercicio de la acción penal o acción procesal penal, es la - reclamación del derecho mencionado ante un órgano jurisdiccional cuando se considere que el hecho investigado es delictuoso; esta facultad del Ministerio Público se -- inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de declarar el derecho en el caso concreto, y termina con el acto realizado por el - Ministerio Público que precede a la sentencia firme, esto es con las conclusiones.

Con objeto de precisar la naturaleza jurídica de las presunciones surgidas del artículo 576 del Código Aduanero, que a la letra dispone "La infracción de contrabando dará lugar, según el caso..... a la denuncia de los hechos al Ministerio Público para los efectos de las penas corporales que correspondan....." y del -- precepto 43 del Código Fiscal de la Federación, el cual establece que "Para proceder penalmente por los delitos previstos en este Código, será necesario que la Secre

taría de Hacienda y Crédito Público declare previamente que el fisco ha sufrido o -
pudo sufrir perjuicio.....", habremos de extendemos en el estudio de la actividad -
que el maestro Manuel Rivera Silva denomina "preparación de la acción procesal pe-
nal".

➤ Al proceder a la preparación de la acción procesal penal en el delito
de contrabando es necesario cumplir con determinadas condiciones: unas surgidas para
que se inicie la actividad de conocer de la autoridad investigadora, que son los re-
quisitos de procedibilidad; y otras que es preciso salvar para que el Ministerio Públi-
co Federal ejercite su acción excitando a la autoridad jurisdiccional con objeto de -
que aplique el derecho en el caso concreto, son los requisitos prejudiciales.

a) Requisitos de procedibilidad. Son condiciones indispensables para -
la iniciación del procedimiento investigatorio, admitiendo como tales a la denuncia y
a la querrela.

1) La denuncia es definida como "la relación de actos que se suponen
delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que esta tenga co-
nocimiento de ello" definición que se integra por los siguientes elementos: a) rela-
ción de actos estimados delictuosos consistente en un simple exponer lo que ha acon-
tecido; b) la relación de hechos debe expresarse ante el órgano investigador; y el -
puede efectuar la denuncia cualquier persona.

2) La querrela es "la relación de hechos expuesta por el ofendido an-
te el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del de-
lito". De la definición entresacamos los siguientes elementos: a) una relación de -
los hechos estimados delictuosos ante el órgano representativo social; b) la relación
debe efectuarse por la parte ofendida en virtud de que es mayor el interés del parti-

BIBLIOTECA CENTRAL
U. N. A. M.

cular que el daño sufrido por la sociedad; y c) debe externarse el deseo de que se persiga al autor del delito.

El presupuesto surgido del artículo 576 del Código Aduanero, referente a que la autoridad administrativa en la infracción de contrabando, deberá hacer del conocimiento del Ministerio Público Federal los hechos materia del ilícito para los efectos de las penas corporales si los impuestos de importación o exportación exceden de quinientos pesos y el responsable no cubre el importe total de la liquidación derivada del expediente surgido tan pronto le sea notificado el contenido del fallo que dicte la autoridad instructora, no puede estimarse como una querrela, en razón de que ésta es necesaria en la persecución de determinados delitos, en los cuales se lesionan primordialmente intereses privados, sin ocasionar un grave daño el interés público; en cambio las leyes tributarias son de interés público y están fundadas en la necesidad que tiene el Estado de disponer oportunamente de los recursos económicos requeridos para sufragar los gastos públicos. En la querrela el ofendido es siempre un particular que pone en conocimiento de la autoridad, por sí o por medio de un representante, la comisión de un delito del cual ha sido víctima y de su consentimiento para que se persiga al delincuente; mientras que en los delitos fiscales el ofendido es el Estado quién en uso de su potestad soberana establece de antemano los ilícitos que necesariamente deben perseguirse. En los delitos perseguibles previa querrela existe el perdón del ofendido como medio de extinción de la responsabilidad penal, en tanto que en los delitos fiscales no se da esta institución, puesto que el Estado se encuentra interesado en que el delincuente reciba el merecido castigo; ello independientemente de que por disposición expresa del Código Fiscal los procesos en los delitos fiscales, entre los cuales encaja el seguido en la figura del contrabando,

serán sobrecidos si la Secretaría de Hacienda lo solicita antes de que el Ministerio - Público Federal formule conclusiones.

Sin embargo, la manifestación de la autoridad administrativa que venimos estudiando, deberá considerarse una denuncia por tratarse de delitos perseguibles de oficio y no a petición de parte ofendida, con la peculiaridad de que si existe un expediente administrativo previo, deberá efectuarse por conducto de la autoridad aduanal por disposición expresa del dispositivo 576 del Código de la Materia; empero, el Ministerio Público Federal puede conocer directamente los hechos en relación con los cuales se presume la comisión del delito de contrabando, cuando un particular o alguna autoridad distinta de la aduanal, en el ejercicio de la "acción popular" a que -- alude la Constitución le denuncia los hechos.

b).- Requisitos Prejudiciales. Son requisitos necesarios para el ejercicio de la acción penal, aunque no para la iniciación de la averiguación previa. A fin de entender la figura tratada hemos de ilustrar nuestras palabras con algunos ejemplos: la declaración de nulidad del matrimonio, con objeto de ejercitar la acción penal contra el raptor que se haya casado con la raptada; la terminación del juicio relacionado con un delito reputado calumniosamente; la calificación de la quiebra como culposa o fraudulenta por la autoridad civil; la manifestación de la Secretaría de Gobernación respecto de extranjeros que se internen al país ilegalmente.

La declaración hecha por la autoridad aduanal por conducto de la Procuraduría Fiscal de la Federación, en el sentido de que el fisco federal sufrió o pudo sufrir perjuicio es un requisito prejudicial, en virtud de que no es una taxativa a la autoridad investigadora para iniciar la búsqueda de las pruebas a través de las cu

les se acredite la existencia del delito de contrabando, ya que esta facultad surge a consecuencia de la denuncia efectuada, sea por medio de la autoridad aduanal o de un particular, como ocurre en las condiciones de procedibilidad; sino que impide que el Ministerio Público ejercite la acción procesal penal ante el órgano jurisdiccional. A mayor abundamiento, el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación sobre este tema expresa que "la declaración administrativa de contrabando es requisito "sine qua non" para el ejercicio de la acción penal, y que en faltando ese requisito, carece de procedencia la acción persecutoria penal, prescindiendo de modo absoluto del procedimiento administrativo en el cual las autoridades del ramo podrán imponer las sanciones fiscales que estimen pertinentes, ya que la resolución judicial no prejuzga sobre la ilicitud administrativa de contrabando, sino que únicamente es animada por la resolución administrativa".

A pesar de las consideraciones hechas, algunos autores estiman que la declaratoria de perjuicio efectuada por la Procuraduría Fiscal de la Federación es un obstáculo procesal. Los obstáculos procesales son definidos por Rivera Silva como situaciones fijadas en la ley, que impiden la continuación de la secuela procesal iniciada por un tribunal", no suspenden la iniciación del procedimiento de averiguación previa penal, ni el ejercicio de la acción penal, pero impiden que el juez al descubrir su existencia siga conociendo del caso planeado. El autor citado señala que la violación a un requisito de procedibilidad, como es la falta de querrela en los delitos en que sea necesario, crea, la situación de hecho, un obstáculo procesal puesto que no puede desconocerse que el procedimiento jurisdiccional se inició. En el delito de contrabando puede presentarse esta figura, cuando ante la autoridad juzgadora se han consignado hechos que suponen la comisión del ilícito, sin embargo, existe un

impedimento para seguir conociendo es un obstáculo que es preciso subsanar para la -
continuación del proceso. Excepcionalmente puede surgir esta institución en el deli-
to de contrabando.

B.- EL DELITO DE CONTRABANDO. ELEMENTOS.

Múltiples definiciones han aprobado los estudios del derecho en torno-
al delito. Se ha dicho que es una negación, un ataque al orden jurídico penal, un
acto sancionado por la ley con una pena. Para Jiménez de Asúa decir que es un ac-
to penado por la ley y aún añadir que es la negación del derecho, supone un juicio
"a posteriori" que por ello es exacto a pesar de que nada añade a lo sabido, es una
tautología. Se ha definido al delito como "la infracción de la ley del Estado promul-
gada para proteger la seguridad de los ciudadanos, resultante de un acto externo del
hombre, positivo o negativo, normalmente imputable y políticamente dañoso". El Cód-
igo Penal considera el delito como a la conducta prevista por la norma con la apli-
cación de una sanción, reconociendo la noción que modernamente se ha dado al res-
pecto, conceptuándolo como una acción contraria al derecho, típica, culpable y san-
cionable por la ley. Presenta los siguientes elementos: una acción, antijurídica, cul-
pable, típica y punible. Acción porque es un acto u omisión humano; antijurídica -
porque ha de estar en contradicción con la norma; típica porque la ley ha de configu-
rarle con el tipo de ilícito previsto; culpable porque debe corresponder subjetivamente
a una persona y punible porque el incumplimiento de la ley está condicionado con la
amenaza de aplicar una sanción.

2).- CONDUCTA.

El ordenamiento Aduanal impone deberes, que pueden consistir en pri-

mer término en el cumplimiento de determinadas conductas, sancionándose precisamente el no realizarlas y en segundo término por el contrario, se exige al administrado abstenerse de llevar a cabo una conducta cuya realización positiva será necesariamente lo que determine la existencia de la infracción. De aquí se desprende que la infracción aduanal se produce tanto a consecuencia de una conducta positiva -acción- como de una conducta negativa -omisión-.

ACCION.

a). Acción. En sentido amplio, el término de acción está integrado por el hacer y el omitir. En sentido estricto, se entiende como un hacer activo, -- que exigirá un hacer del administrado, es decir un movimiento corporal; la acción se da frente al deber que pesa sobre el administrado de no comportarse en determinada forma, con cuyo incumplimiento se violenta el orden jurídico aduanal, es un hacer -- en claro contraste con un deber de realizar algo en determinada forma o de no verificar conducta alguna. La acción se relaciona con una norma prohibitiva mediante un hacer positivo consistente en realizar aquello que no está permitido.

b). Omisión. Se relaciona con una norma de índole imperativo que -- prescribe no hacer un movimiento corporal el cual podría producir un cambio en el -- mundo exterior, movimiento que por la inacción no se produjo. El fundamento lo -- constituye una acción pensada o esperada, ya que esa acción o conducta esperada es -- tá tipificada y exigida por un precepto legal y por el mandato de la autoridad competente, al no realizar el infractor la conducta que de él se esperaba ha dejado de -- producirse aquella alteración del mundo exterior, cuya realidad era precisamente la -- esperada por el Ordenamiento Aduanal. La infracción realizada por medio de una --

omisión es típica en las disposiciones aduanales, pero de manera alguna es la forma exclusiva de la conducta ilícita.

ANTI JURICIDAD.

La antijuricidad es el juicio que estima que la conducta o hecho ponen en peligro un bien jurídicamente tutelado o protegido. Es lo contrario, lo opuesto al derecho, pero no es la mera contradicción con la regla jurídica que en las leyes se expresa negativamente, sino que opone un contenido real o material; es decir, el derecho puede ser declarado por el Estado de manera formal al legislarlo, o bien atendándose a su contenido, a la materia tratada. Esto igualmente puede decirse de la antijuricidad ya que es formal por cuanto se opone a la ley del Estado y es material por cuanto se afectan los intereses protegidos por la ley. Estas dos consideraciones se complementan entre sí, una supone a la otra, puesto que de acuerdo a su denominación una es la forma y la otra el contenido de esa forma. Todo orden jurídico establecido en una sociedad supone un conjunto de normas que implica derechos que ejercitar y obligaciones que cumplir; el ataque a estos derechos o la violación de estas obligaciones es lo que se denomina antijuricidad material, puesto que se viola o pone en peligro la tranquilidad, la justicia, la seguridad y el bien común, a través de la transgresión de las instituciones jurídicas, de los intereses jurídicamente protegidos o al menos el atentado contra ellos. La norma va implícita en todo precepto legal derivado de los órganos legislativos, significando su infracción la antijuricidad en sentido formal, a diferencia del quebrantamiento de las normas que las leyes interpretan, que es la antijuricidad material.

TIPICIDAD

La Acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictivo, debe encajar en la figura del ilícito penal creada por la norma; es la adecuación de la conducta o hecho al tipo previsto en la ley, "es la exigida correspondencia sobre el hecho real y la imagen rectora expresada por la ley en cada especie de infracción".- El tipo corresponde al modelo en el cual se encuadran todos los casos previstos por la ley, puesto que se encuentran formado por las características o rasgos esenciales a todos ellos siempre que un comportamiento humano corresponda a ese tipo, cualquiera que sean sus particularidades será declarado como ilícito penal. La función del tipo es descriptiva de la base estructural de un grupo de ilícitos, descriptiva de algo que posteriormente deberá ser asimilado por alguna de las formas de la culpabilidad; presupone la valoración de las conductas descritas para derivarlas de la variedad de actuaciones humanas y señalar sólo aquellos comportamientos antijurídicos correspondientes al orden penal a reserva de que en la práctica se confirme o desvirtue la calificación de esa base substantiva por la concurrencia de una real antijuricidad y un elemento subjetivo de culpabilidad.

No obstante la fijación más o menos completa de todos aquellos casos previstos por la ley, en ocasiones se presentan algunos que siendo de la misma naturaleza no se hayan señalados, por imperfección de los tipos estructurados o bien por cambio en las condiciones que originan tales supuestos imposibles de haber sido mencionados en el precepto legal. Generalmente se reconoce que toda ley es susceptible de mejoramiento y debe mantener una evolución paralela a la de las instituciones, sin embargo, en ocasiones y por la defectuosa redacción de la ley o por un apego exagerado a los principios que así se desligan de su función se ha pretendido estimular una

interpretación en cierto modo extensiva respecto a las limitaciones de una determinada forma gramatical del tipo.

El sujeto activo como elemento del tipo.- A pesar de que al tratar la figura de la infracción hicimos algunas consideraciones sobre el sujeto activo, creamos conveniente tratar el mismo bajo el aspecto penal, porque ofrece peculiaridades propias que caracterizan y distinguen al delito penal de la infracción administrativa.- Siendo el primero un acto humano, la descripción esencial de cada una de sus especies debe referirse a un sujeto activo o agente. Sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable, el espíritu individualista del derecho moderno hace irrefutable este principio. Surge el problema al discutirse si únicamente la persona individual o también la persona colectiva puede ser sujeto activo en la comisión del delito, problema de la mayor importancia para el desarrollo creciente y continuo de estos entes jurídicos.

En materia civil, la ficción de la existencia de la persona moral con voluntad propia y distinta de la de los individuos que la integran y la forma en que éstos actúan a nombre de aquélla puede canalizar el pensamiento hacia la solución más simple, afirmando ser la comunidad la que delinque, pretendiendo que son sujetos capaces de infringir las leyes y de sufrir adecuadas sanciones; "así como se descubre en la mechedumbre delincuente un alma colectiva diferente de la de cada uno de los individuos que le componene", así la sanción debe aplicarse colectivamente y ser la única imponible, quedando exentos de su aplicación los socios; o bien los que se vean afectados por las penas, sean los administradores o directores de la corporación, en orden a la intervención tenida en la comisión del ilícito.

Siguiendo la corriente doctrinal y legislativa en México, estimamos que

la responsabilidad en materia penal ha de recaer en aquellos que individualmente -- realizan la actividad ilícita, sin perjuicio de que judicialmente se limite o prohíba -- el funcionamiento de la sociedad responsable y se impongan sobre su patrimonio las -- sanciones administrativas o fiscales que corresponden por su actuación, sin existir real-- mente responsabilidad penal de las personas jurídicas, "societas delinquere non potest" Si las sanciones corporales no pueden materialmente aplicarse a las personas morales, no por ellos debemos desconocer su participación en la comisión del delito, así como ocurre cuando la multa no es cubierta por un delincuente sin recursos económicos, in-- solvente; existe una responsabilidad de las personas jurídicas, independiente de la de -- los miembros participantes en la deliberación preparación y ejecución del ilícito; por -- tanto, el ente colectivo debe quedar sujeto a las normas del Derecho Penal Adminis-- trativo, sancionándosele con penas pecuniarias o con la suspensión o disolución de la negociación, quedando al Derecho Penal COmún el castigo de los individuos miembros de la sociedad que con diversas actitudes o actividades personales hayan realizado el ilícito demostrando una peligrosidad criminal propia.

4) Culpabilidad.

Una conducta es delictuosa no sólomente cuando sea típica y antijurídica, sino además culpable. Para Cuello Calón la conducta se considera culpable cuan-- do a causa de las relaciones psíquicas existentes entre ella y su autor, debe serle ju-- rídicamente reprochada. Parte Petit considera que es el nexo intelectual y emocional que liga al sujeto con el resultado de su acto. Para Ignacio Villalobos este elemento del delito implica el desprecio del sujeto por el orden jurídico y por los mandatos y -- prohibiciones que tiendes a constituirlo y conservarlo. Se manifiesta por franca opo-- sición en el dolo y por indolencia o desatención nacidas del desinterés o subestimación

del mal ajeno frente a los propios desos, en la culpa. Dos principales doctrinas se ocupan de la naturaleza jurídica de la culpabilidad: el psicologismo y el normativismo.

1) Teoría Psicologista o Psicológica. La esencia de la culpabilidad estriba en el proceso intelectual volitivo que se desarrolla en su autor, implica el análisis del psiquismo del agente a fin de investigar en concreto cuál ha sido su conducta en relación al resultado objetivamente delictuoso. Por Petit se señala que es un nexo psíquico entre el sujeto y el resultado, constituido por dos elementos, uno volitivo o emocional que indica la suma de querer, la suma de la conducta y el resultado; y otro intelectual consistente en el conocimiento de la antijuricidad de la conducta.

2) Teoría Normativista o Normativa. La culpabilidad es un juicio de reproche, requiere que a un sujeto capaz, que ha obrado con dolo o culpa el orden normativo pueda exigirle otra conducta diversa a la realizada; la esencia radica en la exigibilidad o imperatividad dirigida a los sujetos capacitados para comportarse conforme al deber.

El Código Penal, al clasificar en el artículo 8o. a los delitos en intencionales y no intencionales, se afilia a la doctrina psicológica. En la culpabilidad pueden presentarse dos grados diversos: el dolo y la culpa.

a) Dolo. En su noción más general es la intención de delinquir, admitiendo en su conciencia causar un resultado ilícito. Jiménez de Asúa lo define como la conciencia y voluntad de cometer un hecho ilícito. Elementos constitutivos del dolo son la previsión del resultado ilícito o sea de las consecuencias de la acción, y la voluntad de causación o decisión de producir ese resultado; en el dolo el agente al ejecutar el acto conoce la naturaleza de él y su trascendencia. El dolo requiere pa

ra existir voluntad, intención, fin y conciencia de la ilicitud del hecho. La voluntad es la acción en si misma, la intención es el motivo de la acción, el fin es el resultado querido y por conciencia del ilícito jurídico no debe entenderse desconocimiento de determinada ley sino conciencia de lo injusto.

b) Culpa. Es el obrar sin la diligencia debida causando un resultado dañoso, previsible y penado por la ley. Raúl Carrancá y Trujillo lo define como "la no previsión de lo previsible y evitable, que causa un daño antijurídico y penalmente tipificado". Es toda imprevisión, negligencia, falta de reflexión o de cuidado -- que produzca un daño semejante al cometido en el acto doloso. En la culpa aún -- cuando se ha previsto el posible resultado, existe la convicción de que éste no ha -- de producirse, ejecutándose precipitadamente el acto sin pensarse en los perjuicios -- que con tal actitud pudieran causarse a la sociedad; puede presentarse el caso de -- que el resultado de la ejecución no haya sido previsto por el delincuente debido a la precipitación o ligereza con que fueron tomados los acuerdos para comportarse en determinada forma, denominándose a esta situación culpa inconciente o sin representa-- ción.

El Código Penal para el Distrito y Territorios, de aplicación federal en asuntos de la competencia de los tribunales de esta índole, dispone que cuando se cometa un delito no previsto en ese Cuerpo de Leyes pero si en una Ley Especial, se aplicará ésta última, observándose las disposiciones contenidas en aquél. Por ende, - al tipificar el Código Fiscal de la Federación el delito de contrabando debe seguir -- los lineamientos marcados en el Código Penal, el cual clasifica los delitos en inten-- cionales o dolosos y no intencionales o culposos.

Por ello y si bien es cierto que antes de las reformas sufridas por el Código Fiscal de la Federación expresamente se prevía "la intención" de cometer el delito de contrabando, término que fue suprimido, no podemos concluir que la intencionalidad ha desaparecido, puesto que el Código Penal señala en su artículo 9o. -- que "la intención delictuosa se presume, salvo prueba en contrario". La presunción de que el delito es intencional no se destruye aunque el responsable pruebe que no se propuso causar el daño resultante, si éste fue consecuencia necesaria y notoria del hecho u omisión en que consistió el delito, si el imputado previó o pudo prever esa consecuencia por ser efecto ordinario del hecho u omisión y estar al alcance del común de las gentes si se resolvió a violar la ley fuere cual fuese el resultado, creer que la ley era injusta o moralmente lícito violarla, pensar que era legítimo el fin propuesto, y obrar con error respecto de la cosa sobre la que quiso cometer el delito.

5) IMPUTABILIDAD.

Para que un sujeto sea culpable requiere primeramente ser imputable, ya que la imputabilidad es la posibilidad de ejercer las facultades de conocer y querer que intervienen en la culpabilidad; es la capacidad del sujeto de obrar con discernimiento y voluntad para ajustarse a las normas jurídicas y encauzar sus actos dentro del orden legal establecido; es una cualidad psíquica en abstracto que debe tener el agente; es la posibilidad condicionada por la salud mental y por el desarrollo del autor para obrar según el conocimiento del deber existente. Para que la persona conozca la ilicitud de su acto y quiera realizarlo, debe tener capacidad de entender y de querer. Para Carrancá y Trujillo, será imputable todo individuo idóneo y apto jurídicamente para observar una conducta determinada, que posea al tiempo de la acción cul-

posa las condiciones exigidas por la ley en forma abstracta, impersonal. "Puede haber imputabilidad sin culpabilidad, pero no ésta sin aquélla y aún cuando gramaticalmente pueda decirse que un acto es imputable al sujeto, la imputabilidad o el conjunto de caracteres activos hace que tal acto se atribuya al sujeto como a su causa, no radica en el acto mismo sino en su actor, por lo cual su estudio necesariamente se vuelve hacia el agente como a su centro de gravedad se acaba, con acierto, por reconocer la imputabilidad como una calidad del sujeto".

6) PUNIBILIDAD.

Para unos autores la punibilidad es un elemento esencial del delito, para otros es una consecuencia de él. Se ha dicho en apoyo de la primera tesis, la cual es la que nos parece acertada, que no hay que confundir la punibilidad con la pena, que aquélla es la simple amenaza de aplicar ésta en caso de incumplimiento en los presupuestos señalados en la ley, ya que la noción del delito se integra no con la pena aplicada en la realidad al tipo previsto, sino tan sólo con la amenaza de la sanción, es irrelevante para la punibilidad el hecho de que la pena se aplique o deje de aplicarse. Contrariamente se ha dicho que no puede ser la punibilidad un elemento vital en el ilícito, sino debe ser entendida como una consecuencia del mismo, puesto que al considerársele de la manera anterior se da al ilícito un sello extemo y distintivo de las demás acciones.

CAPITULO VII

DIFERENCIAS DEL CONTRABANDO COMO INFRACCION ADMINISTRATIVA Y COMO DELITO FISCAL.

En el estudio de la infracción administrativa y del delito fiscal se han sustentado posiciones distintas y contradictorias al tratar de diferenciarlos, señalando que la distinción obedece a la sanción aplicada en cada uno de los ilícitos, o bien expresando que se contraponen por su naturaleza o esencia diferente. Nosotros consideramos que existen en los ilícitos estudiados diferencias no de grado sino de esencia, debiendo tenerse cuidado sin embargo al tratar de delimitarlos en razón a que el planteamiento entre ambos no debe hacerse con un criterio estricto y definitivo por existir semejanzas y paralelismos en ellos.

En apoyo de la posición primeramente apuntada, se ha dicho que no se han fijado aún diferencias esenciales entre la infracción administrativa y el delito fiscal, debiendo el científico atenerse cada vez que tiene que precisar el carácter de un ilícito a los datos dogmáticos de un orden jurídico concreto, ya que el Derecho Positivo al repartir la competencia entre las autoridades administrativas y los tribunales, no hace sino dar satisfacción a una necesidad derivada de la naturaleza del hecho sometido en cada caso. En este sentido la Magistrada Lomelí Cerezo siguiendo las ideas de Manzini manifiesta que tanto la infracción administrativa como el delito fiscal - - caen en el ámbito común del injusto culpable, teniendo un mismo origen y separándose únicamente al llegar a las consecuencias. En torno a la anterior consideración ha

ce un estudio para precisar el tipo de sanción que corresponde a cada ilícito y determinar las similitudes entre las sanciones administrativas y penales, concluyendo por afirmar que las sanciones de tipo represivo o intimidatorio se aplican al Derecho Penal Administrativo y al Derecho Penal Criminal en sus formas de expresión, como son la infracción y el delito, respectivamente, ya que al imponer la sanción en dichos ilícitos se persigue castigar al infractor sea en su patrimonio o en su persona. Sólo difieren para la autora citada, al llegar a la autoridad encargada de imponer la sanción que en el primer caso sería la autoridad administrativa y en el segundo los tribunales jurisdiccionales. En efecto, en este sentido un mismo hecho puede adoptar las calificaciones de administrativo o penal de acuerdo con la ley; siendo la autoridad encargada de aplicar la sanción la que convierta en una u otro el contenido de la norma, no diferenciándose en esencia; un hecho previsto por la ley como infracción administrativa puede en concreto adoptar nuevamente la naturaleza de un mero delito fiscal como consecuencia de la postura que asuma el legislador al crear la ley y encomendar la aplicación de la norma y la imposición de la sanción a un órgano determinado.

La distinción entre uno y otro ilícito obedece a las diferentes autoridades que aplican las normas jurídico-administrativas y las normas jurídico-penales, pues en un caso son autoridades administrativas subordinadas y en otro tribunales independientes. La separación entre ambas autoridades se ha expresado por los juristas en motivos históricos, en virtud de que entre las circunstancias contribuyentes a esta evolución en los países modernos, puede estimarse el hecho que en todas aquellas materias cuyo conocimiento se encomendó a los tribunales independientes, el interés de los particulares era más fuerte que el del Estado.

En parte nosotros estamos de acuerdo con la posición sustentada por la Doctora Lomelí Cerezo al manifestar que se trata de una sanción de carácter represivo o intimidatorio la que se impone en la infracción administrativa y en el delito fiscal, empero no coincidimos con el decir de ella al comprender únicamente para diferenciarlos la autoridad que impone la sanción, pues como apuntamos, nosotros si consideramos que entre ambas formas de ilicitud existen diferencia de esencia o naturaleza que las distinguen y caracterizan, no pudiendo confundirseles ni agruparlas en un solo casillero, reconociendo la infracción como una figura carente de individualidad, sin lineamientos propios y distintos al del delito. Estimamos que las diferencias entre la infracción y el delito se pueden subsumir en orden a una conjunción de elementos y características esenciales en los siguientes puntos:

a) Atendiendo al ordenamiento jurídico infringido. La infracción administrativa está integrada por una conducta que lesiona o desochoce el ordenamiento jurídico administrativo, integrado por aquellos preceptos contenidos en las leyes, reglamentos y circulares; el delito fiscal vulnera las normas que forman parte del Derecho Penal Común, entendiendo por tal aquellas leyes en sentido formal o material que contienen normas de carácter penal, llámese Código Penal o Código Fiscal. Este apartado necesariamente debe entenderse en forma paralela a lo expresado con antelación al hacer mención a que la infracción y el delito obedecen en cuanto a su diferenciación a las autoridades encomendadas de su aplicación, siendo precisamente en las normas referentes a los ilícitos mencionados en donde se establezca la competencia de la autoridad o tribunal que deberá imponerlas.

b) En atención al interés infringido. En la infracción administrativa se contiene una violación a los intereses cuyo cuidado se encomendó a la administración-

pública. En el delito fiscal se lesionan fundamentalmente los derechos subjetivos de la colectividad o del Estado como personas jurídicas, aunque en igual forma pueden-afectarse los intereses administrativos del Estado. A este respecto se debe hacer hin-capié en que al sustraerse la observancia a la administración en cuanto organización-del Estado, se estará ante un delito fiscal, en tanto que al infringirse la actividad -desarrollada por esa organización, estaremos ante la presencia de una infracción de -carácter administrativo. Considera James Goldschmidt que la infracción y el delito -son diferentes en su naturaleza, en virtud de que lo esencial de la primera atiende a un "lucrum cessans" y en el segundo es un "damnum emergens"; para este autor la --conducta lesiva a la administración se caracteriza por ser una omisión de prestar ayu-da precisamente a la administración estatal, la cual se encamina a favorecer o alcan-zar un fin o bienestar públicos. En la infracción existe una mera oposición a un pre-cepto creado para favorecer la actividad administrativa del Estado y en el delito hay un menoscabo en los bienes jurídicos que gozan por si mismos de la protección penal.

c) En orden al sujeto. La comisión de la infracción administrativa pue-de ser atribuida a personas físicas y a personas morales. El delito fiscal únicamente-puede ser realizado por personas físicas. Enrique R. Aftalión expresa que tal conside-ración implica admitir concepciones tradicionales según las cuales las personas jurídicas a pesar de ser responsables administrativamente por hechos ilícitos, no son susceptibles de responsabilidad penal, son consideraciones puramente doctrinarias que actualmente-se hayan en crisis. En términos semejantes escribe el Doctor Andrés Serra Rojas al ad-mitir ser partidario de las doctrinas sobre la irresponsabilidad de las personas jurídicas en materia penal, más por tradición y rutina que por propio convencimiento. A este-respecto creemos que con lo expuesto al hablar de la tipicidad como elemento del de

lito hemos, si no agotado el tema, el menos precisando nuestra postura, en el sentido de considerar no susceptible de responsabilizar penalmente a los entes colectivos.

d) En cuanto a la culpabilidad. La infracción administrativa puede existir aún cuando no concurra el dolo y la culpa como elementos de la culpabilidad siendo suficiente tan sólo la comisión de la infracción prevista en la ley. El delito fiscal requiere de un elemento subjetivo de culpabilidad en su forma de manifestación dolosa.

De lo expuesto, derivamos que existen entre la infracción y el delito de contrabando características esenciales que distinguen a ambas formas de ilicitud. Distinciones en cuanto al ordenamiento jurídico infringido, ya que en la infracción se violentan las disposiciones contenidas en el Código Aduanero y en las llamadas Disposiciones Conexas que contienen leyes, reglamentos y circulares aplicables; y en el delito se lesionan los preceptos del Código Fiscal de la Federación y del Código Penal para el Distrito y Territorios en lo referente a las consideraciones de índole aduanal. Por el interés infringido, puesto que en la infracción se violentan los intereses cuyo cuidado se encuentra en manos de la Administración Pública; y en el delito se lesionan los derechos subjetivos de la sociedad. En orden a los sujetos que realizan el ilícito, en la infracción son las personas físicas o las personas colectivas; en tanto que el delito únicamente podrá ser cometido por personas físicas. Por la sanción aplicable en virtud de que en la infracción consiste en una multa y en su caso en el decomiso de la mercancía; y en el delito se refiere a una pena corporal y al decomiso del instrumento que sirvió para la comisión del ilícito; independientemente de que judicialmente puede ordenarse la disolución de las organizaciones sociales a quienes se responsabi-

lice. Respecto a la culpabilidad, ya que para quedar perfeccionada la infracción basta la sola realización; y en el delito se precisa del dolo en su ejecución. Como consecuencia de lo expuesto, estimamos no se violenta a través de la concepción de la infracción administrativa y del delito fiscal de contrabando, el principio de que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por la misma violación legal, contenido en el artículo 23 de la Constitución Federal.

CAPITULO VIII

EL DELITO DE CONTRABANDO EN EL CODIGO FISCAL DE LA FEDERACION

a) SU DESARROLLO

Bajo el Título Segundo denominado "Disposiciones Substantivas", Capítulo IV "De los Delitos", el Código Fiscal de la Federación estudia la institución del --
contrabando.

Las cinco presunciones a través de las cuales en el artículo 46 se estima cometido el delito de contrabando, en esencia se identifican con el 570 del Código Aduanero y con los supuestos señalados en las Leyes del Registro Federal de Automóviles y de Puertos Libres Mexicanos, con la salvedad de que la figura de la tentativa a que alude la fracción V del precepto citado en último término, es tratada en el dispositivo 48 del Código Fiscal al expresar que los actos encaminados a la comisión del delito de contrabando, así como su principio de ejecución y los que pudieran realizarlos --
aún cuando no llegue a consumarse por causas ajenas al agente, serán punibles.

El artículo 47 del Código Fiscal señala diez supuestos de consumación de contrabando, presupuestos que son semejantes a los contenidos en los numerales 572 y --
573 del Código Aduanero, sin embargo, aquél con mayor técnica jurídica dispone que "se presumirá consumado el delito de contrabando, si se trata de mercancías que cau--
sen impuestos aduanales, o cuya importación o exportación está prohibida, o requiera --
permiso de autoridad competente. En el anunciado transcrito es preciso hacer resaltar

que en todos y cada uno de los supuestos señalados en el artículo es posible ofrecer pruebas, las cuales serán admitidas, calificadas y valoradas por autoridad jurisdiccional, pudiendo dar al traste con la presunción surgida de la realización del hecho.

b) LA SANCION EN EL DELITO DE CONTRABANDO.

Se dan la pena de prisión y en su caso el decomiso del instrumento del delito en la figura del contrabando.

Penal de prisión. Es la privación de la libertad, mediante reclusión en un establecimiento especial y bajo un régimen igualmente especial. La duración en la privación de la libertad varía según se trata de mercancías respecto de las cuales se omitió cubrir el impuesto aduanal, que requieran la exhibición del permiso de autoridad competente, o se trata de efectos prohibidos.

a) Cuando el monto del gravamen no exceda de diez mil pesos, la pena será de tres días a seis años de prisión. Cuando sobrepase esta cantidad, será de diez a doce años. Si no es posible fijar el monto del impuesto omitido, la pena aplicable será de diez días a cinco años de prisión.

b) Cuando las mercancías introducidas o extraídas del territorio nacional o los vehículos internados se encuentren restringidos o son de tráfico prohibido, se impondrá la pena de seis meses a doce años de prisión. En el supuesto de que los efectos restringidos se hallen además, gravados y no se hubiera cubierto el impuesto aduanal, se aumentará la pena en una tercera parte de la sanción que corresponda, conforme a la expuesto en el inciso anterior.

c) En el presupuesto de la tentativa del delito de contrabando, se impondrá como pena hasta las dos terceras partes de las establecidas para el delito con--

sumado, debiendo tener en cuenta el juzgador la temibilidad del autor y el grado alcanzado en la ejecución del ilícito.

d) Cuando se tipifique el robo de mercancías que se encuentren bajo el dominio fiscal, de importación prohibida o sujeta a permiso de autoridad competente o no se hayan cubierto los impuestos aduaneros respectivos, se aplicara la pena correspondiente al delito de robo, la cual se aumentara con prisión de diez días a cinco años. Esta agravación también se impondrá al que intencionalmente destruya o averíe mercancías ajenas colocadas bajo el dominio fiscal y por las cuales no se hubieren cubierto los tributos aduanales correspondientes.

e) Cuando la mercancía robada en el extranjero sea materia de contrabando, se aplicarán las penas que por este último delito se impongan.

2) Decomiso del instrumento del delito,. Son los bienes u objetos por medio de los cuales se comete o se pretende cometer el delito; son aquellos materiales utilizados para la comisión del ilícito. No son los bienes producto del hecho violatorio, sino los medios que sirven para la comisión del delito. Los instrumentos que sirvieron para la comisión de la infracción de contrabando no quedan afectados el pago de tributos aduanales, debiendo ser consignados a la autoridad para los efectos del comiso, de acuerdo con lo estatuido en el Código Penal, esto es, para que la autoridad señalada a su vez y si lo estima pertinente según se desprenda de la averiguación previa seguida, remita dichos objetos a la autoridad jurisdiccional como instrumentos del delito de contrabando. Los cuales en todo caso han de ser decomisados. Empero, si pertenecen a terceras personas se decomisarán sólo cuando hayan sido empleados para fines delictuosos con asentimiento del propietario.

CONCLUSIONES

La Tentativa al ser regulada por las primeras legislaciones que se fijaron en ella, lo hace de una manera vaga y confusa, equiparándola muchas veces con el delito consumado, ya que no poseían la suficiente madurez para distinguir y separar los grados del delito.

Al discutirse sobre su verdadera naturaleza, la mayoría de los autores, incluyendo a los mexicanos, han coincidido en afirmar que aún a pesar de que para aplicar su punibilidad, haya necesidad de referimos al tipo concreto del delito que se iba a consumir, no por eso da su existencia de un delito perfecto o consumado, sino que en cambio si llega a formar una figura concreta delictiva, propia y especial con una particular estructura en sus partes integrantes, de naturaleza diferente al delito consumado con el cual tiene nexos, puesto que entre sus elementos existe una objetividad propia, una actividad típica singular y una sanción específica, la que es menor siempre a la que corresponde al delito con el que se relaciona.

En los delitos consumados se ha efectuado un resultado que está a la vista; se ha originado un daño, y en la Tentativa, se ha logrado poner en peligro la salvaguarda de un bien jurídico que la ley protege, es decir, se ha presentado una amenaza hacia él, violándose una norma prohibitiva, y operándose el supuesto jurídico de la norma que lo contiene. Esta viene a ser la razón de la justificación de su punibilidad.

En la Tentativa se ha comenzado un comienzo de ejecución, integrado por actos ejecutivos, que empiezan a llenar el cuadro tipificador del delito consumado.

do al que se hace referencia, pero que no termina de llenarse la tipificación de éste último por diversas circunstancias.

Los elementos que forman la tentativa vienen a ser tres:

a) Un elemento moral o subjetivo, que se traduce en la intención del agente dirigida a cometer un delito.

b) Un elemento material u objetivo, que consiste en los actos realizados por el agente y que deben de ser de naturaleza ejecutiva.

c) Un resultado no verificado, debido a causas totalmente ajenas a la voluntad del agente.

Nuestra legislación penal no define a la Tentativa, sino que nos habla de los casos en que es punible, dando lugar a suponer que se presentarán casos en que no es castigable, al decimos en su artículo número 12 que "la tentativa es punible cuando se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente".

Para la imposición de la pena, el juzgador tomarán en cuenta la peligrosidad manifestada por el delincuente y el grado de ejecución a que se hubiere --
llegado.

Los tipos de delito que la admiten son:

- 1.- Los delitos dolosos.
- 2.- Los delitos materiales.
- 3.- Los delitos complejos.
- 4.- Los delitos de comisión por omisión.

Los que no la admiten son:

- 1.- Los delitos culposos.

- 2.- Los delitos preterintencionales.
- 3.- Los delitos de ejecución simple.
- 4.- Los delitos de omisión simple.

Ya explicamos en el Capítulo III cuales son las razones de su admisión o no admisión.

Trasladándonos al campo penal fiscal, el anterior código fiscal, lo regulaba en un solo precepto, el número 244, pero no en forma general, sino relacionado con el delito de contrabando, al decir que "son penalmente castigados determinados actos que se dirigen a consumir el contrabando".

El actual código fiscal, de la misma manera, en un sólo precepto, el 48, lo menciona al decir "que son punibles aquellos actos que se encaminan a cometer o producir el contrabando; el principio de ejecución del mismo; y todos aquellos actos que pudieran producirlo, pero que no lo consumen por motivos completamente ajenos a la voluntad del agente".

Solamente se admite aquí, que para un sólo tipo de delito, se podrá dar la tentativa: el contrabando.

El elemento base que origina la tentativa en dicho delito es:

Un principio de ejecución del delito de contrabando, principio que -- puede manifestarse de tres formas:

- a) Un principio de ejecución del delito referido, que puede consistir en un sólo acto ejecutivo.
- b) En varios actos que van encaminados a la realización del delito de contrabando, lo que es también un principio de ejecución del mismo y,
- c) El agrupamiento de todos los actos que realiza el sujeto y que en -

condiciones normales de lugar al delito de contrabando, pero que intervienen circunstancias que el sujeto activo no ha previsto, las que entorpecen el cumplimiento de todas las fases que requiere la comisión del delito, que es el contrabando.

Ahora bien, los elementos del delito de contrabando, a mi juicio, son:

1.- Una acción que se traduce en dos aspectos: el de internar al país mercancías o bien el de sacarlas de él.

2.- Cierta tipo de mercancías, no cualquier clase de ellas. Refiriéndose exclusivamente a aquellas en que para su importación o en su caso exportación, se necesita reunir ciertos requisitos legales.

3.- Tales requisitos son:

a) El pago de los impuesto que marca la ley para su importación o en su caso la exportación.

b) El permiso que exige la autoridad competente cuando sea necesario tenerlo.

c) El internar o sacar del país aquellas mercancías que la ley no autorizada, y no aquellas que permite sacarlas sin ningún requisito.

El artículo 48 del actual Código Fiscal, regula la tentativa del delito de contrabando, tipificándola de la siguiente manera, al decir que son punibles aquellos actos que se encaminen a la comisión del contrabando, así como su principio de ejecución, y a los que pudieren realizarlos aún cuando no llegue a consumarse por presentarse ciertas causas ajenas al agente, que impiden su consumación.

No requiere que los actos que se dirigen a cometer el contrabando, sean idóneos, como lo exigía el anterior código fiscal, ya que no es necesario, pues to que únicamente se pide que los actos se encaminen a consumir el contrabando.

Ya hemos hecho notar que en los elementos que se dan para tipificar la tentativa en el contrabando, hay uno que se repite varias veces, en forma innecesaria, y que es el que se refiere al principio de ejecución que se desdobra en las tres formas apuntadas en la hoja anterior. Aparte de este elemento, que es el principio de ejecución, se suman dos más, que son, el elemento subjetivo o moral, o sea la intención que lleva el sujeto activo de delinquir al realizar los actos ejecutivos, y el otro que es, el objetivo, consistiendo en haber puesto en peligro un bien jurídico tutelado por la ley.

Cuando no se cumplen todos los requisitos que exige la ley para intervenir o sacar el país ciertas mercancías, se dá el delito de contrabando, pero puede suceder que empiecen a formarse uno o dos de los elementos del delito de contrabando, deteniéndose en su secuela; siendo aquí en éste momento en donde intervenimos para que decir que se forma la tentativa del contrabando; es decir, se ha principiado a ejecutarse lo delictivo del contrabando.

Para comprobar la tentativa en el contrabando, hay que analizar en conjunto todos actos realizados por el agente para ver si efectivamente se dá un principio de ejecución, así como ahondar bastante para indagar la verdadera intención del agente, y no cometer una equivocación imperdonable.

La penalidad para ésta figura en estudio, es la aplicación de los dos terceras partes como máximo, de la pena que correspondería si se hubiere consumado el delito de contrabando.

Realizado todo el estudio anterior, creemos de buena fé, que hemos investigado hasta donde fué posible; esperamos que se haya aportado algo de positivo para que puede servir de base o guía a los subsiguientes trabajos de ésta índole.

Por lo que se refiere al tipo de delitos de contrabando me permito -
incluir seis últimas conclusiones :

Primero.- El Derecho Aduanal, rama del Derecho Fiscal, está integro
do por un conjunto de normas por medio de las cuales se regulan tanto las operacio
nes de importación y exportación, como el aspecto punitivo por su violación.

Segunda.- La política aduanal adoptado en nuestro país al prever y-
reprimir el contrabando, se funda en razones fiscales y de protección industrial, pro
curando no se eluda el pago de tributo y previniendo la libre competencia interna-
cional.

Tercera.- La declaración de perjuicio que debe hacer la autoridad -
hacendaria a fin de que el Ministro Público Federal proceda penalmente en contra d
del responsable de la infracción de contrabando, es un requisito perjudicial puesto -
que es un elemento necesario para el ejercicio de la acción penal ante el organo-
jurisdiccional.

Cuarta.- La infracción y el delito de contrabando se distinguen por -
las autoridades a quienes se encomendó su aplicación, por el interés vulnerado, por
el sujeto activo de la comisión, por la culpabilidad y por la sanción que se puede
imponer, de tal manera que no se lesiona el contenido del artículo 23 constitucional,
al consagrar el principio de que ninguna persona puede ser juzgada dos veces por el
mismo delito, como pretenden algunas autoridades.

Quinta.- Los principales efectos de carácter fiscal que resultan de la
comisión del ilícito de contrabando, son el perjuicio que se causa al erario federal -
por los impuestos omitidos y la desigualdad en la distribución de la carga tributaria.

Sexta.- Para frenar el creciente aumento de la infracción delictiva -
de contrabando debe entre otras medidas que se adopten, incrementarse la calidad de

productos elaborados en el país, disminuir su precio, crear una conciencia nacional de la gravedad del ilícito y pagar salarios remuneradores a los empleados aduanales.

BIBLIOGRAFIA

- A.- Aftalión, Enrique R. " Derecho Penal Administrativo " . B. Aires. 1955.
- B.- Bielsa, Rafael. " Compendio de Derecho Público ". Vol. III. B. Aires. 1952
- C.- Carrancá y Trujillo, Raul. " Derecho Penal Mexicano ". Tomo I. México 1958.
- D.- Flores Zavala, Ernesto. " Elementos de Finanzas Públicas Mexicanas " México 1968
- E.- Fonrouge, Giuliani. " Derecho Financiero ". Vols. I y II B. Aires. 1965.
- F.- Garza Servando J. " Las Garantías Constitucionales en el Derecho Tributario Mexicano ". México 1949.
- G.- Jerach, Dino. " El Hecho Imposible. " B. Aires. 1943.
- H.- Jiménez de Asúa, Luis. " Tratado de Derecho Penal. " Barcelona. 1958.
- I.- Margain Manautou, Emilio. " Introducción al Estudio del Derecho Tributario Mexicano ". México. 1969.
- J.- Monrro Puerto, Miguel. " La infracción Administrativa ". Barcelona. 1965.
- K.- Rivera Silva, Manuel. " Los Delitos Fiscales Comentados ". México. 1949.
- L.- Rivera Silva, Manuel. " El Procedimiento Penal " México. 1963.
- M.- Revista del Tribunal Fiscal de la Federación. Tercer Número Extraordinario. México. 1966.
- N.- Código Aduanero de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial - de 31 de Diciembre de 1951 .
- O.- Código Fiscal de la Federación en vigor a partir del 1o. de abril de 1967.
- P.- Código Penal para el Distrito y Territorios Federales vigente .
- Q.- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del año de 1917.

BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

- R.- Edmundo Mezger, Tratado del Derecho Penal, traducido por José Arturo Rodríguez Muñoz, Madrid, 1957.
- S.- Diego Fernández de Cevallos, Los Actos Preparativos y los Actos Ejecutivos en la Tentativa, Tesis Profesional, U.N.A.M., 1966.
- T.- Fernando Castellanos, Lineamientos Elementales de Derecho Penal, México.
- U.- Luis Jiménez de Asúa, La Ley y el Delito, Caracas, 1945.
- V.- Francisco Pavón Vasconcelos, Revista Criminalfía, No. de 1959, México.
- W.- Francisco Pavón Vasconcelos, Manual de Derecho Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., 1967.
- X.- Francisco Pavón Vasconcelos, La Tentativa, Editorial Porrúa, S.A. 1966.
- Y.- Reinhart Murach, Tratado de Derecho Penal II, Traducido por Juan Córdoba Roda, Ariel, Barcelona.
- Z.- J. Ramón Palacios, La Tentativa, Editorial Porrúa, S.A., México.
- A.- Mariano Jiménez Huerta, La Tipicidad, Editorial Porrúa, S. A., México, 1955.
- B.- Francisco Carrara, Programa del Curso de Derecho Criminal, Parte General, Volumen I, Editorial de Palma, Buenos Aires.
- C.- Vincenzo Manzini, Tratado de Derecho Penal, Volumen III, Ediar Buenos Aires, - 1949, traducido por Ricardo C. Nuñez y Ernesto Gavier.
- D.- P. Alonso Roldán, Algunas Consideraciones sobre la Tentativa, Tesis Profesional, - U. N. A. M., México, 1954.