

CAPÍTULO SEGUNDO

EL “ITER CRIMINIS”

I.	Concepto de <i>iter criminis</i>	24
II.	Fases del <i>iter criminis</i>	26
III.	Fase interna	26
IV.	Fase externa	28
V.	Casos de resolución manifiesta	30
VI.	Resoluciones manifiestas en la ley penal mexicana	34

CAPÍTULO SEGUNDO

EL ITER CRIMINIS

I. Concepto del “iter criminis”

Como unánimemente expresan los autores penalistas al referirse al análisis del delito tentado, éste es una figura jurídica que se presenta en la vida del *iter criminis*, generado con la ideación del delito por parte del sujeto agente y finalizado con la consumación de la conducta que produce el resultado jurídico material o exclusivamente jurídico, relevante para el derecho penal. Si por *iter criminis* debe entenderse camino al delito, o como refieren los italianos, con el expresivo y preciso término de *andamento criminale*, es evidente suponer que tal “andamento” encuentre su principio en la ideación, con el surgimiento de la idea criminosa en la mente del futuro delincuente y su fin con la consumación del delito puesto en mira.

El estudio del *iter criminis* puede ser enfocado desde un doble ángulo, bajo una concepción criminológica,⁵⁶ donde se hace referencia no a la conducta como contenido de una norma, sino a ésta como fenómeno de exteriorización de voluntad del hombre, donde el objetivo principal lo constituye el fenómeno de la criminalidad del hombre, el análisis de la conducta interesa sólo en cuanto manifestación exterior de su voluntad y no como violación a una norma en manera de poder referir entre otras observaciones que los delincuentes al transcurso de su vida van pasando por estadios diversos en la comisión de delitos, iniciándose los mismos, con la infracción a las normas más leves y progresando en sus ejecuciones hacia las formas más graves; y la concepción jurídica, la que para nosotros representa interés, donde se analiza el camino del delito refiriéndose a los diversos momentos psicológicos y físicos, por los cuales necesariamente debe atravesar la conducta que previene la norma implícita en la ley penal.

El estudio del *iter criminis*, consecuentemente no siempre viene desarrollado en la misma forma, si bien regularmente los penalistas se refieren en un análisis normativo, a las fases interna y externa del delito, enfocando el problema desde un ángulo estrictamente lógico-jurídico, otros autores informan un interés que no es concretamente el de la norma penal, de donde el objeto de estudio en lugar de corresponder a una ciencia normativa, corresponde a una ciencia de naturaleza causal explicativa, cuyo objeto tiende a explicar al delito como fenómeno social, en tanto que constituye una forma particular de conducta del hombre social. Aparte de este enfoque criminológico, con

⁵⁶ Bernaldo de Quiroz Constancio, *Lecciones de legislación comparada*, p. 125. Al referirse a esta diferencia recuerda el autor la defensa que hace Farinaccio de Beatrice Cenci.

tendencia antropológica criminal para algunos y sociológica criminal para otros, en el ámbito de la ciencia normativa del derecho penal, el encuadramiento del problema se presenta en general bajo una sistemática más o menos uniforme, que no obstante sufre variaciones, particularmente en torno al encuadramiento específico de la cuestión. En tanto que el problema de la tentativa es observado por algún autor, como una causa de extensión de la pena,⁵⁷ otros autores la refieren en manera distinta: como forma especial de ejecución del hecho punible junto con la participación y el concurso,⁵⁸ como forma del delito,⁵⁹ como un aspecto a estudiarse en el análisis de los elementos esenciales y accidentales del delito,⁶⁰ como un momento en la causación material de los delitos,⁶¹ como etapa en el desarrollo del acto delictuoso,⁶² como forma ampliada de la adecuación típica,⁶³ como grado en la fuerza física del delito, lo que significa como grado del elemento objetivo del delito,⁶⁴ como una etapa de concreción en la decisión de realizar un delito,⁶⁵ etcétera.

Vale asentar que el análisis sobre el desarrollo del delito no viene terminado con la consumación, sino con el agotamiento en las figuras delictivas que admiten tal concepto; así, en el delito permanente, donde se observa una prolongación de la conducta antijurídica que produce una suspensión del estado de antijuricidad, el estudio relativo a la vida del delito no debe considerarse finalizado, sino después de haber sido analizada la conducta subsiguiente del propio agente o de un tercero, que hace cesar los efectos violatorios de la ley.⁶⁶

⁵⁷ M. E. Meyer, *op. cit.*, p. —.

⁵⁸ Mezger, *op. cit.*, 1958, p. 275.

⁵⁹ Von Lizt, *op. cit.*, p. 193.

⁶⁰ Bettoli, *op. cit.*, p. 465.

⁶¹ Manzini, *op. cit.*, p. 153.

⁶² Villalobos, *op. cit.*, p. 434.

⁶³ Sebastián Soler, *op. cit.*, p. 211.

⁶⁴ Carrara, *op. cit.*, p. 237.

⁶⁵ Welzel, *op. cit.*, p. 293.

⁶⁶ El concepto del agotamiento en el derecho penal no es uniforme. Algunos autores por delito agotado entienden aquel en el cual el agente ha alcanzado todos los fines por él perseguidos, tanto el fin inmediato con la comisión del delito mismo, como el fin mediato integrado por los efectos consecuenciales a la producción delito, es decir, al fin perseguido por el autor como consecuencia de la producción del delito, ejemplo: A perpetra un robo en los bienes de B buscando que éste carezca de los medios para cubrir una hipoteca que a él interesa adquirir. En este sentido no se considera que se aporten consideraciones nuevas útiles en el análisis de la norma jurídica ya que para los efectos de la aplicación de la pena, poco interesa que el sujeto haya alcanzado el interés íntimamente perseguido por el autor; para otros el concepto del delito agotado viene referido a determinados casos particulares de ilícitos penales, como el delito permanente, donde la consumación no es en realidad el último momento a estudio, toda vez que la misma consumación se actualiza desde el momento en que la conducta del agente encuadra en el tipo descrito por la ley penal, permaneciendo fuera del análisis el periodo relativo a la prolongación del estado de antijuricidad derivada de la consumación continuada, estado que sólo termina cuando el sujeto agente suspende el acto que lo ha originado. Existe aún algún otro concepto.

En realidad la cuestión no nos parece de esencia siendo su naturaleza de exclusivo carácter formal en tanto que aun cuando el análisis del delito se limite a la consumación,

II. *Fases del "iter criminis"*

En el proceso de generación del delito, como acertadamente refiere un autor⁶⁷ es posible observar la presencia de dos fases fundamentales: una fase interna que se desarrolla en el interior del sujeto, en la esfera de la psique de individuo y una fase externa desarrollada en el ámbito de la realidad física.⁶⁸ La fase interna, según generalmente aceptado, se integra por la ideación, la deliberación y la resolución.⁶⁹ La fase externa, conforme a la corriente dominante, viene integrada por la realización de los actos preparatorios y de los actos ejecutivos.

III. *Fase interna*

Se presenta la ideación cuando nace en el sujeto agente la ideación de cometer un delito; cuando se origina en la mente del futuro autor, la posibilidad de dar salida a su ánimo negativo a través de una conducta que en su objetividad se manifestará como contraria al interés social en un momento histórico determinado; es el momento que se presenta cuando bajo la presión de un sentimiento negativo, en función de un *quid* cualquiera, un individuo hace nacer en su mente la posibilidad de cometer una conducta que de verificarse se presentará como delictiva. Es un momento que tiene su plena vigencia en la esfera psíquica; es el sujeto mismo quien lo determina como conse-

ollo no obstante, para que dentro de tal concepto, venga desarrollada la cuestión. Por razones de mera sistemática se incluye el concepto de agotamiento, ya que la consumación es sólo un momento en la vida del delito, presente cuando la conducta del sujeto encuadra perfectamente en el tipo penal. Ver Soler, *op. cit.*, p. 211; Novoa Monreal, *rev. cit.*, pp. 19-21; Miguel de Serrano, *op. cit.*, pp. 89-92; Villalobos, *op. cit.*, p. 435; Paoli Giuglio, *Principi di diritto penale*, vol. III, Editorial CEDAM, Padova, 1929, pp. 5 y ss.

⁶⁷ Novoa Monreal, "El proceso de generación del delito", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, abril y junio de 1963, p. 19.

⁶⁸ En general, al referirse a la tentativa de delito, los estudiosos indican en manera casi invariable las dos fases del aspecto interno y externo del delito y dentro de esa división básica establecen los diversos momentos de cada fase; no obstante, no son pocos los autores que se refieren asimismo a una fase intermedia entre la interna y la externa, ver en referencia a la cuestión: Puig Peña Federico, *Derecho penal*, tomo II, 5^a edición, vol. 2^a, parte general, 1959, p. 230; Sánchez Tejerina Isaías, *op. cit.*, p. 327; Cuello Calón, *Derecho penal*, *op. cit.*, p. 495; Romagnosi Giandomenico, *op. cit.*, pp. 255 y ss.; Carrara, *op. cit.*, pp. 231 y ss.; Ramón Palacios, *op. cit.*; Pavón Vasconcelos, *rep. cit.*, pp. 122 y ss.; Welzel, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1956, traducción al español de Fontán Balestra, pp. 189-190; Mezger, *Derecho penal*, Ed. Bibliográfica Argentina, 1958, pp. 278-284; Fontán Balestra, *Derecho penal*, Buenos Aires, 1917, 3^a ed., pp. 372-375; Ferri se refiere a cinco fases (*op. cit.*, 488): idea criminosa, la manifestación de la idea, actos preparatorios, actos ejecutivos y consumación. Se refiere a tres fases entre otros Miguel de Serrano D. Antonio, *El iter criminis*, vol. XVII, Caracas, Venezuela, 1957, p. 39; Novoa Monreal, *rep. cit.*, pp. 29-32.

⁶⁹ Fase interna, ver entre otros: Miguel de Serrano, *op. cit.*, pp. 9-36, quien se refiere a cuatro momentos: conceptualización, previsión, deliberación y resolución; Romagnosi, *op. cit.*, pp. 355 y ss.; Puig Peña, *op. cit.*, pp. 207 y ss.; Ferri, *op. cit.*, p. 488; Cuello Calón, *op. cit.*, p. 495.

cuencia del impulso externo o interno originado como resultado de una determinada situación que lo motiva, en manera voluntaria o involuntaria. No se refiere aún, la ideación, a ningún momento siguiente, es sólo el mecanismo psíquico de generación del pensamiento que viene desencadenado bien con el impulso externo que provoca el desarrollo normal del proceso de elaboración de la idea, o bien por un estímulo interno diverso que encuentre su proceso generativo directamente en la memoria.⁷⁰

El segundo momento de la deliberación⁷¹ se presenta cuando el sujeto agente, una vez surgida la idea criminosa en su mente, en lugar de rechazarla delibera sobre sus posibilidades de éxito; estudia los aspectos positivos y negativos derivados de su realización y después de haberlo considerado todo en balance, actividad que constituye precisamente la deliberación acerca de la conducta criminosa y sus consecuencias, obtiene la conclusión que habrá de integrar el tercer momento de la resolución. Este segundo momento de la deliberación supone el uso de la facultad esencial del libre albedrío del individuo; implica el inicio de la voluntad viciada en consecuencia del cúmulo de factores que determinan la conducta humana, para quienes se manifiestan seguidores del determinismo; corresponde al momento en que el sujeto agente, haciendo uso de sus facultades decisorias, habrá de optar entre los caminos que representan lo socialmente bueno y lo socialmente malo, y en donde en un primer encuentro se observan frente a frente los frenos psíquicos de la conducta derivados de la vida en sociedad y la manifestación, aún interna, de los instintos.

El tercer momento, por su parte, implica la adopción de una respuesta a la deliberación anterior, respuesta que habrá de operar como base para el inicio de la actividad a partir de ese momento exteriorizada.

Pensamos que los dos primeros momentos encuadrán el denominado elemento de la “representación” del dolo, y la resolución, da vida al aspecto interno del “elemento volitivo” que habrá de continuarse en la fase externa del *iter criminis*.⁷²

La suspensión del *iter* al transcurso de la fase interna, durante el periodo en que se desarrollan los elementos internos, no se considera que pueda encuadrar la tentativa punible, y ello, como expresan varios estudiosos, no tanto por la dificultad que se presenta desde el punto de vista de la prueba, es decir, de la

⁷⁰ Algun autor establece la diferencia entre este primer momento y los siguientes, como una idea de “germinación del fin”, misma que se presentaría sólo como la chispa inicial que brota de la mente del sujeto, como sensación inicial del interés respecto a la situación futura, la cual, no obstante, se manifiesta aun ausente de todo carácter delictivo, podría calificarse como lo imaginado, y frente a este concepto se integra la intención como el hecho de imaginar, consiguiente a esa primera chispa, es decir la transformación del fin en finalidad.

⁷¹ Miguel de Serrano, *op. cit.*, p. 166, al referirse al momento siguiente, menciona la previsión expresando que una vez que ha surgido la conceptualización puede darse el caso que el sujeto agente llegue a un resultado positivo o a un negativo, presentándose en el primer caso la previsión y en el segundo caso la imprevisión, ambos momentos de interés en el estudio de la culpabilidad.

⁷² En general los autores, al proceder al estudio de la culpabilidad, se refieren siempre al doble momento de la representación y de la volición.

dificultad de probar la actividad subjetiva, sino con mayor precisión, en aras del principio de la libertad individual que obliga a observar el largo camino por ser recorrido, para llegar a la consumación del hecho delictuoso y la consiguiente aún fuerte posibilidad de que el sujeto, detenido y obstaculizado por el cada vez más sensible poder coercitivo, físico y moral de la ley penal, suspenda la materialización de la posible conducta ilícita.⁷³

Si bien es cierto que en el *iter criminis* son de observarse una fase interna y una fase externa es punible únicamente una parte de la actividad realizada en la fase externa y, sólo por excepción, actos diversos, siempre de esa fase exterior, al tenor del orden de ideas desarrollado a continuación.

En la fase interna quedan reconocidos los tres momentos indicados de la ideación, la deliberación y la resolución; de entre ellos, la resolución se presenta como el elemento psíquico del momento volitivo de la conducta exteriorizada, por lo cual cuando se afirma que efectivamente es dable la punición en el momento resolutivo, tal afirmación, creemos que únicamente sería admisible y encontraría fundamento al observar que la resolución se presenta no sólo como el último momento de la fase interna, sino asimismo como el fondo psíquico presente en el transcurso de toda la fase externa; no es la resolución como último momento de la fase interna punible, es decir, cuando el sujeto después de deliberar su intento criminoso resuelve cometerlo, sino que es la exteriorización de esa resolución la que al cubrir los requisitos socialmente negativos señalados en la ley penal, hace acreedor al sujeto agente a una sanción prevista en la propia ley.

El resumen de lo anotado es la aceptación plena, sin excepción admisible, del principio del *cogitationis poenam nemo patitur*, sostenido de antaño.

Alguno ha expresado que existen situaciones donde el momento de la resolución y tal vez aún el de la deliberación, son punidos, refiriéndose con tal afirmación a algunas de las formas particulares de sanción penal enunciadas como casos de *resolución manifiesta*. Tales casos, pensamos, siguen la regla general de castigo a actos exteriorizados y de ninguna manera violan el principio enunciado; el problema al cual se hace referencia, parece encontrar base en una confusión en torno a la conducta punida; expuesto en términos diversos, a una confusión que se ha planteado respecto de dos cuestiones: por una parte en torno a la concepción correcta del precepto de la norma, lo que significa, la determinación precisa del contenido del mandato o de la prohibición, y también a una confusión entre la acción realizada por el sujeto activo de la conducta punida (ejemplo: incitador) y la intervención del sujeto pasivo de la relación que esa misma conducta supone (incitado), quien evidentemente tampoco es el sujeto pasivo del delito en tanto que no se constituye en la persona que sufre la lesión del bien jurídico tutelado.

IV. Fase externa

La fase externa del *iter* está integrada por dos momentos: El periodo que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el mo-

⁷³ Así Antolisei, *op. cit.*, pp. 352 y ss.

mento anterior a la consumación, es decir, la actividad realizada con el fin de cometer un delito, y la etapa de consumación del delito, o sea, en donde el efecto buscado ha sido realizado.

El periodo que transcurre desde el principio de la exteriorización de la voluntad hasta el momento de la consumación, plantea el problema de la tentativa del delito. Desde que una voluntad ha sido íntegramente conformada con la resolución y exteriorizada con la realización de actos tendientes a la ejecución del propósito criminal, da principio el concepto de la tentativa de delito, en tanto que, gramaticalmente, "tentar" significa realizar actos finalísticamente encaminados, supone el tratar de llevar a la realidad un propósito. Basado en este concepto, alguno podría afirmar que como efecto de él, en realidad, aún al transcurso de los diversos momentos de la fase psíquica debería integrarse asimismo la tentativa, cuestión que deriva de la amplitud que se sostiene acerca del verbo tentar. No obstante ello, el concepto indicado supone la realización de una acción dirigida finalmente; no es suficiente la presencia de una voluntad, sino viene requerido asimismo la exteriorización de la misma por medio de actos.

El periodo de exteriorización de los actos anteriores a la consumación, es el que suscita el mayor interés para el derecho penal, ya que plantea el difícil problema de fijar un criterio de distinción válido entre la tentativa punible y la tentativa impune. Se ha expresado que todos los actos de exteriorización suponen tentativa, no todos, sin embargo, implican tentativa punible; esa determinación se vincula a la amplitud del artículo que la prevé y es precisamente tal determinación la que se presenta como problema fundamental en todo estudio acerca de la tentativa de delito.

Como figuras punibles particulares, en tanto que no siguen el criterio general establecido para la sanción de los diversos tipos legales, en lo relativo a la modalidad extensiva de la tentativa, vienen señalados los antes mencionados casos de resolución manifiesta, ubicados por no pocos autores como casos intermedios entre la fase interna y la fase externa, por otros, como casos particulares de la fase externa, y aun por alguno, como tipos legales que suponen punición a momentos que aún no han salido de la esfera interna en tanto que implican castigo a situaciones que cuando realizadas por un individuo solo, permanecen aún en el ámbito de la fase interna.

Por cuanto se reconozca la presencia de estas figuras en la ley, ya se ha expresado que no pueden constituir forma particular de punición a actividad correspondiente a la fase interna, la cual, sin excepción, permanece siempre impune; puede resumirse de cuanto expuesto que la doctrina intentando establecer bases firmes al encuadramiento y punición de la tentativa culpable, sin llevar, sin embargo, tal punición al grado de conformarla como lesiva de la libertad individual, ha recogido originalmente como criterio general de distinción, la punición de actos ejecutivos y la no punición de los preparatorios; posteriormente, estimando dicho criterio como poco claro para resolver los diversos casos presentados, se ha manifestado que si bien la presencia de los actos ejecu-

tivos y preparatorios se presenta como vía útil en el análisis de la fase externa de *iter criminoso*, no obstante, de ninguna manera es criterio suficiente para la delimitación de la tentativa punible que requiere de elementos diversos para su individualización; expresa Soler que en el *iter criminis* deben diferenciarse varias etapas algunas de las cuales ocupan a la punición, de ahí la importancia de fijar el límite superativo entre la acción impune y la acción punible.

Como consecuencia de tales afirmaciones, resultado de las dificultades presentadas para resolver el sinnúmero de casos prácticos, muchos de ellos con características que hacían difícil el encuadramiento preciso de ese mínimo de ilicitud penal que supone la figura de la tentativa, la doctrina siguiendo criterios diversos, en épocas posteriores ha intentado seguir nuevas vías para su delimitación, fundadas éstas en la dirección unívoca de los actos, en criterios cronológicos de inmediatez, poniendo en juego el concepto de idoneidad de los actos e idoneidad de los medios, conjugando unos conceptos con otros, y adoptando posturas que han significado enfoques en plano objetivo y en plano subjetivo y, después de seguir tan variados caminos, la propia doctrina poniendo de manifiesto su falta de uniformidad y su indecisión, se ha mostrado inclinada hacia la vía inicial, después de conocer los problemas derivados de los nuevos criterios adoptados, o bien, con dificultad, se ha mantenido en alguno de esos cauces. La jurisprudencia, por su parte, se ha manifestado asimismo oscilante en los países, como consecuencia del texto observado en los respectivos ordenamientos legales, mismos que, no obstante, en general se observan bajo directrices bastante uniformes.

El Código Penal Mexicano, por su parte, sostiene un criterio que no resulta fácil de individuar y cuyo análisis requiere de un estudio cuidadoso. Expresa el artículo 12 del Código Penal vigente: "La tentativa es punible cuando se ejecutan hechos encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito si éste no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente." La tajante fórmula, estimamos, requiere ser entendida a la luz de la interpretación sistemática y se hace indispensable conocer la postura adoptada por la jurisprudencia y la doctrina.

V. Casos de resolución manifiesta

Bajo la denominación de resolución manifiesta, se encuadran una serie de figuras cuya característica es punir situaciones que no constituyen aún actos ejecutivos de un tipo legal que suponga la resolución de un hecho, sino que constituyen meras manifestaciones de voluntad en un determinado sentido típico penal, las cuales se encuentran penadas, a diferencia del caso general de los delitos, en virtud de que el legislador ha considerado de interés, no sólo la protección a un interés jurídico material y concreto con la prohibición de las conductas que le son lesivas, sino asimismo su sola puesta en peligro que supone el objeto de los presentes casos. Entre estas figuras jurídicas vienen señalados los diversos casos de proposición, provocación, incitación, invitación,

inducción, instigación, excitación, conspiración, apología del delito, amenazas, etcétera. Situando estos casos en la parte relativa a la exteriorización de los actos, es decir, fuera de la esfera de la fase interna y como parte de la fase externa, es conveniente referirse brevemente a ellas.

La proposición es la trasmisión inicial de un hecho deseado que hace el sujeto agente a otra persona buscando hacer surgir en su ánimo el propósito de cometer un delito.⁷⁴

La provocación supone un grado más avanzado en el *iter* que la proposición, pero menor aún que en la excitación. En estricto sentido gramatical, más allá de la técnica jurídica por las razones anotadas, en efecto la proposición parece suponer un momento cronológico anterior a la provocación, en tanto que implica el primer momento de trasmisión respecto del hecho deseado.⁷⁵

La excitación supone, un grado posterior en el *iter* a la provocación; se concreta en aquel momento en el cual la provocación ha logrado estimular el interés de la tercera persona, quien, en consecuencia, se manifiesta como interesada en la comisión del hecho delictivo. A diferencia de la provocación, que supone aún un estado psíquico pasivo en la mente del futuro sujeto que sufre la acción de la conducta ilícita, en la excitación se ha logrado excitar en su mente una idea socialmente negativa; se ha conformado el momento de la ideación y empieza a configurarse el momento psíquico de la deliberación en la mente del posible futuro sujeto agente de un delito.⁷⁶

La inducción se manifiesta como un momento más avanzado en el *iter* que la excitación; supone no sólo la activación de la mente del sujeto pasivo de la relación con la idea criminosa, lo que supone ya la presencia del momento psíquico de la ideación e inicio de la deliberación, sino plenamente el momento de la deliberación y acaso también el de la resolución, es decir, que el sujeto no sólo concibe la posibilidad de cometer un delito, sino que supone también la deliberación mental, en la medida de la capacidad intelectual de cada individuo, sobre la posibilidad de éxito de su propósito y finalmente supone también la aceptación de la idea en la mente del sujeto pasivo de la relación. Miguel de Serrano informa al respecto que mientras que en la inducción se observa un acuerdo de voluntades, en la excitación dicho acuerdo aún no existe.⁷⁷

La instigación, sinónimo de la inducción para algunos, se traduce en un momento diverso de aquél, porque mientras que en la inducción se supone presente la aceptación del sujeto pasivo, en la instigación tal momento aún no se alcanza. En la instigación se presentan la proposición y la excitación, y se diferencia de esta última en que la instigación denota una reiterada actividad del sujeto activo para inducir al sujeto pasivo de la relación a la comisión de un delito. Es la receptividad más difícil del instigado lo que origina la reiteración en la propuesta criminosa por parte del instigador, y ésta es la razón por lo cual dicho momento se presenta como cronológicamente siguiente a la inducción y tam-

⁷⁴ Miguel de Serrano José Antonio, *El iter criminis*, Universidad Central de Venezuela, Caracas, Venezuela, 1957, p. 43, maneja una concepción criminológica del *iter*.

⁷⁵ Ver, *op. cit.*, pp. 43-44.

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 44-45.

⁷⁷ *Op. cit.*, pp. 45-46.

bien como posible grado siguiente en el *iter*, en tanto que su presencia sólo puede darse cuando el sujeto no ha podido ser fácilmente inducido,⁷⁸ aun cuando no existe todavía la aceptación psicológica del sujeto pasivo de la relación.

En algunas ocasiones los textos penales refieren a la instigación como caso que supone la primera manifestación externa del propósito criminoso del individuo y en otros casos algún ordenamiento se refiere también a la invitación como ese primer momento.

Si la inducción alcanza su propósito con la comisión de un delito por parte del sujeto pasivo de la relación en el frente del inductor se presenta un problema que concierne a la participación; sin embargo, si la acción punible no concluye o si los actos realizados por el inducido no logran integrar actos que puedan ser configurados como tentativa punible de delito, dichos actos permanecerán como impunes salvo cuando sustancialmente supongan a su vez alguna figura de resolución manifiesta, desde el punto de vista del inductor la conducta será punible sólo en cuanto exista el tipo mismo de inducción.

La invitación tampoco se encuentra prevista en manera uniforme en los ordenamientos. En su acepción más pura refiere un momento cronológico siguiente a la proposición, en tanto que supone no sólo la trasmisión hecha a otro acerca de la idea criminosa, sino también la invitación, generalmente indicada como formal, para que el sujeto pasivo de esa relación participe en la realización del mismo; no coincide con la excitación por no suponer aún la excitativa del sujeto pasivo de la relación y no corresponde a la incitación porque tampoco supone la reiterada insistencia en la proposición de la idea.

La conspiración supone igualmente la trasmisión del propósito criminoso hecho por un sujeto a otros, pero se caracteriza por suponer también la anuencia de estos últimos respecto del fin que les es propuesto;⁷⁹ en tal caso, parece presentarse no sólo la comunicación de un mero propósito aún no bien delineado, sino una resolución delictuosa plenamente definida, en la que el propio agente o agentes que podrían considerarse como sujetos pasivos de la relación que determina el delito, al menos en su origen, se presentan también como posibles ejecutores. Existe un concierto entre las voluntades de los diversos individuos derivada de su aceptación a participar en el futuro hecho criminoso y puede afirmarse que opera un auténtico aunque tácito acuerdo criminoso, denominado en algunos países como conjura, y en otros como complot; su previsión se presenta asimismo siempre en tipos específicos que suponen la protección a bienes jurídicos de la más alta jerarquía, que se establecen a la base del derecho penal, protección de los valores considerados indispensables para el mantenimiento del Estado.

A diferencia de los casos anteriores, la presente figura supone castigo tanto para los actos realizados por quien hubiera dado origen a la conspiración, como a los miembros del grupo en donde la misma hubiera germinado, ya que, se reitera, conspiración significa acuerdo para la realización de un fin criminoso

⁷⁸ *Op. cit.*, pp. 47-48.

⁷⁹ *Op. cit.*, pp. 48-49; Cuello Calón, *op. cit.*

de categoría particular. Por esto, si bien la conspiración objetivamente puede suponer un grado más avanzado en el *iter* criminal de quien hubiera dado origen al mismo, siguiente a la proposición, a la excitación o a la invitación a los demás miembros, en tanto que los supera, al mismo tiempo, es el primer momento de punición al *iter* de los demás individuos, ya que como se ha observado, en los restantes casos, la participación del sujeto pasivo de la relación que hace nacer el ilícito no es castigada y cada individuo es punido, sólo en la medida en que se vaya transformando de provocado en provocador, de iniciado en incitador, etcétera. En la conspiración los participantes se convierten en sujetos activos.

En los presentes casos, consideramos que debe operar el principio de la especialidad,⁸⁰ respecto de la realización de actos que aparentemente hacen acreedor al sujeto a la imposición de penas diversas por la aparente violación a diversos tipos legales.

Concluyendo el comentario relativo a los casos de resolución manifiesta: son figuras particulares previstas por el legislador en tipos específicos, por lo cual, el criterio seguido en ellos para la imposición, no debe ser sostenido como válido para conformar un principio general relativo a la ampliación de la ilicitud penal⁸¹ en sustitución de aquél derivado de la existencia de la norma de integración a carácter extensivo y accesorio que es la tentativa. El criterio adoptado en tales casos no puede ser utilizado como argumento de esencia para afirmar la posible punición de actos en un momento diverso al derivado del establecido por el concepto general de tentativa; uno es el delito tentado, integrado por la norma principal incluida en la parte especial de los ordenamientos penales y la norma de integración extensiva y accesoria de la parte general, y otra es la punición específica, adoptada con criterio particular que la ley refiere en el catálogo de los tipos penales concretos.⁸²

Los llamados casos de resolución manifiesta son casos sujetos a un régimen particular que en nuestro concepto viene desarrollado al tenor siguiente:

Como todo tipo de injusto, son casos de punición a actos exteriorizados y por consiguiente no rompen la regla de la impunidad al simple pensamiento criminoso.

En la fase externa del *iter*, se presentan como situaciones que quedan fuera de la división clásica de actos preparatorios y actos ejecutivos en tanto que suponen la sanción a los primeros actos de exteriorización de la voluntad, lo que deja sin fundamento la división bipartista de los actos. En otros términos, son figuras que no admiten la expresión de "actos preparatorios", porque la sola manifestación de la conducta constituye el núcleo del tipo previsto por el legislador, lo que significa que antes de la realización de la conducta incriminada sólo existe un *quid vacui* y después de su realización el delito se encuentra consumado.

⁸⁰ Como expresa Antolisei, se estima que en realidad frente a todos estos casos opera siempre sólo el principio de la especialidad y no el de la consumación o el de la subsidiariedad, porque en último término siempre se han referido a la especialidad.

⁸¹ Desde el título mismo de su obra, nos recuerda Ramón Palacios la importancia que observa la tentativa de delito como el "mínimo de ilicitud penal".

⁸² Ver Delito perfecto y delito imperfecto, en el primer capítulo.

Se presentan como delitos de mera conducta, pero se diferencian de otros tipos legales también incluidos como tales, porque entre ellos no existe una pluralidad de actos que pudieran dar cabida a la presencia de actos preparatorios.

En orden al resultado se observan como delitos sin resultado material o de simple resultado jurídico.

Se ha expresado que son situaciones en las cuales ni siquiera se presenta la “acción”⁸³ en tanto que no se requiere la realización de una serie causal de actos sino que basta la manifestación del pensamiento, la sola trasmisión de la idea criminosa, etcétera. Esto no nos parece suficiente para negar la presencia de la acción precisada en esa manifestación oral de la voluntad.

Viene observado que tanto la acción que supone un *iter* exterior, admitiendo la división de los actos en preparatorios y ejecutivos, como la acción específicamente referida como caso de resolución manifiesta, son siempre figuras que suponen una resolución manifiesta, por lo cual parece resultar criticable el término adoptado. Si en el análisis en torno a la fase exterior del *iter* hasta el momento inmediato anterior a la consumación, se indican como actos preparatorios los que no son ejecutivos y como actos ejecutivos los que no implican aún un inicio de ejecución de la conducta criminosa, es obvio que no existe lugar para la presencia de actos que implicando manifestación de voluntad criminosa, puedan no ser preparatorios o ejecutivos. Frente al caso de los ilícitos normales se admiten los denominados como resolución manifiesta, en donde tal necesidad no se presenta ni existe la pluralidad de actos que podrían hacer posible la división del *iter* externo, por ello, con la salvedad primeramente señalada viene utilizado el concepto de resolución manifiesta.

Si el legislador ha considerado necesaria su configuración y punición, equiparando la sola manifestación de voluntad como conducta que representa un peligro, a la conducta lesiva a un bien jurídico específico, en su esencia, como en la clasificación de los delitos de mero peligro, se observa en la elevación de la situación del peligro corrido a la del daño real ocasionado.

VI. *Resoluciones manifiestas en la ley penal mexicana*

La ley penal mexicana incluye en su texto algunos casos de los que han sido señalados como resolución manifiesta, e incluye asimismo en otros tipos de injusto, casos que suponiendo situaciones similares involucran también esta figura.

El artículo 125 fracción I,⁸⁴ se refiere al delito de *invitación a la comisión*

⁸³ Ya ha sido aclarado que las resoluciones manifiestas en ningún caso pueden suponer actividad meramente interior pues, como el nombre lo indica, suponen siempre la exteriorización de ella.

⁸⁴ Artículo 125. Se aplicará de uno a diez años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos:

Fracción I. Al que haga una invitación formal y directa para cometer el delito de

de traición a la patria. El concepto de invitación que viene utilizado al expresarse “... invitación formal y directa...” parece coincidir con el concepto que ha sido señalado como invitación en las anteriores páginas.

El mismo artículo 125 fracción III⁸⁵ se refiere a la *excitación* a cometer actos que involucren el delito de traición a la patria, y se estima que el tipo legal coincide con el concepto de excitación que anteriormente se ha indicado.

El propio artículo en su fracción IV⁸⁶ utiliza el verbo provocar cuando expresa: “... provoca una guerra extranjera con México...”, pero la acepción utilizada del término, en la ley, es bien diversa del concepto de provocación como resolución manifiesta ya que en el caso la ley utiliza el vocablo como sinónimo de causación.

El artículo 126⁸⁷ prevé el delito de conspiración para cometer traición a la patria sin establecer el precepto, es decir, sin definir aún el concepto de conspiración, no obstante, el mismo viene conformado en el siguiente artículo 132⁸⁸ en manera similar a la que sobre dicho delito fue anteriormente expuesto, cuando se refiere: “... dos o más personas resuelven de concierto cometer alguno de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores, o el primero y segundo del título siguiente acordando los medios de llevar a efecto su determinación.”⁸⁹

traición. Si la invitación se hiciere a tropa armada mexicana o al servicio de México, se juzgará al delincuente con arreglo a las leyes militares, sin perjuicio de lo dispuesto en la parte final del artículo 13 de la Constitución Política.

⁸⁵ Artículo 125. Se aplicará de uno a diez años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos:

Fracción III. Al que por medio de discursos en público o de proclamas, manifiestos u otros escritos, excite al pueblo a que reconozca al gobierno impuesto por el invasor, o al que acepte una invasión o protectorado extranjeros.

⁸⁶ Artículo 125. Se aplicará de uno a diez años de prisión y multa de mil a veinte mil pesos:

Fracción IV. Al mexicano que con actos no autorizados ni aprobados por el gobierno provoque una guerra extranjera con México, o dé motivo para que le sea declarada, o exponga a los mexicanos a sufrir por esto vejaciones o represalias.

⁸⁷ Artículo 126. Se impondrá prisión de uno a diez años y multa de mil a veinte mil pesos a los que conspiren para cometer el delito de traición a la patria.

⁸⁸ Artículo 132. Hay conspiración siempre que dos o más personas resuelvan de concierto cometer alguno de los delitos de que tratan los dos capítulos anteriores, o el primero y segundo del título siguiente, acordando los medios de llevar a efecto su determinación. La sanción aplicable será hasta de cinco años y multa hasta de diez mil pesos, salvo lo dispuesto en el artículo 126.

⁸⁹ En abundamiento a cuanto se ha expresado sobre las situaciones en el *iter criminis* y, en particular, de su situación frente a los actos preparatorios, el presente caso resulta muy aclaratorio, pues permite observar como objetivamente considerado, el grado de avance siguiente a la conspiración, en el *iter criminal* de un sujeto, en un delito cualquiera, en el supuesto caso de que tal figura se encontrara tipificada en la ley —está tipificada exclusivamente en relación con los delitos del título primero y título segundo del Código Penal— sería precisamente la realización de los actos preparatorios, en tanto que conforme a la fórmula enunciada de conspiración, se supone presente el acuerdo de los medios para cometer el delito, pero no aún su material preparación y ejecución; si acaso, podría tal vez hacerse referencia a un principio intelectual de la preparación. Es sólo la existencia del tipo específico previsto en la ley el que autoriza la punición del caso, razón por la cual resulta exorbitante utilizar el mismo criterio como base para la punición en la tentativa.

El artículo 135, fracción V, se refiere al delito de *invitación a la rebelión*, con una configuración similar a la establecida en el artículo 125 mencionado.⁹⁰

El artículo 145⁹¹ tipifica como delito la sola información y difusión del pensamiento cuando tiende a producir rebelión, sedición, asonada o motín, es decir, supone castigo a una intención exteriorizada, la cual, técnicamente de acuerdo con su definición, difícilmente constituiría provocación por no requerir de una postura psíquica particular por parte del sujeto pasivo de la relación que por lo demás en el caso no existe, al menos como sujeto singular, en tanto que la actividad considerada ilícita no se supone dirigida a persona alguna en particular, sino a los individuos en general. Tampoco corresponde en manera perfecta a la excitación en tanto que para su conformación no requiere de la excitación del sujeto pasivo de la relación, quien como indicado no corresponde al sujeto pasivo del delito en tanto que no es quien sufre la disminución del bien jurídico protegido. Tampoco supone la incitación, la cual implica un grado aún más avanzado en el *iter* que el problema que se nos presenta, por tanto, parecería referir el tipo de injusto, un caso de proposición irregular a pesar de que no existe una proposición concreta para cometer un delito bien definido, como tampoco existe un sujeto pasivo concreto de la conducta estimada lesiva, sino que el sujeto pasivo de la relación integrado por el grupo social en general.⁹²

⁹⁰ Artículo 135. Se aplicarán de uno a diez años de prisión y multa hasta de diez mil pesos:

Fracción V. Al que invite formal y directamente para una rebelión.

⁹¹ Artículo 145. Se aplicará prisión de dos a doce años y multa de mil a diez mil pesos, al extranjero o nacional mexicano que en forma hablada o escrita, o por cualquier otro medio, realice propaganda política entre extranjeros o entre nacionales mexicanos, difundiendo ideas, programas o normas de acción de cualquier gobierno extranjero que perturben el orden público o afecten la soberanía del Estado mexicano.

Se perturba el orden público, cuando los actos determinados en el párrafo anterior tiendan a producir rebelión, sedición, asonada o motín.

Se afecta la soberanía nacional cuando dichos actos puedan poner en peligro la integridad territorial de la República, obstaculicen el funcionamiento de sus instituciones legítimas o propaguen el desacato de parte de los nacionales mexicanos a sus deberes cívicos.

Se aplicarán las mismas penas al extranjero o nacional mexicano que por cualquier medio induzca o incite a uno o más individuos a que realicen actos de sabotaje, a subvenir la vida institucional del país, o realice actos de provocación con fines de perturbación del orden o la paz pública y al que efectúe tales actos. En el caso de que los mismos actos constituyan otros delitos, se aplicarán además las sanciones de éstos.

Se aplicará prisión de diez a veinte años, al extranjero o nacional mexicano que, en cualquier forma, realice actos de cualquier naturaleza, que prepare material o moralmente la invasión del territorio o la sumisión del país a cualquier gobierno extranjero.

Cuando el sentenciado en el caso de los párrafos anteriores sea un extranjero, las penas a que antes se ha hecho referencia se aplicarán sin perjuicio de la facultad que concede al presidente de la República el artículo 33 de la Constitución.

⁹² Al menos conforme al texto legal, se indica que tal acepción es dada con criterio técnico porque en la esfera de la realidad, es obvio que no como consecuencia sino como contenido de una forma de gobierno democrático, se daría la libertad de pensamiento y la libertad de expresión, por lo cual el individuo gobernado encontraría la posibilidad de difundir su pensamiento, mismo que sin duda podría ser contrario a las orientaciones políticas del país en un momento histórico determinado. Conforme al precepto legal comentado, tal difusión de pensamiento sería por sí misma punida, lo cual evidentemente se presentaría también como violatorio de un principio no sólo constitucional sino aun supra-

El artículo 124 fracción XI⁹³ se refiere a otro más de los casos señalados, cuando se expresa: "...formación, conspiración, revolución o sedición..." supone asimismo un caso que se estima podría asimilarse a la proposición.

En general los delitos que se han señalado, parecen suponer situaciones que implican castigo a acciones aun no ejecutadas, según el criterio de ejecución más adelante indicado.

El artículo 207 refiriéndose al delito de lenocinio en la fracción II⁹⁴ refiere una situación que sin duda viene a configurar un caso de inducción a delito. El concepto de inducción utilizado, coincide con el concepto que ha sido esbozado con anterioridad.

El artículo 209⁹⁵ se refiere a la provocación al delito y a la apología de éste, cuando se expresa: "Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio . . .", prevé un caso de provocación al delito conforme al concepto anteriormente indicado; con la apología del delito se prevé otro caso de resolución manifiesta en donde es punida la simple exteriorización del pensamiento con manifestaciones que conforme al artículo no requieren

constitucional, en caso de admitir que determinados principios no pueden ser de ninguna manera modificados, en tanto que tal sea la voluntad real y directa del grupo social constituido en un Estado. Por esto, en la realidad sólo cuando tal difusión de pensamiento empieza a encontrar una reacción en el sujeto pasivo de la relación que el tipo legal supone, es decir, grupos de individuos numéricamente no limitados, es que el delito viene invocado. Consecuentemente si bien desde el punto de vista constitucional puede ser invocado en todo momento la ilegitimidad del artículo, en tanto que siempre se continuará presentando como una limitación a la libertad de expresión, como una contradicción a uno de los derechos fundamentales e inherentes al hombre, según la postura no establecida sino reconocida y postulada como principio a partir de la Revolución Francesa, también es cierto que los gobiernos constituidos tienen en todo tiempo el deber-derecho de defender las instituciones establecidas e irlas modificando sólo en la medida que las transformaciones económico-sociales se las vaya exigiendo; por tanto, cuando una determinada expresión de pensamiento es considerada como "peligrosa", por constituir un peligro para las instituciones establecidas, el Estado como gobierno tiene la necesidad de protegerse. Por cuanto expuesto, refiriéndonos ahora al problema de técnica jurídica que nos hemos planteado, si bien conforme al texto de la ley no se hace necesario una auténtica "excitación" por parte del sujeto pasivo de la relación derivada de la conducta incriminada —la conducta en este caso es mera expresión de pensamiento— desde el punto de vista de la aplicación real de este precepto, es evidente que amén de los elementos establecidos en la ley, uno más debe venir incluido, la obligada presencia de la excitación del sujeto pasivo de la relación que es el grupo social en general.

⁹³ Artículo 124. Se impondrá prisión de ocho a cuarenta años y multa de mil a cincuenta mil pesos, por el delito previsto en el artículo precedente y, además, en los casos siguientes:

Fracción XI. Al que estando ya declarada la guerra o rotas las hostilidades, forme o fomente una conspiración, rebelión o sedición en el interior, sea cual fuere el pretexto, si éste se hiciere por favorecer al invasor o diere ese resultado.

⁹⁴ Artículo 207. Comete el delito de lenocinio.

Fracción II. Al que induca o solicite a una persona para que con otra comercie sexualmente con su cuerpo o le facilite los medios para que se entregue a la prostitución.

⁹⁵ Artículo 209. Al que provoque públicamente a cometer un delito, o haga la apología de éste o de algún vicio, se le aplicarán prisión de tres días a seis meses y multa de cinco a cincuenta pesos, si el delito no se ejecutare. En caso contrario, se aplicará al provocador la sanción que le corresponda por su participación en el delito cometido.

ni siquiera presentarse como tendenciosas, por lo cual si bien supone una resolución manifiesta en el sentido de exteriorización de ideas de quien las expresa, el autor del delito; no se requiere, sin embargo, postura alguna en la situación psicológica del sujeto pasivo de la relación derivada de la conducta, que en el presente caso no requiere ser individuado.

El artículo 164 se refiere al delito de asociación delictuosa⁹⁶ cuando se expresa que será castigado: "...al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación...", viene a preverse un caso más que nosotros consideramos como de resolución manifiesta, en tanto que la punición se refiere exclusivamente a la resolución de formar la banda, independientemente de la de los futuros delitos, por lo cual verdaderos actos preparatorios a la comisión de un delito no vienen a configurarse sino cuando la propia asociación acuerda la realización de alguno e inicia lo necesario para llevarlo a cabo.

⁹⁶ Artículo 164. Se impondrán prisión de seis meses a seis años y multa de cincuenta a quinientos pesos, al que tomare participación en una asociación o banda de tres o más personas, organizada para delinquir, por el solo hecho de ser miembro de la asociación, e independientemente de la pena que le corresponda por el delito que pudiera cometer o haya cometido.