

LA TENTATIVA INACABADA

Por Francisco Javier RAMOS BEJARANO
Profesor de la Facultad de Derecho de la
U.N.A.M.

“TEMA 65.—TENTATIVA (continuación): TENTATIVA INACABADA (o frustración):—1. Concepto.—2. Elementos.—3. Arrepentimiento activo o eficaz.—4. Arrepentimiento post-factum.—5. La tentativa en los delitos culposos.—6. La tentativa en los delitos de omisión: a) en los de omisión simple; y, b) en los de comisión por omisión.—7. Delitos que admiten o no la tentativa.—8. Derecho positivo mexicano”.

CUESTIONES PREVIAS

Antes de pretender desarrollar cada uno de los incisos comprendidos en el tema que nos ha tocado en suerte, precisa ubicarlo dentro de la sistemática del Derecho Penal. Desde luego, la institución de la Tentativa en general, hállese situada en la Teoría del Delito, y, concretamente, en el *Iter Criminis*, *Formas de Manifestación del Delito*, o *Desarrollo del Hecho Delictivo*, según sus diversas denominaciones. En primer lugar estudiemos qué es el *Iter Criminis*. La frase significa etimológicamente *camino del crimen*; con esta expresión se alude al sendero desplazado por el delito, desde su iniciación como idea o tentación en la mente del hombre, hasta su total agotamiento. Huelga decir que esta ruta sólo se observa en los delitos dolosos y nunca en los culposos (o imprudenciales según terminología de la ley), pues éstos se caracterizan porque la voluntad no se dirige a la producción del hecho típico penal, sino únicamente a la realización de la conducta inicial; la vida del delito culposo emerge cuando el individuo descuida, en su comportamiento, las precauciones y cautelas debidas, impuestas para evitar la alteración del orden jurídicamente tutelado.

Normalmente se señalan dos fases en el *Iter Criminis*: *interna* una y *externa* otra; a su vez la primera se escinde en ideación o concepción, deliberación y, por último, resolución o determinación. La etapa externa abarca la resolución manifestada, los actos preparatorios, los ejecutivos y la consu-

mación. Por otra parte, los actos ejecutivos suelen a veces quedar en mera *tentativa*; en consecuencia, es aquí donde se hospeda la institución a estudio.

Hecha esta introducción, precisa hablar de la tentativa en general, en vista de que el tema por desarrollar se refiere únicamente a una de las formas, a saber: la *inacabada*.

En términos generales, puede definirse la tentativa como la ejecución de hechos (todos o algunos), encaminados directa o inmediatamente a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas ajenas al querer del sujeto. Sin embargo, con acierto el maestro PORTE PETIT ha hecho notar lo incorrecto de las definiciones comunes, en las cuales, para dar el concepto de tentativa, se hace referencia a la *ejecución de hechos*, cuando en realidad el instituto opera también en los delitos de omisión y, por ende, puede aparecer mediante un comienzo de inejecución o de inactividad, si existe voluntad de hacer surgir el resultado, pero éste no aparece por causas ajenas a la voluntad del agente. "La vida que tenga el comienzo de inejecución depende del tiempo en que se realice la acción esperada, es decir, que llegue antes del momento en que existe una ausencia total de los actos de ejecución".¹ En consecuencia, sería preferible definir la tentativa, a efecto de comprender todas las formas, como la *ejecución o inejecución*, en su caso, de actos encaminados a la realización de un delito, si éste no se consuma por causas independientes del querer del agente.

Dos son las formas principales de tentativa: *acabada e inacabada*. En este párrafo sólo haremos referencia a la primera, pues la segunda constituye el tema central de nuestro estudio.

A la tentativa acabada se le denomina también delito frustrado; aparece si el sujeto emplea todos los medios adecuados para cometer el delito y ejecuta (o deja de ejecutar), todos los actos encaminados directamente a ese fin, mas el resultado no se produce por causas ajenas a su voluntad. En consecuencia, la tentativa acabada o frustración, implica que el delito se ha agotado subjetiva, pero no objetivamente; el agente ha puesto cuanto está de su parte para lograr la aparición del resultado delictivo, sin éste tener lugar por causas ajenas a su voluntad. Es clásico el ejemplo, en cuanto a la tentativa acabada se refiere, del individuo que, con el propósito de dar muerte a una persona, le administra un veneno en cantidad suficiente para hacer cesar su vida, mas esto no ocurre debido a la inesperada intervención del médico evitando la muerte.

¹ Programa de la Parte General del Derecho Penal, México, 1958, p. 583.

TENTATIVA INACABADA

I. CONCEPTO.—Primeramente queremos hacer notar que la TENTATIVA INACABADA no es la FRUSTRACION, como se dice en el Programa (probablemente por error tipográfico); la inacabada se denomina también *delito intentado*; la acabada sí recibe el nombre de *frustración o delito frustrado*. Así se advierte en todos los tratadistas nacionales y extranjeros. No creemos que el Tema 65 del Programa haya querido referirse a la TENTATIVA INACABADA O FRUSTRACIÓN porque entonces dicho programa dejaría de estudiar la INACABADA; seguramente el paréntesis en donde se lee: (*o frustración*), se colocó indebidamente, en vez de la frase con la cual se acostumbra designar también a la inacabada, como *delito intentado* u otra similar.

Por *tentativa inacabada* se entiende la incompleta realización, por causas ajenas a la voluntad del sujeto, de los actos requeridos para la consumación del delito. Mientras en la tentativa acabada se realizan los actos necesarios para el surgimiento del resultado, en la inacabada no se ejecutan todos. En una palabra, en la tentativa que nos ocupa sólo se practican algunos de los actos indispensables para llegar a la consumación; en la acabada se verifican todos y sin embargo el resultado no emerge. Por ello ya antes expresamos que en la acabada el delito se realiza subjetiva, pero no objetivamente; en la inacabada no se verifica ni subjetiva ni objetivamente. EDMUNDO MEZGER, al ocuparse de la diferencia entre ambas clases de tentativa, expresa que “no se hace referencia al resultado del acto, sino al término de la actividad desplegada por el agente. En la inacabada el autor no ha hecho todo lo que por su parte es necesario, mientras en la tentativa acabada ha hecho todo lo que es necesario por su parte, pero por causas externas, el resultado no se ha producido”.² Insiste el mismo pensador en que en la delimitación de la tentativa inacabada frente a la acabada, constituye la *resolución* del agente, la base determinante. “Sólo en el sentido subjetivo del autor mismo puede ser contestada la pregunta respecto a sí el agente ha hecho todo lo que por su parte es necesario para la consumación del delito”.³

En una palabra, hay tentativa inacabada o delito intentado, si se verifican los actos encaminados a la producción del resultado, omitiéndose uno o

² *Tratado de Derecho Penal*, Edición 1957, Tomo II, p. 265. Traducción de Rodríguez Muñoz.

³ *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, p. 266.

varios por causas ajenas al querer del autor; existe una ejecución incompleta.

2. ELEMENTOS.—En primer término, debe existir por parte del agente *la voluntad de realizar el delito*; en segundo lugar un *comienzo de ejecución* (o de inejecución); es decir, tratándose de los delitos de acción precisa un principio de actividad, mientras en los delitos de comisión por omisión requiere un comienzo de inactividad; en tercer término, que el delito *no se consume por causas ajenas al querer del hombre*.

Del primer elemento anteriormente expuesto, se desprende que únicamente los *delitos dolosos* permiten la tentativa (por supuesto las dos formas), pero nunca los *culposos*, pues como antes se ha manifestado, caracterizándose porque en ellos la voluntad, si bien se dirige hacia la realización de la acción o de la omisión, no persigue el resultado ni directa, indirecta, indeterminada o eventualmente.

Del segundo elemento se infiere que tanto en los delitos de acción cuanto en los de omisión impropia, es dable la institución objeto de nuestro trabajo.

El tercer factor requiere de una causa externa al sujeto para la no consumación del delito.

EUGENIO CUELLO CALÓN señala como elemento de esta tentativa: a) intención de cometer un delito determinado; b) un principio de ejecución del delito; y c) que la ejecución se interrumpa por causas independientes de la voluntad del agente.⁴

Por su parte el profesor EDUARDO NOVOA MONREAL considera los siguientes elementos: a) un propósito delictivo exteriorizado en actividad material; b) una actividad material adecuada a la realización del tipo proyectado por el sujeto activo; c) una actividad material que sea fragmentable; d) la interposición de un obstáculo o impedimento ajeno a la voluntad del sujeto activo; y e) la no consumación del tipo a que tendía el propósito del sujeto.⁵

De los elementos reseñados por NOVOA MONREAL, a nuestro juicio sólo merecen comentarios los marcados con las letras b), c) y e). El profesor chileno alude a una actividad material *adecuada* a la realización del tipo; en consecuencia, podemos entender que se incluyen las dos especies, es decir, la completa y la incompleta; al hablar en el inciso c) de una actividad fragmentable, significa que debe ser susceptible de cumplirse en varios momen-

⁴ Cfr. *Derecho Penal*, 8a. Edic. Barcelona, 1917, Tomo I, p. 486.

⁵ Cfr. *Algunas consideraciones acerca de la Tentativa*, Santiago de Chile, 1962, pp. 11 y ss.

tos, aun cuando se trate de delitos instantáneos. A nuestro parecer sería más técnico aludir a actividad o inactividad, o simplemente a conducta, término comprensivo del hacer y del abstenerse, para abarcar también los delitos de omisión impropia. En el inciso e) se refiere no a la falta de consumación del delito, sino del tipo, al explicar que la tentativa es un dispositivo legal amplificador del tipo, pues el instante en el cual, por obra del comportamiento del sujeto, se cumple íntegramente la acción designada por el verbo rector del tipo y se hallan presentes las demás exigencias típicas, el hecho, dice textualmente el autor citado, debe tenerse por consumado.

GIUSEPPE MAGGIORE señala los siguientes elementos: 1. Intención dirigida a cometer un delito; 2. Un acto idóneo; 3. Una acción no realizada o un resultado no verificado.

Merece a nuestro juicio comentario el elemento marcado con el número "2" por expresar el maestro italiano que "para la existencia de la tentativa basta un acto, sin importar su naturaleza ejecutiva o preparatoria, pues también perteneciendo a esta última puede integrar la tentativa, si está animada de la intención unívoca de cometer un delito".⁶ No estamos acordes con la operancia de la tentativa tratándose de los actos preparatorios, aun cuando exista la intención unívoca de la cual habla el penalista italiano; si bien el acto ejecutivo se distingue del preparatorio principalmente por revelar de modo inequívoco su vinculación con el delito, la univocidad no debe existir en la intención del sujeto, sino traducirse al mundo de relación, ser objetiva; evidentemente en todos los actos preparatorios hay el propósito determinado a la realización del delito, pero tal propósito no se trasluce al exterior; poner en términos generales el acto preparatorio equivale a castigar, indistintamente, por su equivocidad externa (no en la intención del sujeto), hechos ilícitos lo mismo que inocentes.

Hay, pues, en la tentativa, un elemento subjetivo: intención de ejecutar un hecho (que es típico del Derecho Penal); uno objetivo: realización de actos encaminados inmediata y directamente a tal realización (en la tentativa inacabada no han de ejecutarse todos); y, finalmente, un tercer elemento, de carácter negativo: la no consumación por causas independientes del querer del agente.

3. ARREPENTIMIENTO ACTIVO O EFICAZ. Comúnmente se afirma que en la tentativa inacabada no es factible el arrepentimiento, sino el desistimiento; en cambio en la acabada sólo es posible el arrepentimiento, por no ser dable desistir de lo ya ejecutado totalmente. Sin embargo, en un terreno

⁶ *Derecho Penal*, "Temis", Bogotá, 1954, Vol. II, p. 80.

moral puede admitirse que el individuo se arrepienta de lo realizado totalmente, aun cuando ese arrepentimiento no sea la causa de la no producción del resultado.

En la tentativa inacabada no puede hablarse con propiedad de arrepentimiento, sino de desistimiento respecto al acto o a los actos faltantes para la producción del resultado, mas como éste no emerge por causas dependientes del querer del hombre, sin duda no hay posibilidad de punición. Es, pues, común hablar, en sentido propio, de *arrepentimiento* en la tentativa acabada y de desistimiento en la inacabada. Así J. RAMÓN PALACIOS⁷ sostiene que el arrepentimiento sólo se produce en la frustración y el desistimiento en la tentativa incompleta.

Entendemos por *arrepentimiento eficaz*, la actividad voluntaria del agente para evitar la consumación del delito, pero cuando ya se ha agotado el proceso de ejecución, idóneo por sí solo para el propósito inicial. Desde este punto de vista, el arrepentimiento activo o eficaz, insistimos, sólo es posible en la tentativa acabada, al suponer, por su propia naturaleza, la ejecución de todos los actos adecuados para la producción del delito, mas entraña una actividad del propio agente para impedir el curso de la relación causal y evitar así la consumación. Tanto el arrepentimiento eficaz, cuando el desistimiento no han de ser forzados (física o moralmente), aun cuando se originen por el temor a sufrir la amenaza penal. Debe reconocerse la impunidad en nuestro Derecho, a menos que los actos realizados constituyan otro delito autónomo y consumado.

PAVÓN VASCONCELOS señala como elemento del arrepentimiento activo: a) una voluntad inicial de causación del resultado; b) realización de todos los actos de ejecución; c) una actividad eficaz voluntaria para impedir el resultado y d) la no verificación de dicho resultado.⁸

Como ejemplo clásico se cita el caso del sujeto que con el propósito de dar muerte a una persona, le hace ingerir un tóxico en cantidad suficiente para el efecto letal, pero una vez realizado el comportamiento, acude al médico para que administre algún medicamento a fin de neutralizar la acción de la substancia dada.

Como de acuerdo con el artículo 12 de nuestro ordenamiento represivo, sólo es punible la tentativa, si el resultado no se consuma por causas ajenas a la voluntad del autor, sin duda en el arrepentimiento eficaz, como antes dijimos, no hay posibilidad de aplicar pena alguna; la no consumación tiene por causa una actividad voluntaria del agente. Generalmente los auto-

⁷ Cfr. *La Tentativa*, México, 1951, p. 148.

⁸ Cfr. *Breve Ensayo sobre la Tentativa*, p. 138.

res consideran indispensable que la actividad en la cual se traduce el arrepentimiento eficaz, tenga verificativo antes de ser conocida o descubierta la actuación ejecutiva. BETTIOL, al referirse al artículo 56 del Código Penal italiano, relativo al arrepentimiento activo, hace notar su carácter de atenuante de la pena y no de causa capaz de excluirla.⁹

4. ARREPENTIMIENTO POST FACTUM.—Naturaleza muy similar a la del arrepentimiento eficaz posee el *post factum*, pues al igual que aquél, tiene verificativo después de la ejecución de todos los actos encaminados a la consumación, pero mientras en el arrepentimiento eficaz la actividad del autor impide la producción del resultado, en el *post factum* sólo se logra que las cosas vuelvan al estado anterior a la consumación del delito. Suele ejemplificarse el arrepentimiento *post factum*, con el caso de la persona que procura y obtiene la evasión de un preso y después realiza actividades tendientes al logro de la captura, verificándose ésta.

Desde luego adviértase que en el tema a estudio no puede operar el arrepentimiento *post factum* (probablemente en el Programa se menciona a efecto de que se haga notar su improcedencia en la tentativa inacabada), por requerir tal arrepentimiento, la consumación del delito y, consecuentemente, la ejecución de todos, absolutamente todos, los actos ejecutivos.

Para JOSÉ ANTONIO DE MIGUEL SERRANO, en el arrepentimiento *post factum*, la intervención del sujeto no opera en el curso del delito, por sobrevenir después de la consumación y, por tal razón, las leyes sólo atribuyen a este tipo de arrepentimiento el carácter de atenuante de la pena; en cambio, en el arrepentimiento eficaz o activo, el agente, después de realizados todos los actos de ejecución, procura evitar el resultado delictivo mediante una conducta activa; en esto difiere también del simple desistimiento sólo operante en la tentativa inacabada, en donde es suficiente la inactividad del agente, mientras en el arrepentimiento activo o eficaz precisa que el individuo despliegue una actividad contraria a la delictiva, para catalizar la acción ya ejecutada.¹⁰

En esencia, el arrepentimiento activo o eficaz difiere del *post factum*, en que mientras el primero evita el resultado e imposibilita, de acuerdo con nuestra ley, la punición, el segundo no impide la consumación, por operar una vez producido el delito.

Hagamos notar, para terminar este inciso, que nuestra legislación no capta la figura del arrepentimiento *post factum*, mas consideramos induda-

⁹ *Diritto Penale*, Palermo, 1945, p. 362.

¹⁰ *El Iter Criminis*, Caracas, 1957, pp. 83 y ss.

ble su influencia en la graduación de la pena, por ser síntoma revelador de menor temibilidad; por supuesto si se demuestra que el agente obró en forma espontánea, por un verdadero arrepentimiento en el sentido estricto del vocablo.

5. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS CULPOSOS.—Es unánime el pensamiento en el sentido de que la institución de la tentativa opera únicamente en los delitos dolosos, pues el solo nombre de la figura a estudio da la idea de encaminar la voluntad al hecho previsto por la tipicidad prohibitiva. Aludiendo concretamente al Derecho positivo mexicano, todos los especialistas están acordes en la imposibilidad de tentativa en los delitos por culpa. JIMÉNEZ DE ASÚA¹¹ de manera categórica niega toda posibilidad de tentativa culposa, recordando el pensamiento de ALIMENA para demostrar la incompatibilidad de la tentativa y de la culpa, en el sentido de que en la primera se obtiene menos de lo deseado; en la culpa, en cambio, más de lo querido.

Resulta interesante la opinión del profesor mexicano IGNACIO VILLALOBOS, quien insistiendo en la inoperancia de la tentativa en los delitos culposos, de acuerdo con la redacción del artículo 12 del Código Penal de 1931 para el Distrito y Territorios Federales en materia común y para toda la República en la federal, hace notar que admitirla sería ir contra el lenguaje por envolver la tentativa la idea de una voluntad dirigida al tipo penal; no obstante ello, pone de relieve la existencia de *delitos imperfectos*, por falta de consumación, en grado culposo, por existir casos en los cuales el sujeto ejecuta actos eficaces para causar el efecto típicamente antijurídico, pero por negligencia o imprudencia características de la culpa, no se produce el efecto. Señala como ejemplo el caso del individuo que con una pistola, por broma, amenaza matar a un amigo; el proyectil se dispara y hace blanco en un reloj o en una medalla, sin ocurrir la muerte, ni lesión alguna. “¿puede esta clase de bromas imprudentes y peligrosas —se pregunta el maestro— pasar inadvertidas para el Derecho? ¿No hay motivos para su represión? ¿Bastará que no convenga a estos delitos imperfectos o no consumados objetivamente, el mismo nombre de *tentativa* usado en sus hermanos gemelos, para que sean completamente ignorados?”¹²

Con relación a la opinión del maestro VILLALOBOS, debe recordarse que para CARRARA¹³ la razón política para la punición de la tentativa consiste en el peligro para los bienes jurídicamente tutelados y también

¹¹ Cfr. *La Ley y el Delito*, Edic. A. Bello, Caracas, 1945, p. 601.

¹² *Derecho Penal Mexicano*, 2a. Ed. Porrúa, México, 1960, p. 308.

¹³ *Opusculi*, Tomo I, pp. 376 y ss.

en la intención del sujeto; por ende, el profesor mexicano antes mencionado, insiste en la existencia, también, de una razón política para sancionar aquellos delitos imperfectos, por culpa que, como en la tentativa, llevan aparejado el efecto de peligro como elemento objetivo, y como subjetivo, la negligencia o imprudencia ante la seguridad de los intereses protegidos por el Derecho.¹⁴

6. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE OMISIÓN: a) *en los de omisión simple*. La conducta, elemento objetivo del delito, puede revestir los modos de acción y de omisión; es decir, se delinque haciendo o dejando de hacer. La *omisión emerge en dos formas*: simple omisión u omisión propiamente dicha y comisión por omisión u omisión impropia. Los delitos de *simple omisión* son aquellos, dice el maestro FRANCISCO GONZÁLEZ DE LA VEGA, en los cuales se viola una norma preceptiva por la conducta inactiva o de abstención del agente; en estos casos el infractor no hace lo que debe, hacer. En los delitos de *comisión por omisión* se viola una norma *prohibitiva* por la conducta *inactiva* del agente. Este viola una norma de no hacer por un *no haciendo*.¹⁵ De acuerdo con los anteriores conceptos, los delitos de omisión simple consisten en la mera abstención, en la sola inactividad, en tanto en los de comisión por omisión, la inactividad produce un resultado material. En la omisión impropia sólo se viola una norma: la dispositiva; en la comisión por omisión se infringen dos: preceptiva una y prohibitiva otra. Mientras los delitos de simple omisión únicamente comportan resultado jurídico, los de comisión por omisión implican dos: jurídico y material.

Por su propia naturaleza, los *de simple omisión no admiten* la tentativa en ninguna de sus formas, pues su realización opera con la mera abstención; si al tipo no precisa de un resultado material, la tentativa equivaldría a consumar el delito, porque en ellos *omitir* significa cobrar el tipo. Como dice CAVALLLO, la omisión consiste en la abstención del comportamiento de una acción que se tenía obligación de realizar, expresándose aquélla en una conducta diversa a la querida por la norma.¹⁶ En las condiciones apuntadas, la sola inactividad, la no ejecución del movimiento debido llena la previsión típica.

b) *En los de comisión por omisión*.— Si en los delitos de simple omisión, por su estructura misma no puede operar la tentativa, por carecer propiamente de un proceso ejecutivo, en los de comisión por omisión es

¹⁴ I. VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, p. 308.

¹⁵ *Cfr. Código Penal Comentado*, México, 1939, p. 73.

¹⁶ *Derecho Penal*, Edic., 1955, Vol. II, p. 155.

de admitirse. Ya en otra parte, citando al maestro PORRE PETIT, hicimos notar cómo es factible tener la intención de cometer un delito mediante la inejecución de determinados actos y sin embargo no aparezca la consumación por causas ajenas a la voluntad del agente. En términos generales sólo opera la tentativa acabada en los delitos de comisión por omisión, es decir, cuando el sujeto ha decidido no realizar el comportamiento ordenado, idóneo para la aparición del resultado, sin surgir éste por causas independientes de su voluntad; sin embargo, al menos hipotéticamente, es de aceptarse también la tentativa *inacabada* en la comisión por omisión, si por causas externas al autor, se interrumpe el proceso de inejecución causal del resultado. Podemos encontrar un caso de tentativa inacabada en los delitos a estudio: la madre ha dejado de alimentar al hijo con el propósito de causarle la muerte y cuando está a punto de sobrevenir ésta por inanición, se presenta un tercero y la fuerza a amamantarlo, evitándose así el resultado letal.

7. DELITOS QUE ADMITEN O NO LA TENTATIVA.—Desde luego, este inciso conviene escindirlo en dos partes: la primera consagrada a los ilícitos penales susceptibles de quedar en grado de tentativa y, la segunda, a los que no la admiten.

En general todos los delitos son capaces de comportar la tentativa; puede decirse que ésta es la regla. Desde luego, como criterio ordinario, la tentativa opera en los delitos dolosos (no en todos); en los de acción y de comisión por omisión; tanto en los de lesión cuanto en los de peligro, con tal de que en éstos, al decir del profesor JIMÉNEZ HUERTA,¹⁷ los actos típicos, sin integrar en plenitud la conducta peligrosa, sean en su esencia *típicamente* idóneos para su realización, lo cual opera si los actos ejecutados inician el riesgo al bien jurídico tutelado. También admiten la tentativa los delitos materiales, en oposición a los formales. En cuanto a esta clasificación, el maestro JUAN JOSÉ GONZÁLEZ BUSTAMANTE¹⁸ señala acertadamente su anacronismo, pues todos producen un resultado jurídico. De acuerdo con tal nomenclatura, ya en desuso, evidentemente sólo es dable la tentativa en los *delitos de resultado material*, porque los formales carecen de proceso ejecutivo, pues como expresa MAGGIORE, en los de mera actividad (formales), la simple tentativa bastaría para consumarlos jurídicamente.¹⁹

No admiten la tentativa los delitos culposos (imprudenciales, según lenguaje legal). Nos remitimos en este punto a lo ya dicho anteriormente.

¹⁷ *La Tipicidad*, Porrúa, 1955, p. 128.

¹⁸ Cfr. Notas de clase, 1963. En este sentido en su interesante publicación *El Cheque*, 1961, p. 194.

¹⁹ Cfr. *Derecho Penal*, Edic. 1954. Tomo I, p. 294.

Tampoco puede operar en los delitos llamados *de un solo acto*, porque evidentemente al ejecutarse este acto único, el intento queda completo aun cuando no se produzca el resultado.

La preterintención excluye, por definición, el supuesto de la tentativa. El delito preterintencional se define como aquél en el cual el resultado efectivamente surgido sobrepasa a la intención del autor. Se dice que existe dolo en cuanto a lo querido y culpa con relación a lo efectivamente ocurrido, sobrepasando el deseo; es claro que si no se quiere el resultado realmente aparecido, no puede hablarse de un proceso ejecutivo voluntario.

Ha quedado expresado en otra parte que es imposible admitir la tentativa en los delitos de simple omisión, a diferencia de lo que ocurre en los de comisión por omisión y, por ende, creemos innecesario insistir sobre el particular.

En cuanto a los delitos unisubsistentes, se dice que no es admisible la tentativa por tratarse de ilícitos penales de un solo acto. Nosotros nos apartamos de esa forma de concebir tales delitos y creemos con SEBASTIÁN SOLER, que el delito unisubsistente es el formado por una actividad o inactividad captadas en su integridad por el tipo, sin ser necesaria la repetición para colmarse aquél. En cambio el delito es plurisubsistente cuando la descripción típica precisa la repetición de varias conductas, mas cada una de ellas puede constar lo mismo de un acto que de varios. En algunos Códigos de los Estados, para poder aplicar la pena correspondiente a una especie incluida en el Capítulo del Encubrimiento, se requiere que se compren cosas robadas dos o más veces; es decir, el delito es plurisubsistente porque con una sola compra no se agota el tipo. Hecha esta aclaración, puede operar la tentativa en los delitos unisubsistentes, a menos que se trate de delitos de acto único.

3. DERECHO POSITIVO MEXICANO.—El Código Penal de 1871 distinguió en el Capítulo II, Título Primero, Libro I, cuatro grados del delito doloso: a) conato; b) delito intentado; c) delito frustrado; y d) delito consumado. Entendió el *conato* como la ejecución de uno o más hechos encaminados directa o inmediatamente a la consumación, pero sin llegar al acto que la constituye, por causas independientes de la voluntad del agente. Se estableció como requisito que los actos realizados permitieran conocer, por sí solos o mediante otros indicios, cuál era el delito que se pretendía perpetrar. Por *delito intentado* se comprendió aquél en el cual el sujeto llegaba hasta el último acto adecuado para la consumación, si ésta no surgía, por tratarse de un delito irrealizable, por imposible, o por ser los medios evidentemente inadecuados. El *delito frustrado* consistía en la ejecución de todos los actos

para obtener la consumación, si ésta no surgía por causas externas a la voluntad del agente, diversas a las señaladas respecto al delito intentado.

El efímero Código Penal de 1929, en su artículo 22, consideró punible la tentativa “cuando el agente inicia exteriormente la ejecución del hecho delictuoso directamente por actos idóneos y no practica todos los esenciales de ejecución que debieran producir el delito, por causa o condición que no sea su propio y espontáneo desistimiento”. Nótese que este ordenamiento dejó de considerar la tentativa acabada o frustración, así como el delito imposible.

En el Código vigente se captan la tentativa acabada y la inacabada (artículo 12), al indicarse: “Es punible la tentativa 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”. Sin embargo, de acuerdo con una interpretación estrictamente literal, destacados pensadores consideran que la fórmula del artículo 12 no contiene propiamente la figura de la tentativa, sino de los actos *puramente preparatorios*. El maestro PORTE PETIT así lo ha hecho notar y su opinión la comparten los juspenalistas J. RAMÓN PALACIOS²⁰ y FRANCISCO H. PAVÓN VASCONCELOS.²¹ Consideran que los hechos encaminados a la realización del delito son los que pueden facilitar su ejecución y, por ende, trátase de los *preparatorios* a través de los cuales es dable llegar a los *ejecutivos* integradores de una tentativa punible, pues los requeridos por el precepto en cita no constituyen “un comienzo de ejecución del delito”, a virtud de que el aludido dispositivo no hace referencia alguna al acto consumativo y aun admitiendo por “realización de un delito” la consumación del mismo, existe la posibilidad de verificación de actos preparatorios capaces de colmar los requisitos del mulcificado artículo 12.

Sin desconocer la validez de las mencionadas opiniones, la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación, encargada en última instancia de desentrañar el sentido de las leyes, ha establecido el alcance del artículo 12, interpretándolo sobre la base de que capta el comienzo de ejecución del delito o el agotamiento del proceso ejecutivo, sin producirse el resultado por causas ajenas a la voluntad del autor. En relación con las ejecutorias de la H. Suprema Corte de Justicia, PAVÓN VASCONCELOS escribe: “Si la interpretación de la Suprema Corte es correcta y tentativa equivale, en el texto de la ley, a ejecución del delito, queda lógicamente excluida de él y de su punibilidad

²⁰ Cfr. *La Tentativa*, México, 1951, pp. 198 y ss.

²¹ *Breve Ensayo sobre la Tentativa* (Tesis de Doctorado), Edic. mimeográfica, 1963, p. 169.

la tentativa absolutamente inidónea o *delito imposible*, no así la relativa, pues la noción de ejecutividad impide, por su propia esencia, considerar tentativa de un delito la acción inidónea por imposibilidad absoluta, ya en los medios o bien en el objeto".²²

Creemos que la ley represiva vigente considera tentativa, en general, a todo lo que no alcanza consumación, mas cuida de precisar cuándo es punible esa tentativa. Consideramos, en atención a la jurisprudencia de nuestro más Alto Tribunal, que se comprenden las dos formas: acabada e inacabada, no así la imposible, ni la instigación no aceptada.²³

En cuanto a la tentativa de delito imposible, el maestro GONZÁLEZ DE LA VEGA escribe: "Dentro del art. 12, además del antiguo grado de frustración, caben el conato material con ejecución de hechos dirigidos inmediata y directamente al delito y, también, ciertos delitos imposibles en que la peligrosidad del agente se revela por la ejecución de medios adecuados para el crimen..."²⁴ Por su parte el maestro CARRANCA y TRUJILLO expresa: "Como el precepto comentado (se refiere al artículo 12 del Código Penal) requiere que la consumación no se realice por causas ajenas a la voluntad del agente, entendemos que en los ejemplos citados y en todos los de delito imposible, se ofrece la condición: por lo que la fórmula de la tentativa comprende también al delito imposible".²⁵

Adviértase que para los juspenalistas antes citados, es dable, de acuerdo con nuestro Derecho, la punición de la tentativa de delito imposible. Nosotros interpretamos el precepto en el sentido de que exigiéndose la ejecución de hechos encaminados *directa e inmediatamente* a la realización de un delito, no comprende al delito imposible.

El Anteproyecto de Código Penal de 1949²⁶ mejoró la fórmula del vigente al establecer en su artículo 12 que la tentativa punible "consiste en la resolución de cometer un delito, manifestada por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debían producirlo, no consumándose aquél por causas ajenas a la voluntad del agente". Comprende la acabada y la incompleta, mas no, a nuestro parecer, la de delito imposible.

El Anteproyecto de 1958²⁷ recoge el instituto en el segundo párrafo del

²² *Breve Ensayo sobre la Tentativa*, p. 172.

²³ Véase IGNAJO VILLALOBOS, *Derecho Penal Mexicano*, pp. 137, 138, 139 y 160.

²⁴ *Código Penal Comentado*, México, 1939, p. 82.

²⁵ *Código Penal Anotado*, 1962, p. 39.

²⁶ Constituyeron la Comisión los juristas RAÚL CARRANCA y TRUJILLO, LUIS GARRIDO, CELESTINO PORTE PETIT, FRANCISCO ARGÜELLES y GILBERTO SUÁREZ ARVIZO.

²⁷ Integraron la Comisión los penalistas CELESTINO PORTE PETIT, FRANCISCO H. PAVÓN VASCONCELOS, RICARDO FRANCO GUZMÁN y MANUEL DEL RÍO GÓVEA.

artículo 13: "La tentativa será punible cuando la resolución de cometer un delito se exteriorice por un comienzo de ejecución o por todos los actos que debieran producir el resultado, si éste no se realiza por causas ajenas a la voluntad del agente". La fórmula legal es similar a la del Anteproyecto de 1949. En el párrafo primero del artículo 13 considera punibles los actos preparatorios si son susceptibles de manifestar, unívocamente, el dolo del autor. El último párrafo del mismo dispositivo del Anteproyecto (1953) capta la tentativa de delito imposible, lo cual es encomiable.