Esta obra forma parte del acervo de la Biblioteca Jurídica Virtual del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM
www.juridicas.unam.mx www.derecho.unam.mx

ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA TENTATIVA

Gerardo Armando Urosa Ramírez*

Sumario: *Introducción.* I. *El iter criminis.* II. *Delimitación entre actos preparatorios y de tentativa.* III. *La tentativa en la omisión.* IV. *Clases de tentativa.* V. *Tentativa inidónea, delito putativo y delito imposible* VI. *Corolario.*

Introducción

De la simple observación y cotejo que se pueda realizar a las descripciones típicas contenidas en el libro segundo de la legislación penal, se advierte que la punibilidad prevista para éstas, presupone la consumación del ilícito respectivo, sin embargo, la legislación también prevé la posibilidad de aplicar sanciones a actos previos o encaminados a la consumación del delito, debido a la peligrosidad que revela la conducta del agente y el riesgo en que se coloca el bien jurídico tutelado.

La sanción puede acontecer porque el propio legislador, se "adelanta" a actos que revelan en sí la posibilidad de dañar determinado objeto jurídico o bien por que los mismos se han desarrollado a tal grado, que ponen en peligro un bien tutelado jurídicamente. En este orden de ideas, encontramos actos preliminares o preparatorios a determinada finalidad típica, que de manera excepcional son punibles, por ejemplo, el artículo 251 del Código Penal para el Distrito Federal que sanciona "a quien porte, fabrique, importe o acopie sin un fin lícito, instrumentos que puedan ser utilizados para agredir y que no tengan aplicación en actividades laborales o recreativas, atendiendo a las referencias de tiempo, modo y lugar". Como se observa en la

* Maestro por el Instituto de Ciencias Penales, profesor por oposición de derecho penal de la Facultad de Derecho de la UNAM y presidente de la Academia Nacional de Jurisprudencia, A.C.

descripción típica, la simple portación, fabricación, importación o acopio, de instrumentos que no tengan un fin lícito, colman un tipo penal autónomo, con independencia de que los instrumentos de mérito sean efectivamente utilizados o no para la realización de diverso delito.

Con independencia de lo anterior, la ley penal amplia su alcance a hipótesis en las que se realizan actos dirigidos a cometer determinado delito, que no llega a consumarse "por causas ajenas a la voluntad del agente".

A esta clase de actos se les denomina "tentativa". Debe precisarse, que no existe el delito de "tentativa" en sí, pues ésta carecería de sentido de no enlazarla con un tipo penal en concreto, por lo que siempre se hablará de tentativa de homicidio, tentativa de violación, tentativa de fraude, etcétera. Nuestra legislación define a la tentativa bajo los siguientes parámetros:

Para el Código Penal Federal:

> Artículo 12. Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél no se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente.

El Código Penal para el Distrito Federal en el artículo 20 prácticamente reproduce el concepto federal antedicho, agregando, como requisito para sancionar a la tentativa, que se ponga en peligro el bien jurídico tutelado, señalando:

> Artículo 20. (Tentativa punible). Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza realizando, en parte o totalmente, los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo no se llega a la consumación, pero se pone en peligro el bien jurídico tutelado.

Como se observa, la ley penal asume una postura ecléctica entre el criterio objetivo y el subjetivo, para justificar la punibilidad en la tentativa. En efecto, la ley recoge el criterio subjetivo al demandar la definición legal, la "*resolución* de cometer un delito", lo que ratifica el aspecto doloso de la acción, perfeccionado por el criterio objetivo plasmado en la ley, al establecer que la tentativa exige, además del citado aspecto intelectual, "la realización en parte o total de actos ejecutivos que deberían producir el resultado".

Séptima Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*
Tomo: 169-174 Segunda Parte
Página: 154
"TENTATIVA PUNIBLE, CONDICIONES DE LA. Según el artículo 12 del Código Penal Federal, 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". Como se aprecia de esta definición, los elementos que integran la naturaleza de la tentativa son *a*) un elemento moral o subjetivo que consiste en la intención dirigida a cometer un delito; *b*) un elemento material u objetivo, que consiste en actos desarrollados por el agente tendiente a la ejecución del delito, y *c*) un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Asentado lo anterior, resulta evidente que la tentativa punible, para surtirse, requiere no de meras actitudes que hagan suponer que se va a cometer un delito, sino de actos positivos que constituyan un principio de ejecución, es decir, de iniciación de un delito que no llega a su fin lesivo por el concurso de una tercera fuerza que lo impide y que es ajena a la voluntad del delincuente. Estos actos que son ya un inicio de penetración en el núcleo del tipo, a que la tentativa se refiere, han de ser realizados empleando el agente un medio objetivo idóneo a causar lesión en el bien jurídico tutelado, conforme a su determinación subjetiva previa; lo que no ocurre cuando sólo se trata de actos meramente preparatorios, previos a la ejecución".
Amparo directo 5627/82. Joel Rosales Villa. 26 de enero de 1983. Cinco votos. Ponente: Francisco Pavón Vasconcelos.

Octava Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: 77, mayo de 1994
Tesis: VI.2º. J/275
Página: 74
"TENTATIVA. ELEMENTOS DEL DELITO DE. La tentativa se integra con dos elementos, el subjetivo consistente en la intención dirigida a cometer un delito y el objetivo consistente en los actos realizados por el agente y que deben ser de naturaleza ejecutiva, y un resultado no verificado por causas ajenas a la voluntad del sujeto."
SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO DEL SEXTO CIRCUITO.
Amparo en revisión 323/91. Pedro Tlalmis Robles. 13 de agosto de 1991. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

Amparo en revisión 495/92. Pascual Diego Ascensión. 20 de octubre de 1992. Unanimidad de votos. Ponente: José Galván Rojas. Secretario: Armando Cortés Galván.
Amparo directo 574/92. José Zacarías Quiroz. 19 de febrero de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.
Amparo directo 29/93. José Alberto García Mora. 12 de marzo de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Tarcicio Obregón Lemus. Secretario: Nelson Loranca Ventura.
Amparo directo 333/93. Eduardo Tela Pérez. 20 de agosto de 1993. Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel. Secretario: Humberto Schettino Reyna.

El tercer párrafo del artículo 12 del Código Penal Federal, regula el desistimiento en los siguientes términos:

Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, sin perjuicio de aplicar la que corresponda a actos ejecutados u omitidos que constituyan por sí mismo delitos.

En relación al desistimiento, señala el Código Penal para el Distrito Federal.

Artículo 21. (Desistimiento y arrepentimiento). Si el sujeto desiste espontáneamente de la ejecución o impide la consumación del delito, no se le impondrá pena o medida de seguridad alguna por lo que a éste se refiere, a no ser que los actos ejecutados constituyan por sí mismos algún delito diferente, en cuyo caso se le impondrá la pena o mediada señalada para éste.

El arrepentimiento voluntario previo al resultado típico, constituye para un sector de la doctrina una excusa absolutoria y para otros —como Jiménez Huerta o Pavón Vasconcelos— una causa de atipicidad.

En este supuesto, se presume que el agente ha llegado a tal extremo en el desenvolvimiento de su conducta criminal, que solamente falta desarrollar el acto final para consumar el ilícito, pero no llega a concretarse por causas personales del autor que conserva el dominio del hecho. Al evitarlo, la acción respectiva no es punible.

El desistimiento es la voluntaria interrupción del proceso ejecutivo, que evita la consumación del resultado.

El desistimiento es voluntario cuando el sujeto ha dicho, no quiero, aún cuando puedo. Todo delito contiene un contexto de acción, el cual, general-

mente supone también el empleo de determinados medios, cierto grado de violencia, determinadas operaciones. Ahora bien, cuando esos medios estaban a disposición del sujeto, de manera que, sin impedimento, podía seguir usándolos hasta llegar al resultado, y no lo hizo, estaremos en presencia de un desistimiento. El sujeto se detiene antes de llevar las cosas hasta el grado de consumación. El sujeto tiene acorralada a la víctima y dispone de seis tiros de revólver, dispara uno o dos, ve que no lo ha herido, y a pesar de que nada le interrumpe la acción, no dispara los tiros restantes.[1]

En relación al tema que nos incumbe, la Corte ha promulgado el siguiente criterio jurisprudencial:

> Tentativa punible. Se requiere conforme al artículo 12 del Código Penal del Distrito para que sea punible la tentativa, que se ejecuten hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito y que éste no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, de donde se deduce que no es punible la sola manifestación de la voluntad de cometer un delito cuando el responsable desiste de ello por propia y espontánea voluntad". (Semanario Judicial de la Federación, Tomo LXXXVII, p. 512. Quinta Época).

Pretendiendo distinguir entre arrepentimiento y desistimiento, Jiménez Huerta, citando a Vannini, nos enseña que las discrepancias entre estas figuras no deben contemplarse en la forma externa de la conducta en que se manifiesta la voluntad del agente de evitar el ilícito, "sino en el momento en que dicha voluntad interviene: desistimiento voluntario, si interviene durante el *iter criminis,* renunciando a completar y agotar la acción ejecutiva; arrepentimiento eficaz, si interviene después de los delitos materiales, o sea, la consumación del delito.[2]

I. El *iter criminis*

A pesar de que la gran mayoría de los preceptos legales que describen una conducta aluden a un resultado fáctico, existen ocasiones en que el mismo no se concreta por causas ajenas a la voluntad del agente, sin que la ley penal permanezca indiferente ante dicha eventualidad.

---

[1] Soler, Sebastián, *Derecho Penal Argentino*, 3a. reimpresión, Buenos Aires, tipográfica Editora Argentina, 1956, t. II. pp. 244 y 245.

[2] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho Penal Mexicano,* t. I. Porrúa, 1998, p. 381.

Para precisar el momento en que determinada acción penetra al mundo del derecho penal, a pesar de no producir un resultado material, es necesario analizar cronológicamente el recorrido del crimen, desde su concepción hasta que se deslinda del intelecto y aflora al mundo real, comenzando su ejecución. Para efectos de la tentativa punible solamente tiene relevancia esta trayectoria tratándose de los delitos dolosos, siendo conocida la misma doctrinalmente como el camino del crimen o *iter criminis.*

El análisis del *iter criminis* revela que desde el surgimiento de la idea criminal hasta el agotamiento del hecho delictivo, existen diversas etapas o periodos sucesivos que van germinando de manera encadenada en la imaginación del autor, para después surgir en el mundo de los hechos, pudiendo dividirse dichas etapas en dos grandes partes; una de naturaleza intelectual o interna y otra externa. La etapa interna a su vez, se subdivide en tres periodos que son la ideación, la deliberación y la resolución. Por su parte, el aspecto externo se constituye con la manifestación, la preparación y la ejecución.

La fase psicológica o interna del *iter criminis* puede temporalmente variar de forma diametral, pudiendo tener un recorrido mental sumamente fugaz o parsimonioso. Toda esta fase subjetiva es impune siguiendo los lineamientos que desde Ulpiano son válidos, bajo el principio *cogitationis poenam nemo patitur* (nadie puede ser penado por sus pensamientos).

El recorrido interno del delito es en términos generales el siguiente:

La ideación. La ideación es la concepción de la idea criminosa. Es el fin delictivo forjado en la mente del sujeto; corresponde a la representación intelectual del fin deseado.

La deliberación. Una vez concebido el objetivo proscrito, el sujeto retrocede en introspectiva para toparse con el choque de valores entre la ideación criminal y sus principios morales, es decir, el individuo reflexiona o delibera internamente al respecto, colocando en una balanza la citada contradicción de pensamientos. La deliberación consiste en enfrentar psicológicamente la idea criminosa con los valores morales que sirven de contra-peso.

La resolución o decisión. En caso de continuar con la finalidad ideada, descartando los valores morales que pudieran hacerle reconsiderar su propósito criminal, entramos en la etapa denominada "resolución", la cual consiste en la continuación de la imagen criminal, asintiendo su ejecución.

La fase externa implica la exteriorización de la resolución delictiva y está compuesta por la manifestación, la preparación y la ejecución. El CPF y el CPDF se refieren en concreto, tanto a la última fase interna o resolución, como a la exteriorización al señalar que "Existe tentativa punible, cuando la

resolución de cometer un delito se *exterioriza* (...)", con lo que presumen la existencia de las etapas psicológicas anteriormente referidas.

La manifestación. Esta consiste en el surgimiento fáctico de la finalidad típica, es cuando brota el objetivo delictivo al mundo real. Generalmente, esta etapa se muestra mediante el idioma expresado de manera oral, hablando, empero, nada impide que pueda realizarse por escrito o incluso a través de otro tipo de mensajes o simbología, como sería la mímica. La manifestación de una idea delictiva, puede de manera eventual acarrear consecuencias penales, como en el caso del delito de rebelión (art. 135, frac. I), terrorismo (art. 139 CPF), conspiración (art. 141 CPF) o amenazas (art. 282 CPF ó 209 del CPDF). En este aspecto destaca el artículo 142 que prevé el delito de instigación, incitación o invitación a cometerlas, y que también son manifestaciones punibles. Señala el precepto de mérito:

> Artículo 142. *Al que instigue, incite o invite a la ejecución de los delitos* previstos en este título, se le aplicará la misma penalidad señalada para el delito de que se trate, excepción de lo establecido en el segundo párrafo del artículo 130, en el segundo párrafo del artículo 131 y en la fracción I del artículo 135 que conservan su penalidad específica.
> Al que instigue, incite o invite a militares en ejercicio a la ejecución de los delitos a que se refiere este Título, se le aplicará pena de cinco a cuarenta años de prisión.

Los actos preparatorios. Concluida la fase de la "manifestación", tendrán acceso los denominados actos preparatorios, que como su nombre lo indica consisten en la "preparación" o actos preliminares al hecho delictivo, se trata de actos que aún no descubren con mediana claridad, cuál es la voluntad criminal del sujeto, se trata de hechos que son "incoloros", es decir, no muestran con luminosidad la resolución delictiva. Resolver el lindero entre los actos preparatorios y la tentativa es deslindar actos generalmente impunes de aquellos relevantes para el derecho penal y su solución resulta sumamente delicada, por ejemplo: ¿puede considerarse tentativa del delito de homicidio la simple compra de un arsénico; o del delito de robo en casa habitación, la compra de ganzúas y una escalera; o en el delito de secuestro la adquisición de "cinta canela" para inmovilizar y mantener en cautiverio a la víctima? Estas hipótesis demuestran las dificultades por delimitar entre actos preparatorios y ejecutivos.

A pesar de que los actos preparatorios comúnmente son impunes, el legislador se adelanta al posible resultado típico y de manera esporádica sanciona los mismos, aunque en pluridad jurídica deberían ser considerados

impunes, sin embargo, debido a la inminente puesta en peligro del bien jurídico, los actos preliminares son sancionados aún sin tener un resultado material, como por ejemplo, los delitos de portación de armas prohibidas (artículos 160, 161,162 del CPF ó 251 del CPDF), la asociación delictuosa (artículo 164 del CPF), o determinada hipótesis tratándose de la falsificación de moneda (artículo 235 fracción III del CPF ó 253 del CPDF). Es importante aclarar que tratándose de delitos formales o de "mera conducta", solamente es posible la tentativa cuando éstos puedan dividirse de facto, es decir, cuando estamos ante delitos plurisubsistentes.

Para Carrara los actos preparatorios son impunes porque se trata de actos equívocos, que no muestran con claridad la intención criminal del sujeto.

Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: Apéndice de 1995
Tomo: Tomo II, Parte SCJN
Tesis: 349
Página: 193
"TENTATIVA INEXISTENTE. La tentativa punible es un grado de ejecución directa e inmediata, de un delito que no llega a su total consumación por causas ajenas a la voluntad del inculpado y si los actos de éste que aparecen demostrados en el proceso son equívocos, como los simplemente preparatorios y los de significado ambiguo, no deben considerarse como constitutivos de tentativa".
Sexta Época:
Amparo directo 875/51. Téllez Chávez Manuel. 19 de julio de 1955. Cinco votos.
Amparo directo 5158/57. Enrique Marín Barrera. 10 de diciembre de 1957. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo directo 1094/57. Ramón Núñez de Luna. 27 de enero de 1959. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo directo 2633/60. Baltazar Castañeda Alba. 24 de febrero de 1961. Unanimidad de cuatro votos.
Amparo directo 3541/61. Ramón Navarro Gaeta. 4 de septiembre de 1961. Unanimidad de cuatro votos.

Sexta Época
Instancia: Primera Sala
Fuente: *Semanario Judicial de la Federación*
Tomo: Segunda Parte, XLVI
Página: 34

> "VIOLACIÓN, ACTOS PREPARATORIOS NO PUNIBLES. Si está probado que el ahora quejoso tenía intención de copular con la menor, tal intención por sí misma no es punible y el solo hecho de que intentó tirarla al suelo, según lo expresa la misma ofendida y que le haya manifestado que quería estar con ella, no puede estimarse técnicamente como actos ejecutivos del delito, o dicho de otra forma, que tal proceder del quejoso no integra la ejecución de hechos encaminados directa e inmediatamente a la realización de un delito, pues por su propia naturaleza los actos realizados, aunque sean unívocos, por cuanto revelan la intención del sujeto, no son actos ejecutivos sino meros actos preparatorios no punibles, por lo que la sentencia reclamada en esta vía, al condenar al quejoso como responsable del delito de violación en grado de tentativa, es violatoria".
> Amparo directo 7651/60. Hilario Córdova Candelero. 14 de abril de 1961. Unanimidad de cuatro votos. Ponente: Juan José González Bustamante.

Una vez concluidos los actos preparatorios, procederán los eventos ejecutivos, los cuales en —términos generales—, sí tienen relevancia penal y presentan a su vez dos aspectos: la tentativa y la consumación. Para que un comportamiento sea considerado en grado de tentativa, requiere al menos un principio de ejecución representado en el texto legal, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza *"realizando en parte* o totalmente *los actos ejecutivos* que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo".

II. Delimitación entre actos preparatorios y de tentativa

Para intentar deslindar el comienzo de ejecución, relevante para el derecho penal o tentativa y discriminarlo de los denominados actos preparatorios, que generalmente no son castigados, se han elaborado diversas soluciones (como la teoría de la posibilidad del desistimiento, la cronológica, la psicológica, la casuística, de la causalidad, etcétera), destacando la teoría formal objetiva, material objetiva, del plan concreto del autor y la subjetiva. Debe señalarse que la denominación de las citadas teorías obedece a su marcada inclinación, ya sea en el plano interno o externo, sin embargo, lo anterior no significa que se desechen aspectos de naturaleza psicológica o bien de carácter externo, pues su clasificación obedece a que los criterios teóricos de mérito, presentan cierta tendencia en la disquisición por distinguir los actos preparatorios de los ejecutivos.

La teoría formal objetiva sostenida principalmente por Ernst Beling, señala que el comienzo de ejecución acontece cuando el autor ha realizado una parte de la acción típica o ha penetrado con su obrar en el núcleo del tipo, representado por el verbo rector que rige la descripción legal correspondiente. "Dado que cada núcleo tiene una periferia, la cual no agota la acción típica, *quien comienza a realizar el verbo núcleo, comienza a ejecutar la acción particular del tipo.* Habrá por tanto 'comienzo de ejecución' en el homicidio cuando se 'empieza a matar' y en el robo cuando se 'comienza a robar'.[3] Como se observa, el comienzo de ejecución es el punto de referencia de naturaleza objetiva, fáctica, que auxilia a deslindar los actos preliminares de la tentativa punible.

Las objeciones a esta teoría parecen infranqueables, pues, en el caso del sujeto que vierte veneno que será ingerido por la futura víctima, de propia mano, el acto realizado por el agente no constituye un comienzo de ejecución al no introducirse, la acción, dentro de la periferia del núcleo del tipo.[4]

Otra crítica puede presentarse: existirán supuestos en que se esté ante un comienzo de ejecución y sin embargo, no corra ningún peligro el bien jurídico tutelado, verbigracia, tratándose del caso de la tentativa inidónea; lo que ha generado su rechazo por un importante sector de la doctrina, pues mediante la misma resulta muy complicado dividir los actos preparatorios de los delitos consumados.

La teoría material objetiva, seguida por Edmund Mezger y Jiménez de Asúa, entre otros, agrega al criterio anterior, que la acción deba estar vinculada materialmente con el bien jurídicamente tutelado. Lo expuesto, significa que el agente ha realizado todos los actos tendentes a la realización del hecho típico, a tal extremo, que el enlace entre la elaboración del evento y el bien jurídico tutelado no requiere, de actos posteriores para su consumación, lo que implica un peligro inminente para el objeto jurídico tutelado.

Nelson R. Pessoa, critica la teoría debido a su elasticidad, o como el autor en cita lo denomina, por su "laxitud categorial". Para fundamentar su crítica acude al siguiente ejemplo:

Piénsese en una persona que, deseando violar a otra, la invita a su casa a tomar café, colocando en éste una sustancia que adormecerá a la víctima impidiendo su resistencia y posibilitando así el acceso carnal. Analicemos la conducta de colocar en el café la sustancia somnífera.

---

[3] Pavón Vasconcelos, Francisco*, Breve ensayo sobre la tentativa,* 6a. ed., Porrúa, 2003, p. 68.

[4] *Cfr.* Rodríguez Muñoz, *Tratado de Mezger II*, pp. 238-239, en nota.

[...] se afirma por esta variante doctrinaria que esos "actos anteriores" ponen o crean un *peligro* para el bien jurídico, y así se podrá afirmar, por ejemplo, que preparar el café con la sustancia en cuestión ya es tentativa de violación, porque ese acto puso en *peligro* el bien jurídicamente tutelado por esta figura penal.

Ahora nos preguntamos lo siguiente: ¿y si alguien sostiene que ese acto no pone en peligro el bien jurídico, cómo verifica tal situación?, ¿cómo le demuestra al juez que no hay peligro?

En otras palabras, lo que nos preocupa sobremanera es saber cuál es la pauta sobre la que se afirma la existencia o ausencia de peligro, pues tenemos la impresión que caen en un razonamiento que lleva a un círculo vicioso, ya que se discurre sosteniendo que: Hay tentativa porque hay peligro y porque hay peligro hay tentativa. Pero esto es grave para una aplicación del derecho que pretenda o aspire a tener un grado respetable de racionalidad. Concretamente, entendemos que afirmar o negar la existencia de tentativa, tomando como "razón" o fundamento la "existencia de peligro", es un mecanismo con apariencia de razonamiento, pero que en realidad no es tal, pues el mismo es prácticamente indemostrable y en consecuencia incontrolable.[5]

Teoría del plan concreto del autor. Para especificar la inmediatez de la conducta en la realización del tipo, se ha acuñado otra modalidad, que se fundamenta en el plan concreto del autor. Para esta hipótesis, se estará vinculando de inmediato a la acción típica, dependiendo de los trazos que intelectualmente ha ideado el agente, "la tentativa comienza con aquella actividad con la cual el autor, según su plan delictivo, se pone en relación inmediata con la realización del tipo delictivo".[6]

En efecto, acorde con esta teoría, se debe partir de la acción típica y cuestionarse el intérprete si conforme al plan del autor —y no del espectador—, el sujeto ha penetrado directamente en la realización del hecho típico, es decir, si desde el punto de vista de la experiencia general, la acción resulta una parte constitutiva de la conducta típica (acorde al criterio de Welzel, Jescheck, Schmidhaüser). Esta teoría puede resolver satisfactoriamente casos en que, sólo congruente con la programación personal del autor, se puede establecer el peligro que corrió el bien jurídico tutelado.

---

[5] Pessoa Nelson R., *La Tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos,* 2a. ed., Buenos Aires Argentina, Hammurabi, 1998, pp. 46 y 47.

[6] Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito,* 3a. ed., Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 1994, p. 103.

Por plan concreto del autor no debe entenderse una programación sofisticada o premeditada, sino simplemente dilucidar cómo tenía proyectado el sujeto la realización del hecho típico y así establecer si de acuerdo con esa representación programada del agente, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica, que prácticamente no existe un eslabón intermedio importante para su realización. En efecto, podemos asegurar que no existen actos en abstracto que puedan considerarse en grado de tentativa para matar, violar, robar, etcétera, sino que estos comportamientos podrán considerarse impunes o tentados a la luz del plan concreto del autor, es decir, del análisis del desarrollo de la conducta en un caso concreto, que colocan a determinados actos de manera colindante con la realización del ilícito.

La teoría objetiva con el correctivo del plan concreto del autor, tiene la ventaja de introducir un elemento individualizador del momento de relevancia del peligro, que es un dato subjetivo, pero que no subjetiviza el peligro, porque su naturaleza es susceptible de ser valorada por un tercero en cuanto a la determinación de la proximidad inmediata a la realización típica. Así, cuando una persona quiere envenenar a otra con una comida y coloca en ella el veneno, dependerá del plan concreto si se la debe servir a la víctima o si ésta se la ha de servir directamente, para que haya en el primer caso, aún, un acto preparatorio y en el segundo una tentativa. Es decir, que la referencia al plan del autor es un dato subjetivo que restringe la extensión de otro objetivo, pero en ningún caso puede operar en forma independiente al requerimiento de objetividad dado por la proximidad a la consumación, sino que debe complementarlo. De allí que puede sinterizarse este criterio, afirmando que *la tentativa comienza con aquella actividad que inicia un curso de acción peligroso para la lesión del bien jurídico (comienzo de realización del tipo de delito) según el plan concreto del autor.*[7]

Finalmente, *La Teoría Subjetiva* establece el comienzo de ejecución cuando la acción resulta inequívoca con la meta del propósito delictuoso, con la imagen delictiva del agente. Esta teoría radica en establecer al autor del hecho como el punto medular para distinguir los actos preparatorios de la tentativa, y se fundamenta en la representación que tiene el agente de que su acción amenaza directamente al bien jurídico tutelado. Dicha teoría, no tiene en la actualidad mayor relevancia al extender la punibilidad a actos aún difusos en el mundo fenomenológico.

---

[7] Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho penal*, Porrúa, 2001, p. 793.

La teoría subjetiva comprende, a su vez la fórmula de la irreversibilidad de la decisión expresada en la acción, la cual enseña que habrá comienzo de ejecución cuando el agente ha actuado de tal forma "que ya no quepa esperar reversión alguna".[8]

Por otra parte, se sostuvo que hay tentativa *cuando el dolo del delito ha superado la prueba de fuego de la situación critica*. Esta teoría no aclara cuando debe considerarse que la voluntad del autor llegó al punto *crítico*.[9]

III. La tentativa en la omisión

La actual ley penal federal en comparación con su antecedente inmediato, refiere expresamente a la tentativa en los delitos de omisión; lo que para Jiménez Huerta no representa alguna novedad, pues cualquier caso de tentativa —activa u omisiva—, estaba comprendida en la expresión "hechos" contenida en el antiguo artículo 12, "ya que la omisión comisiva es incontrovertiblemente un 'hecho'; y por cuanto se relaciona con la simple omisión, obvio es que en ésta no puede detentarse, habida cuenta de que su realización por sí sola consuma el delito".[10]

Muy discutible en la doctrina ha sido la posibilidad de considerar la presencia de la tentativa en los delitos de omisión simple dolosos, debido a las especiales características del contenido del disvalor de la conducta y la imposibilidad de determinar el principio de ejecución. En la doctrina alemana, autores como Wessels, Maurach, Kauffman y Welzel la aceptan, y señalan como ejemplo, el caso del sujeto que dolosamente omite el socorro creyendo que se trata de una persona ya muerta, o suficientemente atendida por terceros.[11]

No sucede lo mismo tratándose de los delitos de comisión por omisión, en los que la tentativa es generalmente aceptada, a pesar de su dificultad conceptual para deslindar la omisión preliminar, de los actos ejecutivos.

"Normalmente el delito de comisión por omisión acepta la tentativa por cuanto puede establecerse una separación temporal entre la omisión y el

---

[8] Smolianski, Ricardo D., *Manual de Derecho Penal Parte General*, Buenos Aires Argentina, Edit. AD-HOC, 2004, p. 228.

[9] *Ibidem.* p. 229.

[10] Jiménez Huerta, Mariano, *Derecho penal mexicano… op. cit.,* p. 353.

[11] *Cfr.* González de la Vega, René, *Tratado sobre la ley penal mexicana*, t. I, Porrúa, 2003, p. 98.

resultado, máxime cuando, para llegar a éste, requiérese la repetición del acto omisivo. No sucede, en cambio, el fenómeno de la tentativa, cuando por la estructura del tipo, existe contemporaneidad entre la omisión y la producción del evento."[12]

Siguiendo la línea de pensamiento de Wessels, para determinar los casos de tentativa en las omisiones impropias dolosas, debe repararse en la proximidad del daño que pudo sufrir el bien jurídico, señalando el autor mencionado que la tentativa comienza "cuando el objeto protegido según la representación del garante corre directamente peligro y *la producción del resultado típico se aproxima,* la ley exige que se cumpla *inmediatamente* con el deber de salvamento. Aquí hay *tentativa* si el garante sobre la base de su decisión deja pasar sin aprovechar *la* primera posibilidad apropiada de actuar para evitar el resultado."[13]

En caso de peligro distante y *faltando la proximidad del resultado*, la tentativa comienza en el momento en que el peligro entra en una *fase aguda* y el garante sigue permaneciendo inactivo o en que éste *renuncia a la posibilidad de intervenir* y deja que el suceso siga su curso.

Por ejemplo, si el guardavía G encuentra a su hermano H, ebrio e inconsciente, sobre las vías de un tren y el próximo tren pasará una hora después, un atraso en la acción de salvamento no fundamenta una tentativa de homicidio por omisión, siempre que la situación de H no empeore y el riesgo de la producción del resultado no aumente. Pero debe afirmarse la existencia de la tentativa si G no toma medidas de salvamento tampoco en el momento en que puede esperarse la inminente llegada del tren o si (en cualquier momento) se aleja del lugar del peligro y lo abandona a su destino.[14]

En el caso de la madre que abandona a su hijo con el deseo de privarlo de la vida, la tentativa de homicidio comenzará en el momento en que la falta del alimento perjudique de manera significativa el bienestar de éste; e incluso puede afirmarse la tentativa con anterioridad a este momento, si la madre abandona sin la asistencia correspondiente al menor y se desentiende del suceso.[15]

Por nuestra parte, estimamos que en los delitos de comisión por omisión debe de aceptarse la tentativa, que se produce con la demora del agente en

---

[12] Pavón Vasconcelos, *Breve ensayo.... op. cit.,* pp. 218 y 219.

[13] Wessels, Johannes, *Derecho Penal Parte General,* Buenos Aires, Argentina. Ed. Depalma, 1980, p. 224.

[14] *Idem.*

[15] *Cfr. Idem*., p. 225

hacer aquéllo que le impone su especial "situación generadora del deber" y que le responsabiliza penalmente cuando ha pasado la última oportunidad para actuar.

IV. Clases de tentativa

La actual legislación admite tanto la denominada tentativa acabada como la inacabada, al establecer en lo conducente que "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se *exterioriza realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos ...*"

En la tentativa acabada, el agente —según su plan—, lleva a cabo todos los actos dirigidos a la consumación del ilícito, el cual resulta frustrado por causas ajenas a su voluntad; en tanto que, en la tentativa inacabada el actuante no lleva a cabo la totalidad de los actos de ejecución.

El penalista Enrique Bacigalupo explica al respecto:

"La tentativa será *acabada* cuando el autor, según su plan, haya realizado todos los actos necesarios para que se consume el delito faltando solamente a partir de ese momento la producción del resultado. La tentativa es acabada, por tanto, a partir del momento en que el autor cree que el resultado *ya* podría producirse. Ejemplo: el autor remite a la víctima los documentos falsos con los cuales piensa lograr que este le ceda ciertos derechos. De acuerdo con su plan el autor ya ha hecho cuanto tenía que hacer para engañar a la víctima.

La tentativa *no es acabada*, en cambio, cuando según el plan del autor el resultado debe alcanzarse por varios hechos sucesivos y en el momento en que se la considera, restan todavía por cumplir actos necesarios para que se pueda producir el resultado.[16]

V. Tentativa inidónea, delito putativo y delito imposible

Existen leyes penales que sancionan lo que en la doctrina se conoce como "tentativa inidónea", correspondiendo tales hipótesis a situaciones en donde el agente realiza determinados actos dirigidos a la comisión de un ilícito, empero, la consumación del mismo es impracticable de ejecutar debido a que el agente no realiza su conducta con los medios racionales o idóneos para

---

[16] Bacigalupo, Enrique, *Manual de derecho penal,* Bogotá, Colombia, Temis, 1989, p. 175.

producir el resultado típico. Lo anterior no es obstáculo para dejar impune una tentativa inidónea por más irracional que sea el medio empleado, pues nadie tiene que soportar acciones dirigidas a lesionar bienes jurídicos, lo que justifica su sanción, aunque sea de forma aminorada.

En la tentativa inidónea, el autor estima que acontece una característica del tipo objetivo (error de tipo invertido), que en realidad no existe.

"En el delito putativo, el autor cree erróneamente que su conducta cae bajo una norma prohibitiva, la que sólo existe en su imaginación o que se extiende excesivamente en perjuicio suyo a causa de una interpretación falsa (error de prohibición, de subsunción o acerca de la punibilidad invertido)."[17]

Por ejemplo, quien estima que ha cometido el "delito" de adulterio, por, haber tenido relaciones sexuales con su amante en el domicilio conyugal, desconociendo su derogación desde hace varios años.

En el delito imposible no existe el objeto material por lesionar, que es la finalidad de su conducta, verbigracia, el contrincante que pretende privar de la vida a quien ya ha fallecido o el sujeto que se apodera de un bien propio o el abortivo aplicado por la comadrona a quien padece un embarazo psicológico.

En la legislación penal mexicana no se sanciona al delito imposible, debido al principio de ejecución idóneo seguido por el numeral 12 del Código Penal Federal y 20 del fuero común, al fundar la tentativa en la falta de consumación por causas ajenas a la voluntad del agente y no en el inadecuado medio empleado para dicha ejecución.

Jiménez Huerta comenta al respecto:

> Esta incita en la propia estructura del dispositivo típico contenido en el artículo 12 del Código Penal, que la amplificación que en él se recoge sólo comprende los actos que, por sí mismos o en relación con los subsecuentes que integran el proceso ejecutivo de la conducta típica, sean materialmente idóneos para alcanzar la plenitud de ésta, pues el mencionado precepto exige que el delito no se consume por causas ajenas a la voluntad del agente, lo que implícitamente significa que han de ser idóneos los hechos en que se exterioriza la resolución de cometer un delito. El ordenamiento penalístico de México no sanciona el pensamiento criminal, sino el pensamiento manifestado en una conducta lesiva de los bienes e intereses que típicamente integran el universo jurídico. El dispositivo del artículo 12 sólo entra en función cuando con la conducta del sujeto se ha creado el peligro de que el bien

[17] Wessels, Johannes, *Derecho penal*, *op. cit*., p. 181.

jurídico que protege el tipo pueda ser lesionado. La llamada tentativa imposible, esto es, aquella que carece de idoneidad para consumar el delito, no es subsumible en el dispositivo amplificador del tipo contenido en el artículo 12 del Código Penal.[18]

VI. Corolario

De lo anteriormente apuntado, se infiere que el tema de la tentativa resulta sumamente "resbaloso". Desde nuestra perspectiva, la redacción que actualmente contempla la ley penal mexicana ha sido positiva en comparación con sus antecedentes.

A nuestro modo de ver, la teoría del plan concreto del autor es la que resuelve con mejor precisión la delimitación entre actos preparatorios y ejecutivos o tentativa. Conforme a lo anteriormente apuntado, será muy importante analizar en el foro todo el contexto que se relaciona en un caso concreto para dilucidar si el agente, conforme a su programación personal, ha realizado actos que caen dentro de la tentativa punible; considerando también la proximidad y peligro que corrió el objeto jurídico.

Finalmente, debe señalarse que en la práctica penal forense son contados los casos en que se ejercita acción penal por algún delito tentado, debido a que algunos agentes del ministerio público no alcanzan a comprender e integrar una averiguación, de la que no se deriva consecuencia alguna en el mundo de los hechos; lo que lamentablemente denota falta de preparación.

Bibliografía

Bacigalupo, Enrique, *Lineamientos de la Teoría del Delito*, Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, Buenos Aires, Argentina, reimpresión 1978.

_____, *Manual de derecho penal,* Bogotá, Colombia, Temis, 1989.

Jiménez Huerta, Mariano*, Derecho penal mexicano*, t. I, Porrúa, 1998.

Pavón Vasconcelos, Francisco*, Breve ensayo sobre la tentativa,* 6a. ed., Porrúa, 2003.

Pessoa Nelson R., *La Tentativa. Distinción entre actos preparatorios y actos de ejecución de delitos,* 2a. ed., Buenos Aires, Argentina, Hammurabi, 1998.

[18] Jiménez Huerta, Mariano, *ob. cit*., p. 373.

Smolianski, Ricardo D., *Manual de Derecho Penal*. Parte General, Buenos Aires, Argentina, Ad-Hoc, 2004.

Soler, Sebastián. *Derecho Penal Argentino*, t. II, 3a. reimpresión, tipográfica Buenos Aires, Editora Argentina, 1956,

Wessels, Johannes. *Derecho Penal.* Parte General, Buenos Aires, Argentina, Depalma, 1980.

Zaffaroni, Eugenio Raúl, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Derecho Penal,* Porrúa, 2001.