

**Francisco Muñoz Conde
Mercedes García Arán**

Derecho Penal

Parte General

3ª Edición



ISBN 84-8002-673-1
9 788480 026734



**tirant lo blanch
libros**

Capítulo XXVI

Consumación y tentativa

1. Consumación formal y material
2. Tentativa
3. Fundamento del castigo de la tentativa
4. El dolo en la tentativa
5. La delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos
6. La distinción tentativa acabada-inacabada
7. La llamada tentativa inidónea
8. El desistimiento voluntario de consumir el delito
9. Casos especiales de tentativa

Normalmente, cuando los preceptos penales describen y tipifican un delito, lo hacen refiriéndose al mismo en su forma consumada. Y así dice, por ejemplo, el art. 61 del Código penal: «Cuando la Ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de la infracción consumada». El delito consumado constituye, pues, el punto de referencia o la imagen conceptual que tiene presente el legislador a la hora de configurar los tipos delictivos en la Parte Especial. Así, por ejemplo, en el delito doloso de homicidio previsto en el art. 138 el legislador describe un supuesto de *congruencia plena* entre el tipo objetivo (matar a una persona) y el tipo subjetivo (querer esa muerte, sabiendo que la acción que se realiza puede producirla).

Pero hasta llegar ese momento, el hecho punible *doloso*, pues es en éste donde se plantea el problema, recorre un camino más o menos largo (el llamado *iter criminis*), que va desde que surge la decisión de cometerlo hasta la consecución de las metas últimas pretendidas con su comisión,

pasando por su preparación, comienzo de la ejecución, conclusión de la acción ejecutiva y producción del resultado típico. No todas estas fases son relevantes o igualmente relevantes desde el punto de vista jurídico-penal. La simple decisión de delinquir no manifestada al exterior es irrelevante para el Derecho penal. La consumación del delito, por el contrario, acarrea la imposición de la pena prevista en el tipo delictivo. Entre uno y otro momento se sitúan los actos preparatorios y los ejecutivos del delito, cuya problemática será objeto de especial estudio en este capítulo.

En el art. 15,1 del Código penal se declaran punibles el delito consumado y la tentativa de delito. Según el art. 15,2 las faltas sólo se castigarán cuando hayan sido consumadas, excepto las intentadas contra las personas o el patrimonio. En el Código penal los grados punibles de realización del delito son, pues, la consumación y la tentativa.

1. CONSUMACIÓN FORMAL Y MATERIAL

Como dice el art. 61 del Código penal, siempre que la ley señale la pena de una infracción, se entenderá que la impone a la consumada. Se parte aquí de un *concepto formal de consumación* o consumación típica. En este sentido, consumación es la plena realización del tipo en todos sus elementos.

Generalmente, en los tipos delictivos de los delitos de resultado, la consumación se produce en el momento de la producción del resultado lesivo (por ej., en los delitos contra la vida: con la muerte del sujeto pasivo). Sin embargo, el legislador puede adelantar la consumación a un momento anterior. Así, en los *delitos de consumación anticipada* (delitos de intención, delitos de peligro), el legislador no espera a que se produzca el resultado lesivo que con la prohibición penal se trata de evitar, sino que declara ya consumado el hecho en un momento anterior. Así, por ejemplo, en el art. 472, el delito de rebelión se consuma desde el momento en que se produce un alzamiento público y violento para alcanzar determinados fines (derogar o suspender la Constitución, destituir al Rey, impedir la libre celebración de elec-

ciones, disolver las Cortes, etc.); no es, por tanto, necesario que se consigan dichos fines, pues, como la Historia demuestra, cuando los rebeldes consiguen sus fines, la rebelión ha triunfado y se han convertido en los nuevos dueños del poder político (un claro ejemplo de ello fue la rebelión militar española del 18 de julio de 1936; un caso de signo contrario, el intento de Golpe de Estado de 23 de febrero de 1981).

Distinta de la consumación formal es la *consumación material, agotamiento o terminación* del delito, en la que el autor no sólo realiza todos los elementos típicos, sino que, además, consigue satisfacer la intención que perseguía: heredar al pariente que mató, lucrarse con el delito patrimonial cometido, etc. En la medida en que esta consumación material está más allá de las previsiones típicas carece de relevancia jurídico-penal. Sin embargo, algunas veces el legislador hace coincidir consumación formal y material (así, por ej., en las amenazas la pena varía según que el autor haya conseguido o no sus propósitos, art. 169,1º) o tiene en cuenta el propósito ulterior a la consumación formal como elemento subjetivo del injusto (cfr. art. 234, en el que el ánimo de lucro se convierte en el elemento definidor del tipo, sin que para la consumación formal del hurto sea necesario que el autor llegue efectivamente a lucrarse). La consumación material o terminación del delito puede tener también importancia a efectos de prescripción, participación y concurso.

Algunos tipos delictivos plantean específicos problemas en orden a la determinación del momento consumativo. Así, algunos autores consideran, por ej., que en los delitos con *condiciones objetivas de penalidad*, la consumación no se produce hasta que no se cumple la condición. Sin embargo, si se atienden a que la consumación es un problema que afecta a la tipicidad, la no verificación de un elemento extratípico no debe afectar a la consumación. Respecto al *delito continuado* (cfr. *infra* capítulo XXVIII), la verificación parcial del resultado global, que ya corresponde a la consumación de un tipo delictivo, es ya suficiente para consumir el delito. En los *delitos permanentes* no se da ninguna particularidad en orden a la consumación típica, pero ésta se puede prolongar durante cierto tiempo y ese tiempo puede tener relevancia en orden a otros problemas: formación de tipos privilegiados o cualificados (cfr. art. 163,2 y 3), posibilidad de participación tras la consumación, etc.

2. TENTATIVA

El art. 16,1 define la tentativa del siguiente modo:

«Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

La distinción entre tentativa y consumación evoca rápidamente una diferenciación de grado puramente objetiva en la fase de ejecución del delito. Esta diferenciación repercute después en la determinación de la pena aplicable (cfr. arts. 61 y 62), y tiene su razón de ser en que la consumación es más grave que la tentativa porque en ella el desvalor del resultado no sólo es mayor, sino que, a veces implica la lesión irreversible del bien jurídico que generalmente no se da en la tentativa. Piénsese en un delito contra la vida, en el que la consumación supone la muerte y la tentativa todo lo más una lesión o, a veces, ni siquiera eso (la bala pasa rozando el cuerpo del agredido). Pero ello no quiere decir que ambas instituciones sean diferentes o que el fundamento de su punibilidad responda a principios distintos, sino sólo que tanto en su percepción social como jurídica, la consumación supone siempre un plus de mayor gravedad que la tentativa, porque el *desvalor del resultado* de aquélla es siempre mayor que el de ésta, por más que el *desvalor de la acción* sea el mismo. Si el concepto de injusto sólo se basara en el desvalor de la acción, no sería necesario diferenciar entre tentativa y consumación. Pero, como ya hemos visto anteriormente (cfr. *supra* capítulo XVIII.4), el desvalor del resultado es también una parte integrante del concepto de antijuricidad, que obviamente al ser mayor en la consumación, determina una mayor antijuricidad de ésta. Sin embargo, el desvalor de la acción es el mismo en una y otra, de ahí que el elemento subjetivo, la intención o dolo de consumir el delito, sea el mismo en ambas.

Seguidamente veremos cuáles son los elementos característicos del concepto de tentativa, a partir de la definición que de la misma se da en el art. 16.

3. FUNDAMENTO DEL CASTIGO DE LA TENTATIVA

La atenuación obligatoria de la pena en caso de ejecución imperfecta de delito (cfr. art. 62) y la distinta gravedad de la tentativa y la consumación del delito han llevado a un sector de la doctrina española a ver el fundamento del castigo de la tentativa en un criterio fundamentalmente objetivo, es decir, en su proximidad a la lesión del bien jurídico protegido, ya que, desde el punto de vista subjetivo, tanto en la consumación como en la tentativa la voluntad del sujeto no sufre modificaciones.

Por el contrario, hay quien considera que el fundamento del castigo de la tentativa, al ser ésta sólo punible en los delitos dolosos y ser, según algunos, fundamento del concepto de antijuricidad el desvalor de acción, es de carácter puramente subjetivo: la voluntad de delinquir manifestada al exterior mediante actos de ejecución del delito.

A pesar de que dogmáticamente hay base para sustentar estas diversas opiniones, creo que el fundamento de la punición de todos los actos de ejecución (idóneos o no) del delito tiene que ser, necesariamente, unitario y responder a la misma finalidad político-criminal y preventiva que preside todo el Derecho penal. La tentativa no es más que una *causa de extensión de la pena*, que responde a la necesidad político-criminal de extender la amenaza o conminación penal prevista para los tipos delictivos para el caso de consumación de los mismos, a conductas que ciertamente no consuman el delito, pero que están muy próximas a la consumación y se realizan con voluntad de conseguirla. El *delito primario* y punto de referencia de la intervención del Derecho penal es, pues, el delito en su forma consumada. No existe una tentativa en sí misma, sino la tentativa de consumir algo. En este sentido el art. 16,1 no es más que una *norma penal incompleta* (cfr. capítulo I) que sólo adquiere sentido si se pone en conexión con la correspondiente norma penal completa en la que se describe el supuesto de hecho de un delito consumado. El fundamento de esta extensión de la pena, si bien atenuada, a la tentativa del supuesto de hecho tiene, pues, el mismo fundamento que el castigo del

supuesto de hecho consumado doloso del que la tentativa no es más que su complemento: la conculcación objetiva del bien jurídico, que en la tentativa sólo pueden ser la *puesta en peligro (criterio objetivo)* y la *voluntad de conseguir su lesión típica (voluntad criminal manifestada, criterio subjetivo)*. Si alguno de ellos falta, no podrá apreciarse la tentativa. Precisamente, si hay algún límite entre esta última y las formas impunes de tentativa irreal, absolutamente inidónea, etc. (cfr. *infra* 7), es el que en ellas no se da la mínima puesta en peligro de bienes jurídicos protegidos que justificaría la intervención del Derecho penal. Y si falta la voluntad de lesionarlos tampoco cabe hablar de forma imperfecta de ejecución punible, ya que ésta sólo es posible en los delitos dolosos.

La diferente gravedad de pena atiende, desde luego, a la distinta entidad objetiva de los diversos grados de realización del hecho punible (cfr. *infra* capítulo XXXI y art. 62); pero en muchos Códigos se deja al arbitrio de los tribunales la atenuación de pena en el caso de no consumación o se permite, incluso, que se castigue la tentativa con la misma pena que la consumación (cfr. *infra*, casos especiales de tentativa). De todas formas, en la medida en que el desvalor del resultado consumativo añade un componente adicional a la gravedad del injusto cometido, es evidente que la pena del delito consumado, sobre todo en los delitos de resultado (homicidio, daños, incendios, etc.), debe ser más grave que la del delito intentado (cfr. *supra* capítulo XVIII: desvalor de acción/desvalor de resultado).

También en la vida cotidiana se considera más grave matar que disparar con ánimo de matar, pero errando el tiro; destruir un objeto o incendiar un edificio, que intentar hacerlo sin conseguirlo; consumir una relación sexual completa que no consumarla por eyaculación prematura, etc. El Derecho penal no debe apartarse, por consideraciones estrictamente teóricas, de estas valoraciones dominantes en la sociedad.

4. EL DOLO EN LA TENTATIVA

La tentativa es un *tipo dependiente*, ya que todos sus elementos van referidos a un delito consumado. No hay una tentativa en sí, sino tentativas de delitos consumados de

homicidio, hurto, estafa, etc. De ahí que el *dolo* sea el mismo que en el delito consumado (una buena prueba de que el resultado consumativo también debe ser abarcado por el dolo, cfr. *supra* capítulo XVI.2.A).

Del fundamento de la punición de la tentativa y de la redacción del art. 16 se deriva que no cabe la tentativa por imprudencia, ya que en estos casos no se manifiesta la voluntad de cometer un delito. Y si el tipo de delito consumado exige otros elementos subjetivos del injusto, además del dolo, también éstos deben darse en la tentativa (por ej., el ánimo de lucro en el hurto).

Más discutible es si cabe también la *tentativa con dolo eventual* respecto al resultado. En la medida en que el tipo del respectivo delito admita la comisión dolosa eventual (cfr. *supra* capítulo XVI.2.B), cabrá también la tentativa con esta forma de imputación subjetiva, aunque lo normal en la tentativa es el dolo directo, por lo menos de segundo grado. El terrorista que pone una bomba, admitiendo la posibilidad de alcanzar mortalmente a alguien, comete un homicidio o asesinato en grado de tentativa si después la bomba no explota o, explotando, no alcanza a nadie o hiere levemente a alguien que paseaba por allí. En los supuestos en los que la conexión causal no sea controlable o no se den respecto al resultado todos los elementos característicos del dolo, habrá que rechazar la calificación de tentativa, debiéndose castigar todo lo más la acción peligrosa si, a su vez, constituye un delito autónomo de lesiones o de peligro (por esta razón no podría castigarse por tentativa de homicidio a quien, sabiéndose portador del SIDA, tiene relaciones sexuales sin adoptar precauciones para evitar el contagio del compañero/a). No existe ni una *tentativa imprudente*, ni una *tentativa de un delito imprudente* (véanse FARRÉ TREPAT, ADP, y TAMARIT SUMALLA).

Si el sujeto aún no está decidido a cometer el delito, no existe dolo. Pero si está decidido y sólo espera a que se produzca una condición favorable para llevarlo a cabo, sí existe dolo, aunque, como veremos seguidamente, el ámbito de lo típico comienza en el momento de la ejecución.

5. LA DELIMITACIÓN ENTRE ACTOS PREPARATORIOS Y ACTOS EJECUTIVOS

Tal como se deduce de la definición que de la tentativa da el art. 16,1, el ámbito de lo punible comienza cuando el

sujeto «da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores». Todo lo que no llegue a la categoría de ejecución del tipo delictivo en cuestión no podrá ser considerado como tentativa y deberá, por tanto, ser excluido del ámbito de lo punible.

El concepto de ejecución, como el de consumación, es de naturaleza formal y va referido al tipo delictivo concreto de cuya ejecución se trata. De ahí se desprende que para la distinción entre acto ejecutivo (punible) y acto preparatorio (en principio, impune, salvo que se le haya elevado a la categoría de delito autónomo, cfr. art. 400: tenencia de útiles para la falsificación de moneda o de documentos; art. 371: tenencia de precursores para la elaboración de drogas), haya que recurrir, en principio, a una *teoría formal*. Es decir, por imperativo del principio de legalidad, sólo lo que, conforme a los criterios de interpretación normalmente aplicables a la ley penal (gramatical, histórico, sistemático y teleológico), pueda considerarse como «ejecución del delito» y, por lo tanto, del tipo, debe entrar a formar parte del concepto de tentativa.

Sin embargo, la indeterminación de muchos de los términos empleados en la descripción de la acción típica, de cuya ejecución se trata («matar», «apoderarse de una cosa», «acceso carnal»), dificulta enormemente la delimitación entre acto ejecutivo y acto preparatorio del delito. ¿Es acto de ejecución de un asesinato comprar el veneno que se piensa suministrar a la víctima? ¿Es acto de ejecución sacar la pistola de su funda o quitar el seguro para disparar? ¿Es acto de ejecución del robo con fuerza en las cosas apoyar la escalera en el muro de la casa donde se piensa robar? ¿Es acto ejecutivo de aborto explorar a la embarazada antes de comenzar la operación abortiva? Con casos como éstos, o similares a éstos se enfrenta la praxis jurídico-penal diariamente y la verdad es que resulta difícil, con ayuda de una teoría puramente formal, precisar con seguridad dónde termina la fase simplemente preparatoria (impune) y comienza la ejecutiva del delito (punible).

Ante las insuficiencias de una teoría puramente formal han surgido variantes de la misma u otras de naturaleza objetiva (que atienden a la puesta en peligro) o subjetivas (que atienden al plan del autor). Actualmente es dominante

una *teoría intermedia o mixta* que, partiendo de la descripción legal de la acción típica, atiende, en primer lugar, a la imagen que tiene el autor del curso de los acontecimientos (*plan del autor*) y luego a si, de acuerdo con esta imagen, el comportamiento realizado está tan estrechamente ligado a la acción típica que prácticamente no hay eslabones intermedios esenciales para poner en actividad inmediata su realización (*teoría objetiva-individual*). El problema de esta teoría sigue siendo el de que subjetiviza un criterio que en la ley es objetivo, ya que, en definitiva, para esta teoría es el propio delincuente quien, conociendo todas las circunstancias del hecho, decide si hay o no ejecución del delito (para una exposición específica de las diferentes teorías, véase FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito).

La utilización en el art. 16,1 de la expresión «directamente por hechos exteriores» evidencia que el plan del autor es decisivo en la medida en que se manifieste al exterior y sus actos estén en conexión *directa* con la ejecución del delito. Es decir, una vez más se acepta como punto de referencia y partida el plan del autor, pero en la medida en que se manifiesta en hechos exteriores que directamente se puedan calificar como actos ejecutivos del correspondiente tipo delictivo. Por eso es difícil resolver *a priori* un problema que depende de la configuración de cada tipo delictivo y de las circunstancias que acompañan a su realización. Esta indeterminación de la fase ejecutiva del delito permite una cierta arbitrariedad en la praxis jurisprudencial que, en los delitos graves (asesinato, homicidio, etc.), tiende a ampliar los actos ejecutivos a costa de los actos preparatorios, para evitar la impunidad de hechos merecedores de pena (como acechar a la víctima, esperar a que aparezca para disparar contra ella, etc.). Esa misma indeterminación es también peligrosa fuente de inseguridad jurídica. Por eso, sólo una teoría que respete el sentido literal de la acción típica respeta el principio de legalidad. Y así, por ejemplo, aunque, desde el punto de vista del plan del autor decidido a matar, sea ya acto ejecutivo buscar a la víctima para matarla, acecharla, comprar el arma o el veneno, desde el punto de vista del principio de legalidad tales acciones no pueden considerarse por un observador imparcial como «principio a

la ejecución» de la acción «matar», que es la acción típica del homicidio o del asesinato, y, por lo tanto, no constituyen tentativa (punible) de estos delitos, sino actos preparatorios (en principio, impunes) de los mismos. Algunas de las lagunas de punibilidad que surjan podrán colmarse con los preceptos que regulan las formas de participación intentada (cfr. *infra* capítulo siguiente y arts. 17 y 18), o, en la medida en que las acciones en sí mismas constituyan ya un tipo delictivo autónomo (tenencia ilícita de armas, amenazas, allanamiento de morada, etc.), por el correspondiente delito ya realizado.

Así, por ej., si alguien profiere amenazas de muerte contra una persona esgrimiendo una pistola, el hecho ya de por sí es constitutivo de unas amenazas (condicionales o no) y además, probablemente, de un delito de tenencia ilícita de armas; si con la amenaza se pide la entrega de una cosa (el clásico: ¡la bolsa o la vida!), el hecho ya es constitutivo de robo con intimidación más la agravante específica de uso de armas (art. 242,1 y 2) en posible concurso con un delito de tenencia ilícita de armas de fuego (cfr. art. 563), por lo que puede ser castigado con mayor pena que por la tentativa de homicidio o incluso de asesinato. También si alguien es sorprendido en el interior de una casa cabe entender que iba a cometer un delito de robo con fuerza en las cosas, en la medida en que el escalamiento (la entrada indebida en la morada ajena) es un elemento de ese delito (cfr. art. 238,1º), pero igualmente queda el hecho suficientemente castigado como allanamiento de morada consumado (art. 202), que puede incluso tener mayor pena que la tentativa de robo y que además no requiere de la prueba del elemento adicional de la intención de robar. Del mismo modo, un acoso sexual (art. 184) puede servir para castigar una tentativa de agresión sexual intimidatoria (art. 178), cuando no se llega siquiera al contacto sexual. Los ejemplos pueden multiplicarse, pero los ya señalados pueden ser una buena muestra de hasta qué punto la distinción acto preparatorio/acto ejecutivo no se puede resolver sin referencia al tipo delictivo concreto en el que se plantee el problema y siempre atendiendo a que el hecho, de todas formas, pueda ser castigado sobre la base a otros preceptos que lo tipifiquen expresamente.

6. LA DISTINCIÓN TENTATIVA ACABADA E INACABADA

En el Derecho penal español era tradicional una distinción, que se reflejaba también en la determinación de la

pena, entre tentativa y frustración. Esta distinción, que se basaba en una diferencia valorativa objetiva entre una y otra figura, según su proximidad a la consumación del delito, fue relativizada en la reforma de 1944, que permitió que la atenuación de la pena de la tentativa sólo lo fuera, igual que en la frustración, también en un grado y que añadió la figura del delito imposible, que podía objetivamente constituir tanto una tentativa, como una frustración del delito. Por todo ello, y por las dificultades prácticas que encierra la distinción, el actual Código penal la ha suprimido, incluyéndose ahora en la definición de tentativa que da el art. 16,1 tanto el caso de que se practiquen *todos*, como sólo *parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*. Sin embargo, la distinción que se propone para sustituirla (tentativa acabada, tentativa inacabada) y las consecuencias prácticas que puede tener el que se considere que la fase ejecutiva del delito ha terminado, tanto en orden a la determinación de la pena (cfr. art. 62), como al desistimiento de alcanzar la consumación (cfr. art. 16,2), obligan a plantearse el problema de la distinción entre ejecución completa e incompleta, tentativa acabada e inacabada.

El problema principal que se plantea en estos casos es si la terminación de la fase ejecutiva se debe precisar conforme a un criterio objetivo o subjetivo. Según lo expuesto anteriormente, el art. 16,1 atiende a un criterio objetivo-formal, tanto para delimitar la diferencia entre acto preparatorio y acto ejecutivo, como para diferenciar la tentativa acabada de la inacabada. Común a ambas modalidades de la tentativa es que el resultado consumativo no se produce. Toda esta fase ejecutiva se determina por la percepción que, de los actos externos realizados, haga un observador imparcial. Si, por ejemplo, el autor cree que ha realizado todos los actos de ejecución (ha colocado la bomba de relojería), pero objetivamente no es así (se le olvida conectar el mecanismo), habrá tentativa inacabada. Por las mismas razones que si el autor cree que ha consumado el delito, pero objetivamente éste queda imperfecto, la consumación objetivamente no se produce.

Ahora bien, en la determinación objetiva hay que tener en cuenta también el *plan del autor* para saber si la fase

ejecutiva ha terminado o no; así, por ejemplo, si la explosión de la bomba depende de que un tercero, que incluso nada sabe, encienda el interruptor de la luz al que está conectada, habrá tentativa inacabada en la medida en que la actividad del tercero no se produzca. En cambio, si la producción del resultado ya sólo depende del azar, una vez terminada la actividad ejecutiva, habrá tentativa acabada: el autor dispara, pero no alcanza a la víctima. La conciencia del autor de si puede o no seguir actuando tras el fracaso de su acción inicial puede tener, sin embargo, relevancia a efectos de admitir el desistimiento (cfr. *infra*).

La propia configuración objetiva de la distinción entre tentativa acabada e inacabada impide apreciar la tentativa acabada en algunos delitos, ya que es difícil en ellos admitir que se realicen todos los actos ejecutivos sin que el resultado se produzca. Así sucede, por ejemplo, en las agresiones sexuales y en los delitos de simple actividad.

Fuera del ámbito objetivo, no hay ninguna diferencia entre tentativa acabada e inacabada. El dolo y los demás elementos subjetivos, así como la no consumación, son, pues, iguales en una y otra institución. La relación entre una y otra es de concurso de leyes, no cabiendo, pues, apreciar conjuntamente ambas, ya que las fases de ejecución del delito suponen un avance progresivo hacia la consumación en el que la fase anterior queda absorbida en la posterior, salvo que se den interrupciones esenciales en la ejecución (cfr. *infra* capítulo XXVIII.6). Las dificultades de distinción teórica se solucionan en la práctica con las reglas de determinación de la pena, ya que, según el art. 62, «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

7. LA LLAMADA TENTATIVA INIDÓNEA

Son varias las razones por las que la tentativa no llega a la consumación del delito. Unas son de tipo jurídico, otras,

de tipo fáctico. En todos estos casos, la tentativa, objetivamente considerada, siempre es *inidónea* para consumar el delito y, sin embargo, la doctrina y la jurisprudencia dominantes aceptan, en general, que es merecedora de pena, aunque con ciertas limitaciones. Pero cuando el grado de inidoneidad es absoluto y el bien jurídico ni siquiera de lejos puede ser objetivamente afectado por la conducta realizada, parece también lógico que se prescindiera de la intervención del Derecho penal.

En primer lugar, por razones político-criminales evidentes se rechaza la punibilidad de la *tentativa irreal* (por ej., intentar matar a alguien con conjuros, atravesando con alfileres un muñeco, etc.).

En segundo lugar, se excluyen también aquellos supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar a la víctima con azúcar, o derribar un avión a pedradas). En ambos casos, aunque con una fundamentación puramente subjetiva no hay diferencias entre estas «tentativas» y las otras, el fundamento objetivo impide una extensión de la punibilidad a casos que más que un peligro para el bien jurídico o un mal ejemplo para la comunidad, mueven a risa o compasión por el sujeto.

De estas limitaciones, que todo el mundo admite, se deduce que también la llamada tentativa inidónea, para ser punible, debe tener las mismas cualidades que la tentativa idónea: debe darse el dolo, haberse iniciado la fase ejecutiva y suponer ésta objetivamente una puesta en peligro para el bien jurídico protegido. Lógicamente, este último requisito (la peligrosidad de la acción) debe medirse, como dice el art. 16,1, «objetivamente», es decir, con criterios objetivos que valoren el propósito del autor situándose en sus circunstancias y en el contexto en que actuó. Como ya hemos dicho antes, el dolo de consumar el delito sin comenzar la ejecución del delito y sin peligrosidad objetiva para el bien jurídico, no es suficiente base para fundamentar la imposición de una pena. Sin embargo, la verificación de la peligrosidad objetiva no puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor (para más detalles, véanse los trabajos de DE SOLA RECHE y SILVA SÁNCHEZ). Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una

pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas para matar para ese mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva o que la pistola está cargada. En cambio, en los casos de la tentativa irreal o absolutamente inidónea, el mismo observador imparcial, es decir, un hombre medio, en ningún caso podría admitir la peligrosidad de la acción. Es aquí, por lo tanto, donde debe buscarse el límite de la punibilidad de la tentativa. Igual que hemos visto en relación con otros problemas de la Teoría del Delito (relación de causalidad, imputación objetiva, margen de error en la apreciación del presupuesto objetivo de las causas de justificación, etc.), la conducta del sujeto, tanto en su vertiente objetiva, como subjetiva, siempre debe ser valorada objetivamente, *ex ante*, con ayuda de criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, etc. Si con esta *consideración objetiva ex ante* se admite que el sujeto podía *razonablemente* pretender la consumación del delito, su tentativa será punible, por más que *ex post* (sabiendo ya, por ej., que la pistola estaba descargada), dicha consumación hubiera sido imposible. Una vez admitido esto, es irrelevante que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada), al objeto (cadáver) o al sujeto (admisión errónea de una cualidad personal que determina la comisión de un delito especial: por ejemplo, malversación de caudales públicos).

Distinta problemática plantea el *delito putativo*, en el que el autor cree estar cometiendo un delito, cuando, realmente, su comportamiento es irrelevante desde el punto de vista jurídico-penal (cree, por ej., que el adulterio es delito). En estos casos, el principio de legalidad impide cualquier exigencia de responsabilidad penal.

8. EL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO DE CONSUMAR EL DELITO

El art. 16,2 dice:

«Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito,

bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

Es un principio generalmente admitido que en la tentativa, tanto si se han realizado ya todos los actos de ejecución del delito, como si sólo se ha realizado una parte de ellos, el desistir voluntariamente de la consumación del delito produzca, por razones político-criminales y preventivas evidentes («a enemigo que huye, puente de plata»), la impunidad del que desiste. Esta impunidad se configura como una *causa personal de exclusión de la pena* o excusa absolutoria (cfr. *supra* capítulo anterior), siempre que se den los requisitos que expresamente exige el art. 16,2: *voluntariedad* del desistimiento y *evitación de la consumación*.

a) La «voluntariedad» es una determinada actitud psíquica del que desiste, que, desde el punto de vista preventivo, se considera merecedora de impunidad. Para ello es necesario que se den algunos requisitos. En primer lugar, el desistimiento podrá conducir a la impunidad si el intento aún no ha fracasado y depende de la voluntad del que desiste conseguir la consumación; por el contrario, si en un determinado momento el autor ha errado su meta y no puede conseguirla aunque siga actuando, su intento habrá fracasado y no habrá lugar para el desistimiento (*tentativa fracasada propia*). Así, por ejemplo, si el agresor sexual eyacula prematuramente antes de la penetración, o la pistola se encasquilla, o la ganzúa se rompe, las tentativas de agresión sexual cualificada, homicidio o robo siguen siendo punibles, ya que el resultado consumativo no se produce por causas independientes de la voluntad del agente y no por su propio y voluntario desistimiento.

Pero si el sujeto, tras este primer intento fracasado, puede conseguir todavía su meta, si sigue actuando o se sirve de otro medio, se da la llamada *tentativa fracasada impropia*, y entonces sí se puede plantear el problema del desistimiento. Para ello es necesario que dicho desistimiento sea, además de posible, *definitivo*. La definitividad del desistimiento se mide con una consideración concreta, es decir, basta con que el sujeto abandone su propósito originario de cometer la

acción típica concreta, independientemente de que en el futuro vuelva a intentarla de nuevo y de que incluso se reserve esta intención para más adelante. Por eso debe considerarse definitivo, por ejemplo, el desistimiento del que renuncia a consumar la agresión sexual porque la mujer promete entregarse voluntariamente en otro lugar, más tarde.

Sin embargo, la definitividad no equivale todavía a la voluntariedad. Ésta depende de la valoración de los motivos que hayan inducido al sujeto a desistir, pues no es lo mismo que se desista por motivos éticos (arrepentimiento, sentimiento de culpa, etc.), que por motivos interesados (miedo a la pena, miedo a la realización del delito o a sus consecuencias, posibilidad de obtener alguna ventaja patrimonial, etc.). Los motivos éticos son, desde el punto de vista preventivo, valiosos y deben conducir siempre a admitir la voluntariedad. Los motivos interesados, en cambio, se deben valorar diferenciadamente, teniendo presente siempre la finalidad preventiva, general y especial, y no una consideración moral o política extraña al Derecho penal. Así, por ejemplo, el miedo abstracto a la pena (el sujeto desiste porque teme la pena que puede imponérsele), debe considerarse, desde el punto de vista preventivo, como un motivo que merece la impunidad y, por lo tanto, el desistimiento como voluntario. El miedo concreto a la pena (el sujeto desiste porque ha sido descubierto, porque va a ser detenido a la salida del lugar del robo, etc.) debe, por el contrario, ser valorado, desde el punto de vista preventivo, negativamente. El desistimiento por esta causa debe considerarse, por lo tanto, involuntario y no excluyente de la pena. El miedo ante los peligros que encierra la realización del delito (saltar un despeñadero para llegar al lugar del delito, vencer la resistencia de la víctima) y el miedo a causar un mal de más gravedad que el deseado merecen, generalmente, la impunidad, ya que reflejan una actitud poco decidida a cometer el delito. Así, por ejemplo, la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de marzo de 1969 apreció la voluntariedad en el desistimiento de realizar el aborto por el temor de que, por estar avanzado el embarazo, pudiera producirse la muerte o graves problemas a la salud de la mujer (para más detalles, MUÑOZ CONDE, 1972).

b) El segundo presupuesto de la impunidad por desistimiento voluntario es la *evitación de la consumación del delito*. Para ello, la conducta del sujeto puede manifestarse de un doble modo: bien desistiendo de la ejecución ya iniciada cuando eso es suficiente para evitar la consumación (supuestos de tentativa inacabada); bien impidiendo la producción del resultado consumativo, cuando el grado de ejecución alcanzado requiera un desistimiento activo y no un mero dejar de actuar (supuestos de tentativa acabada). Si el delito, a pesar del desistimiento, se consuma (la bomba explosiona, el herido fallece, etc.), en principio no hay lugar para la impunidad. Lo cual no quiere decir que haya que castigar necesariamente por delito consumado doloso. Los casos de *desistimiento voluntario malogrado*, porque el azar hizo que, a pesar de los esfuerzos del que desistió para evitarlo, el resultado consumativo se produjera, deben ser tratados como supuestos de concurso real entre la tentativa del delito doloso con la atenuante de arrepentimiento u otra análoga y el resultado consumado por imprudencia, si se dan los requisitos de esta forma de imputación. Si el resultado, a pesar del desistimiento voluntario, se produce de un modo *fortuito*, es decir, sin dolo ni imprudencia, será aplicable el art. 5 y el sujeto no responderá de él ni tampoco de la tentativa de la que ha desistido voluntariamente (cfr. MUÑOZ CONDE, 1972 y MARTÍNEZ ESCAMILLA).

c) La eficacia excluyente de pena del desistimiento voluntario de consumar el delito alcanza sólo al que desiste, por ser una causa personal de exclusión de la pena o excusa absoluta. En los casos de intervención de varias personas en el hecho, la impunidad sólo alcanza a los que efectiva y voluntariamente desisten, es decir, a los que impidan o intenten impedir «seria, firme y decididamente la consumación», aunque ésta se produzca. Lo que es una confirmación de lo que antes decíamos respecto al desistimiento malogrado, en la medida en que en estas condiciones, si el resultado consumativo, a pesar de todo, se produce, el partícipe que desistió queda impune, tanto por el resultado consumativo, como por la tentativa. Así lo dice expresamente el art. 16,3:

«Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan

de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta».

d) Tanto en este caso del apartado 3 del art. 16, como en el caso del desistimiento de la consumación del delito intentado de forma individual, si la tentativa constituye ya un delito consumado (*tentativa cualificada*), la impunidad por desistimiento no alcanza a éste. Así, por ejemplo, el desistimiento de un homicidio o asesinato intentado no exime de pena por las lesiones consumadas, ni el de la agresión sexual cualificada por el acceso carnal (art. 179) del atentado contra la libertad sexual que ya se haya realizado (art. 178).

9. CASOS ESPECIALES DE TENTATIVA

Como ya se ha dicho, la especial estructura de algunos delitos excluye la posibilidad de apreciar la tentativa acabada, ya que la realización de todos los actos ejecutivos necesariamente lleva aparejada la consumación (así, por ej., la asociación ilícita, art. 515). Sin embargo, la tentativa inacabada cabe en todos los delitos dolosos, salvo que de la propia finalidad político-criminal del delito en cuestión se deduzca lo contrario. Normalmente en los delitos de consumación anticipada (en cierto modo, ya tentativas desde el punto de vista de la consumación material), en los delitos de mera actividad o simple omisión, en los que teóricamente no hay inconveniente en admitir la tentativa inacabada, en la práctica no se castiga. En los delitos de comisión por omisión la tentativa comenzará cuando el sujeto omita las obligaciones inherentes a su posición de garante con el fin de producir el resultado (por ej., desde el momento en que se deja de alimentar al recién nacido). En los supuestos de *actio libera in causa* (cfr. capítulo XXIII.6), cuando el sujeto que se ha puesto en situación de inimputabilidad comienza a ejecutar el delito (no cuando se embriaga, sino cuando ya embriagado dispara contra alguien; véase FARRÉ TREPAT, 1990).

Un ejemplo anómalo de la equiparación en el tipo delictivo de conductas de tentativa y consumación e incluso de consumación y acto preparatorio se contiene en el art. 368 en relación con el delito de tráfico de drogas, en el que todo acto que facilite o favorezca el consumo ilegal de drogas es constitutivo del delito consumado previsto en dicho artículo, independientemente de que se trate de un acto de cultivo, de transporte, de posesión o de compraventa. También en algún delito, como el cohecho activo (art. 423,1) se equiparan tentativa y consumación: «Los que con dádivas, presentes, ofrecimientos o promesas corrompieren o intentaren corromper». El procedimiento en sí es anómalo y tiene más que ver con problemas político-criminales que con razones estrictamente dogmáticas.

Bibliografía:

BASTERO ARCHANCO, Tentativa de delito y delito frustrado: su unificación, Zaragoza 1952; BLECUA FRAGA, El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida, CPC 1983; BORJA JIMÉNEZ, La terminación del delito, ADP 1995; BUSTOS RAMÍREZ, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema, Homenaje a Pérez Vitoria I, Barcelona 1983 (también en Control social y Sistema penal, Barcelona 1987); CEREZO MIR, Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa, Valladolid 1964; EL MISMO, La regulación del «iter criminis» y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español, RDPC 1998; DE SOLA RECHE, La llamada «tentativa inidónea» de delito, Granada 1996; DEL ROSAL, La tentativa, Defensas penales, 1954; FARRÉ TREPAT, La tentativa de delito, Barcelona 1986; EL MISMO, Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución, ADP 1986; EL MISMO, Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea, en Estudios de Derecho penal y Criminología, Homenaje a Rodríguez Devesa, Madrid 1989; EL MISMO, Sobre el comienzo de la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata y en la actio libera in causa, EPC 1990; FERRER SAMA, La tentativa como especial tipo penal, Estudios jurídicos III, 1941; FRISCH, La atenuación del marco penal en la tentativa, ADP 1994; GARCÍA PABLOS, Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita, RFDUC 1974; GARCÍA PÉREZ, La punibilidad en Derecho penal, Pamplona 1997; MARTÍNEZ ESCAMILLA, El desistimiento en Derecho penal, Madrid 1994; MIR PUIG, Carlos, Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa y del delito frustrado, PJ 1993; MUÑOZ CONDE, El desistimiento voluntario de consumir el delito, Barcelona 1972; NÚÑEZ BARBERO, El delito imposible, Salamanca 1963; ORTOS BERENGUER, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, CPC 1982; PEREDA, Un caso de punición del delito imposible y de la tentativa inidónea, RGLJ 1942; PUIG

