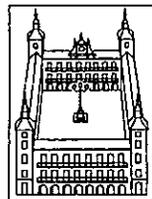


JOSE MANUEL GOMEZ BENITEZ

Catedrático de Derecho Penal
Universidad Carlos III de Madrid

TEORIA JURIDICA DEL DELITO

DERECHO PENAL
PARTE GENERAL



EDITORIAL CIVITAS, S. A.

CUARTA PARTE

EL TIPO IMPERFECTAMENTE REALIZADO: LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACION

A tenor del artículo 3.º CP, «son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa... para delinquir». Ade-

A tenor del artículo 3.º CP, «son punibles el delito consumado, el frustrado, la tentativa... para delinquir». Además, el artículo 51 dice: «A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado». Por su parte, el artículo 52 establece: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de *imposibilidad* de ejecución o de producción del delito». Por su parte, el propio artículo 3.º, párrafos segundo y tercero, define los conceptos de tentativa y frustración.

La problemática de las llamadas «formas imperfectas» de realización o ejecución del tipo corresponde al ámbito del estudio de la *tipicidad*; pero no porque la tentativa y la frustración constituyan tipos específicos, sino porque son fases previas a la plena realización del tipo correspondiente. Así pues, el autor de ambas formas imperfectas debe realizar todos los elementos del tipo objetivo y subjetivo doloso correspondiente, excepto el que concierne a la consumación, es decir, a la lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, en los delitos de resultado, o a la plena realización de la acción lesiva del bien jurídico, en los delitos de mera actividad. En ambas clases de tipos son, pues, posibles las «formas imperfectas» de realización, a pesar de que la jurisprudencia restringe o niega incluso —con criterios no siempre homogéneos— la posibilidad de dichas formas imperfectas en los delitos de mera actividad.

Reténgase especialmente que el dolo es un elemento básico de todas las formas imperfectas de realización del tipo.

INTRODUCCION:

**LA CLAUSULA GENERAL DE PUNIBILIDAD
DE LOS ACTOS EJECUTIVOS**

Tal y como se señaló anteriormente, el derecho penal moderno pretende exclusivamente la protección de bienes jurídicos. Podría pensarse, por tanto, que en los delitos de resultado-lesión del objeto de la acción y en los de mera actividad las conminaciones penales sólo deberían aplicarse a acciones que han concluido efectivamente en la *lesión* del bien jurídico; es decir, podría pensarse que sólo la consumación de estos delitos debería estar amenazada con una pena. Si esto fuese así los actos ejecutivos —previos a la consumación (tentativa y frustración)— no serían punibles. Este planteamiento hipotético es altamente coherente con el punto de partida considerado indiscutido, a saber, que el derecho penal sólo interviene para proteger bienes jurídicos y que, por tanto, la impunidad de los actos ejecutivos previos a la consumación debería considerarse como un principio fundamental, sometido en algunos casos a puntuales excepciones.

Estas excepciones consistirían, precisamente, en que, cuando el bien jurídico protegible fuese especialmente valorable o existiese un especial interés político-criminal en evitar determinados hechos punibles muy frecuentes, entonces estaría prevista también la punición de actos ejecutivos tendentes a lesionar el bien jurídico, aunque no hayan llegado a lesionarlo efectivamente, sino sólo a *ponerlo en peligro ex ante*; excepcionalmente, por tanto, serían también punibles en estos supuestos la tentativa y la frustración, previas a la consumación del delito. En este sistema sería excepcional la punibilidad de los actos ejecutivos no seguidos de consumación y no tendría cabida una cláusula general como la del artículo 3.º de nuestro Código Penal, que declara punibles la tentativa y la frustración de cualquier delito.

El adelantamiento de la barrera de lo punible, implícito en todo sistema de punición —excepcional o general— de

los actos ejecutivos no seguidos de consumación puede explicarse sin forzamientos partiendo de un concepto racional —utilitario— de la pena: para evitar la lesión de los bienes jurídicos protegidos —es decir, para evitar graves perjuicios sociales— es útil declarar punibles también dichos actos previos a la consumación, porque esta conminación motiva al colectivo social a no iniciar la comisión del delito; así pues, la punición de la tentativa y de la frustración del delito cumple fines preventivo-generales.

A partir de esta consideración la opción por un sistema de punición, bien excepcional o *bien general* (caso de nuestro CP), depende del contenido que se le conceda a la prevención general, y del concepto más o menos flexible que se mantenga sobre el carácter subsidiario y fragmentario de un derecho penal afecto, exclusivamente, a la protección de bienes jurídicos. Es decir, que la opción en cuestión está en relación directa con el mayor o menor grado de contenido intimidatorio que se le reconozca a la prevención general, así como del mayor o menor nivel del defensismo penal que se profese.

TEORIA DE LA TENTATIVA Y FRUSTRACION

I. Teoría dominante

1. RAZÓN DE LA PUNICIÓN DE LA TENTATIVA Y LA FRUSTRACIÓN

STS 1976, 3909, de 6 de octubre: «Que la tentativa de delito como grado de la vida del mismo y que extiende la punición, supone la realización de acciones ejecutivas que den ciertamente comienzo a la realización material de la infracción criminal, por hechos exteriores...; pero aquellos primarios actos ejecutivos que rebasan a los meramente preparatorios, han de incidir sobre el sujeto pasivo del atentado, y en la esfera peculiar del bien jurídico protegido, que se pone en indudable peligro o riesgo de lesión definitiva...»

A) Teoría objetiva y teoría subjetiva

Siguiendo una constante doctrina jurisprudencial y científica dominante en España, cuando el autor comete una tentativa de delito o un delito frustrado se hace merecedor de una pena, pero no porque con su actuar ejecutivo esté manifestando su voluntad contraria al Derecho (teoría subjetiva), sino porque sus actos *ponen en peligro ex ante el bien jurídico protegido (teoría objetiva)*.

Consecuentemente con ello, la tentativa y la frustración deben estar menos penados que la consumación del delito (cfr. arts. 51 y 52, CP), ya que sólo ponen en peligro el bien jurídico pero no llegan a lesionarlo. Si, por el contrario, se siguiese una teoría puramente subjetiva, las penas correspondientes a la tentativa y a la frustración serían las mismas que las del delito consumado, porque la voluntad del sujeto es igualmente contraria al Derecho en todos estos casos y, además, porque si —en los supuestos de tentativa y frustración punibles— no se produce la consumación del delito, ello se debe a causas ajenas a la voluntad del autor, por lo que no existe ninguna razón desde un punto de vista subjetivo para hacerle merecedor de menos pena que si el

delito se hubiese consumado: la peligrosidad personal (subjetiva) del autor es idéntica, aunque el delito no se haya consumado.

Pero también la tentativa debe estar menos penada que la frustración, según criterios estrictamente objetivos, ya que aquélla está más alejada de la lesión del bien jurídico que ésta, y, por tanto, la tentativa es «menos peligrosa» para el bien jurídico protegido que la frustración. En su versión pura, la teoría objetiva forzaría a conminar necesariamente con menos pena la tentativa que la frustración.

Aunque el CP obedece fundamentalmente a este esquema objetivo, no lo sigue estrictamente, ya que si bien es forzosa la imposición de menos pena para la tentativa y frustración que para el delito consumado, no lo es, sin embargo, para la tentativa en relación a la frustración. En este caso la pena puede coincidir, aunque también puede ser distinta: al autor de una tentativa de delito se le impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada para el delito consumado, en tanto que al autor de un delito frustrado se le impondrá la pena inferior en un grado. Así pues, la pena de la tentativa puede coincidir con la de la frustración, si el Tribunal impone al autor de aquélla la pena inferior sólo en un grado, pero también puede ser menor, si le impone la pena inferior en dos grados.

No acaban aquí las desviaciones del sistema de nuestro CP respecto a la teoría objetiva. Según numerosos autores, el sistema de punición de los actos ejecutivos se aparta también de la teoría objetiva pura, porque —suele coincidirse predominantemente— dicha teoría es incompatible con la punición de la *tentativa inidónea* o *delito imposible*, ya que —se dice— éste no comporta peligro alguno para el bien jurídico, por lo que su punición sólo puede explicarse desde puntos de vista subjetivos, es decir, por la voluntad contraria al Derecho exteriorizada por el autor, voluntad que —indudablemente— sigue estando presente en el autor, aunque el delito resultase objetivamente de imposible ejecución o producción.

Ejemplo: «Las maniobras abortivas, irrigaciones o inyecciones jabonosas ejercidas sobre mujeres cuyo previo embarazo no se ha probado», son punibles como tentativa imposible del delito de aborto del artículo 411, aunque no resultare la muerte ni lesiones

graves de la mujer, ni resultado alguno (STS, 1981, 225, de 23 de enero).

El CP declara, en efecto, igualmente punibles la tentativa idónea y la tentativa y frustración inidóneas (delito imposible), lo que se ha señalado como posible consecuencia del CP con sus propios principios, ya que concibe conforme a módulos objetivos la tentativa de delito, declarando, a la vez, punible también el delito imposible.

Para evitar que la existencia en nuestro CP del delito imposible punible interfiera el concepto esencialmente objetivo de la tentativa y frustración (son punibles porque implican peligro para el bien jurídico) se ha propuesto la comprensión del sistema del CP como un sistema doble y superpuesto: objetivo respecto al concepto de tentativa y frustración idóneas del artículo 3.º, y subjetivo respecto al delito imposible del artículo 52, II. Ambos artículos del CP serían independientes entre sí, o lo que es lo mismo, la existencia del delito imposible punible previsto en el artículo 52, II, no alteraría ni influiría para nada la comprensión objetiva de la punición de la tentativa y de la frustración idóneas del artículo 3.º

En términos de explicación del Derecho positivo ello querría decir que el artículo 3.º, CP no describiría un concepto unitario de tentativa y frustración, aplicable tanto a las idóneas como a las inidóneas, sino que sólo estaría definiendo las primeras, en tanto que el concepto de delito imposible habría que deducirlo del artículo 52, II, exclusivamente: ambos artículos se estarían refiriendo a instituciones distintas. En apoyo de esta tesis —que podría denominarse del *sistema doble y superpuesto*— se argumenta fundamentalmente que los elementos típicos de la tentativa y frustración idóneas (art. 3.º) no pueden coincidir con el concepto de delito imposible (art. 52, II), porque el artículo 3.º exige que los actos ejecutivos realizados por el autor «debieran producir el delito» (idoneidad), en tanto que el artículo 52, II, se caracteriza, precisamente, por lo contrario, es decir, por la «imposibilidad de ejecución o de producción del delito» (inidoneidad). Esto implicaría, al menos, que todos los elementos del tipo objetivo de las formas imperfectas idóneas y las inidóneas son distintos.

El TS se ha manifestado en numerosas sentencias favo-

rable a las consecuencias que se deducen de la tesis del «sistema doble y superpuesto», antes aludido. Sin embargo, a nivel teórico o de principios no mantiene el TS una doctrina clara.

Ejemplo: STS 1981, 225, de 23 de enero: «... en el párrafo 2.º del artículo 52 —donde se establece la pena para una figura que no se menciona ni define en los artículos 3.º y 4.º...»

Más adelante la misma sentencia considera, sin embargo:

«Que la tentativa imposible es, al fin y al cabo, una *modalidad* de delito intentado que, ante la ausencia de norma que disponga lo contrario se somete al régimen punitivo de la tentativa...»

Pero si confusa resulta la coincidencia en una misma sentencia de ambos párrafos, que pudieran indicar tesis opuestas, igual confusión resulta del cotejo de diversas sentencias.

Así, por ejemplo, la STS 1981, 3387, de 3 de septiembre, se manifiesta por la independencia del artículo 52, II, respecto al artículo 3.º:

«el delito imposible contemplado en el 52, II, CP, es una realidad legal con *sustantividad propia*...»

Por el contrario, en la STS 1974, 3712, de 11 de octubre, hace el TS la siguiente consideración:

«que el delito imposible, que sin *definir* acoge el artículo 52, II, CP, con su norma extensiva, otorgando la propia penalidad de la tentativa...»

B) *La naturaleza ex ante o ex post del peligro para el bien jurídico. El delito imposible*

El TS, al decidirse por la punición de las tentativas *absolutamente* imposibles, está confirmando indirectamente que sólo considera peligrosas para los bienes jurídicos la tentativa y frustración idóneas. Es mayoritaria, en efecto, la opinión de que «actos idóneos» equivale a «actos peligrosos para el bien jurídico», en el marco de la tentativa y la frustración. Esta consideración es una lógica consecuencia del

estricto sistema «doble y superpuesto», que considera explícito con criterios exclusivamente objetivos la punición de los actos ejecutivos idóneos, y con criterios exclusivamente subjetivos la de los inidóneos.

Ahora bien, esta identificación entre peligro para el bien jurídico de la tentativa y frustración e idoneidad implica, evidentemente, que el carácter peligroso de los actos realizados por el autor se decida *ex ante*, es decir, atendiendo al momento de su realización por el autor y, por tanto, antes de conocer el efectivo desenlace final del hecho. Si el juicio de peligrosidad se emitiese *ex post* también la tentativa y frustración «idóneas» resultarían inidóneas, como lo demostraría el hecho de no haberse producido realmente la consumación del delito.

El TS y la doctrina dominante entienden, por tanto, que existen hechos que son punibles por poner en peligro *ex ante* el bien jurídico (tentativa y frustración idóneas), y hechos que son punibles y que no implican, sin embargo, peligro *ex ante* para el bien jurídico.

Ejemplo: STS, 1974, 3712, de 11 de octubre: «Siendo la causa de la imperfección criminal la imposibilidad absoluta de que (el delito) se cometa, desde el instante de la resolución ilícita, o con anterioridad a efectuar los actos ejecutivos, debiendo, por tanto, no existir posibilidad alguna de ejecución, pues de haberla surgiría la *idoneidad* para su generación, *aunque* fuese *relativamente*, y quedaría el supuesto al margen del delito imposible, todo lo que habrá de valorarse judicialmente a medio de un juicio *ex ante* y no *ex post* para determinar la posibilidad o imposibilidad...»

La misma línea jurisprudencial se ve confirmada en la más reciente STS 1977, 4209, de 5 de noviembre, según la cual —en exposición de la doctrina jurisprudencial dominante— el hecho de suministrar a la víctima una dosis *insuficiente* de un veneno es constitutivo de tentativa idónea de asesinato; si, por el contrario, la naturaleza del medio empleado no es venenosa —es decir, es incapaz de producir la muerte a un ser humano— la tentativa será imposible.

Ello implica, lógicamente, que la peligrosidad se investiga *ex ante* y se niega en la tentativa imposible.

2. LA DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN IDÓNEAS

Ejemplo: STS 1976, 5223, de 2 de diciembre: «La tentativa, como mero principio ejecutivo, se compone, por la realización de *algún o algunos* de los actos ejecutivos, ostensibles y manifiestos, conforme a dicha composición del delito consumado, pero que representan una inacabada efectuación, por causa involuntaria interferente, que no provenga de la libre voluntad del sujeto activo, mientras que *la frustración*, como grado de la fuerza física más próximo a la consumación, por estar objetivamente concluida la acción, dentro de su incompleta objetividad, requiere la contabilidad de *todos* los actos de ejecución precisos para conseguir el fin buscado intencionalmente, conforme a tal repetida composición típica del delito consumado, que no se consigue, por motivos ajenos a la voluntad del delincuente, y aparecidos luego, de que a lo realizado, nada podía agregarse...»

Así pues, la diferencia entre tentativa y frustración es también objetiva, es decir, se mide en función de la mayor o menor proximidad objetiva respecto a la consumación. En la tentativa el autor no practica todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el delito, en tanto que en la frustración el autor debe practicar todos los actos de ejecución que objetivamente deberían producir el delito. A la hora, pues, de determinar si el sujeto ha realizado todos o sólo una parte de los actos de ejecución del delito el criterio a aplicar es estrictamente objetivo-causal, es decir, se atiende —como se vio— a si lo realizado era suficiente por sí mismo para causar el resultado, o no lo era. En el primer caso habrá frustración, y en el segundo tentativa. Interesa resaltar que al respecto nada cuenta (teóricamente, al menos) lo que el autor suponía (si creía o no haber realizado todos los actos de ejecución), su representación del hecho o, en resumen, el plan delictivo del autor, ya que si se concediese relevancia a estos aspectos el criterio diferenciador entre tentativa y frustración dejaría de ser objetivo y pasaría a ser, en parte al menos, *subjetivo*.

Son innumerables las sentencias del TS en este sentido. Como ejemplos paradigmáticos, cabe citar las sentencias 1977, 601 de 21 de febrero y 1976, 5223 de 2 de diciembre, pero también la de 1980, 3812, de 23 de octubre:

«Que el viejo problema que plantea el presente recurso, tan discutido doctrinalmente, ya ha sido abordado ampliamente por la doctrina de esta Sala, con detenimiento y profundidad por la S. de 23 de abril de 1962 (R. 1853). La diferencia legalmente está clara en el artículo 3.º del CP y con un matiz marcadamente objetivo: en la tentativa no se practican todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, mientras que en la frustración se practican todos los actos de ejecución que deben producir el delito...»

3. EL COMIENZO DE LA EJECUCIÓN O DE LA TENTATIVA. TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

Los actos ejecutivos dan comienzo cuando el autor empieza a realizar la acción típica (teoría objetivo-formal o del comienzo de la ejecución), porque es, precisamente, en ese momento cuando los actos realizados constituyen tentativa, pero no antes: los hechos no directamente subsumibles en la acción típica por ser previos a la misma no originan todavía responsabilidad penal por tentativa, sino que son actos preparatorios impunes. Por lo demás, la determinación por parte del Tribunal de cuándo el autor ha dado comienzo a la ejecución de la acción típica se efectúa *ex post*, y sin atender al plan del autor.

Ejemplo: STS 1980, 139, de 24 de enero: «... se exige que se "dé principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores", que por tanto, serán ejecutivos, lo que, para su comprensión exige una previa distinción entre éstos, que constituyen el suelo o límite mínimo del delito tentado y los llamados preparatorios, que quedan fuera del ámbito señalado a ésta... al no significar su realización un peligro directo, inmediato y concreto o unívoco para la seguridad de los bienes jurídicos, cuya línea limítrofe o frontera debe colocarse en el terreno de la tipicidad... de tal manera que si tales actos exteriores... suponen *la realización del verbo* activo que rige la figura delictiva deben ser considerados como de ejecución...»

El comienzo de la ejecución en los delitos de mera actividad

La teoría objetivo-formal es difícilmente compatible con el reconocimiento de las formas imperfectas punibles (tentativa y frustración) en los delitos de mera actividad. De hecho es frecuente su no reconocimiento, tanto en un importante sector doctrinal afecto a la teoría objetivo-formal, como en la jurisprudencia. La razón que se esgrime es que al consumarse esos delitos con la mera realización de la conducta típica, por carecer de un resultado típico diferenciado de la propia acción o «efecto exterior separable espacio-temporalmente», resulta inconcebible que el sujeto pueda empezar a realizar la acción típica sin consumarla, y, por tanto, sin consumir el delito: de los actos preparatorios impunes se pasaría, aquí, directamente al delito consumado. Si se tiene en cuenta, sin embargo, que la mayoría de los denominados en el CP «Delitos contra la honestidad», por ejemplo, son delitos de mera actividad, se podrá comprender la inoportunidad político-criminal de la teoría en cuestión, que dejaría impunes los hechos en que el sujeto no hubiese iniciado la ejecución de la acción típica, aunque los actos realizados por dicho sujeto estuviesen íntimamente relacionados con dichas acciones típicas; téngase en cuenta, por contraposición, que esta teoría llevaría a condenar por el delito consumado la mera iniciación de la acción típica.

Para evitar estos inconvenientes político-criminales —sin renunciar por ello a la teoría objetivo-formal del principio de ejecución— el TS mantiene una doble tesis: la norma es que los delitos de mera actividad no admitan las formas imperfectas punibles, aunque excepcionalmente, en aquellos delitos de mera actividad en los que sea posible diferenciar distintos momentos en la realización de la acción típica, cabrá la forma punible de la tentativa, aunque no la frustración. En estos casos alude el TS a delitos de mera actividad cuya «conducta es fraccionable en el *iter criminis*» y a acciones que son «parte integrante de la conducta típica aunque no se corresponden formal y exactamente».

Ejemplo: STS 1978, 100, de 23 de enero: «Ya que los delitos de mera actividad no rechazan todas las formas de imperfección ejecutiva, pues, así como es inimaginable la frustración, la tentativa es perfectamente posible cuando, dada la estructura del delito de

que se trate, la conducta del agente sea fraccionable en el recorrido del *iter criminis*...»

Esta tesis del TS permite admitir frecuentemente la tentativa de abusos deshonestos e, incluso, de escándalo público, como en la sentencia citada.

Ejemplo: STS 1976, 2373, de 22 de mayo: «El autor empezó a caminar detrás de la mujer... y con ánimo libidinoso la atacó por la espalda intentado taponarle la boca y arrojarla al suelo.»

Estos hechos son constitutivos de tentativa de abusos deshonestos.

Si bien puede parecer correcto este reconocimiento de que también los delitos de mera actividad admiten la tentativa punible, diferenciable de la consumación, no es, ni mucho menos, admisible la excesiva extensión del ámbito de la tentativa punible manifestada por el TS en algunos supuestos en los que la conducta del sujeto no superó la fase preparatoria, por definición y en principio impune. Estas sentencias sólo pueden entenderse como producto de la inseguridad teórica que la teoría objetivo-formal del principio de ejecución comparte en este marco de los delitos de mera actividad.

El comienzo de la ejecución en los delitos resultativos

También en los delitos denominados «resultativos» encuentra dificultades la teoría objetivo-formal para delimitar el «comienzo de la ejecución». Se trata de delitos cuyos tipos no especifican una determinada forma de la acción diferenciable del propio resultado típico. Ejemplo: «el que matare a otro...» (art. 407). Pues bien, la decisión sobre cuándo comienza la ejecución de la acción típica, y con ello la tentativa, es cuestión ardua para la teoría objetivo-formal, pues, en sentido estricto, no se empieza, por ejemplo, «a matar» hasta que se produce la muerte. Naturalmente, esto comportaría tal restricción de las tentativas y frustraciones en estos delitos, que nadie mantiene, en realidad, un criterio estrictamente objetivo-formal en estos tipos penales para decidir sobre la existencia de una tentativa punible. Pero la inseguridad jurídica es muy grande, porque no se sabe,

entonces, qué criterio se utiliza. Ello puede comportar, por ejemplo, una excesiva extensión de la tentativa punible, que invade la zona de los actos preparatorios, injustificadamente desde la perspectiva objetivo-formal que se dice mantener.

Ejemplo: STS 1977, 17, de 12 de enero: «Los coautores vienen condenados por tentativa de robo, ya que "llamaron a la puerta de entrada para comprobar si había alguna persona dentro (y) portando dos destornilladores" para quebrantar la puerta y violentar la cerradura, lo que se disponían a hacer en el momento en que fueron sorprendidos por la policía...»

4. NATURALEZA JURÍDICA DEL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

El desistimiento voluntario antes de la consumación del delito excluye la tipicidad de la tentativa o frustración idóneas, es decir, produce la objetiva inexistencia de conducta típica. Es esta otra consecuencia que debe analizarse como deducible de la teoría objetiva sobre la tentativa y la frustración idóneas, ya que se entiende que el desistimiento excluye la tipicidad porque pone de manifiesto la ausencia de peligro para el bien jurídico (teoría objetiva). Por eso se exige jurisprudencialmente que quien desiste evite efectivamente la consumación del delito, bien no prosiguiendo con la ejecución (caso del desistimiento de la tentativa), o bien actuando positivamente para que el resultado no se produzca (caso de la frustración). También se ha explicado esta consideración del desistimiento como «causa de exclusión de la tipicidad», aduciendo que así lo impone el propio texto legal, ya que tanto la tipicidad de tentativa como la de frustración «requieren para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario».

De entre las innumerables sentencias que recogen esta naturaleza dogmática del desistimiento voluntario, caben citar las de 1976, 2939; 1976, 5223; 1981, 267.

A) *Fundamento de la impunidad por desistimiento voluntario*

Esta tesis de la atipicidad de la tentativa o frustración si concurre desistimiento voluntario del sujeto se complementa, a su vez, con la de que el fundamento de la impunidad

total, en tales casos, es de naturaleza *político-criminal*: esta teoría —denominada del «puente de plata»— entiende que la promesa de impunidad plasmada legislativamente supone un importante estímulo al autor para que desista de la tentativa y no consume el delito. Pero esta «promesa» o «puente de plata» sólo se le ofrece si su desistimiento es voluntario. El principal problema a resolver en materia de desistimiento de la tentativa o frustración es, pues, el contenido de la voluntariedad del desistimiento, es decir, cuándo se entiende que el sujeto ha desistido «voluntariamente»: a ello está condicionada la promesa de impunidad total, y de ello depende que su conducta se considere atípica.

B) *La voluntariedad del desistimiento*

La doctrina tradicional y la jurisprudencia suelen atribuir a la voluntariedad un contenido psicológico: es voluntario el desistimiento que «ha surgido con motivos autónomos, es decir, por propio impulso de la voluntad, con independencia de si dichos motivos son éticamente valiosos o no». La voluntariedad es, pues, entendida como espontaneidad, como acto producto de la voluntad, en el sentido indeterminista del término (libre voluntad del ser humano para actuar de una forma u otra).

Ejemplo: STS 1976, 5223, de 2 de diciembre: «Que el abandono de la empresa criminal, realizado por el sujeto activo, deteniéndose en la ejecución y dejando de recorrer totalmente el *iter criminis* que lo consumara materialmente, o retrocediendo incluso en su avance, si se realiza a medio del desistimiento en la tentativa, produce el efecto de la impunidad, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 3.º del CP, interpretándolo a *sensu contrario* e implícitamente, pues la configura, como un elemento negativo de existencia de la tentativa, al anular el delincuente su voluntad ejecutiva, fundamentándose tal beneficio, en razones éticas, humanitarias, de práctica utilidad, y de política criminal, amparando la menor peligrosidad demostrada, aunque para la operatividad del desistimiento, haya de exigirse, que *su origen se deba al libre, propio, espontáneo y voluntario querer* del agente, ya que no debe admitirse como hipótesis que excuse, si obedece a fenómenos causales independientes a su libre determinación, o a obstáculos exteriores,

como la resistencia de la víctima, la protección a ésta de terceras personas, o a situaciones similares, en las que por estar ausente la *espontaneidad* necesaria...»

Las teorías psicológicas parten de la conocida fórmula de que: «es voluntario el desistimiento cuando el autor se dice: no quiero llegar hasta el final, aunque puedo; involuntario cuando se dice: no puedo llegar a la meta, aunque quiera» (fórmula de FRANK).

II. Crítica de la doctrina y jurisprudencia mayoritarias. Teorías alternativas

1. RAZÓN DE LA PUNICIÓN DE LAS FORMAS IMPERFECTAS: TEORÍA MIXTA

La regulación de la tentativa y frustración idóneas no tiene por qué responder a los enunciados de una teoría estrictamente objetiva; ni tampoco el delito imposible tiene por qué obedecer a un concepto estrictamente subjetivo. En ambas figuras penales es preciso introducir elementos que les doten de un contenido *mixto*.

Así, por ejemplo, la tentativa y la frustración idóneas parten de la teoría objetiva, es decir, de que el fundamento de la punición de estas formas imperfectas es la generación de un peligro *ex ante* para el bien jurídico. Pero este peligro hay que entenderlo en un doble sentido: como posibilidad *ex ante* de que se produjese el resultado típico, y como posibilidad de perjuicio de los intereses preventivos generales de la norma, es decir, como perjuicio de la función motivadora a la no comisión de delitos que cumple la norma penal prohibitiva, por su mera existencia dotada de capacidad de ser aplicada. Quien, por ejemplo, ha disparado contra otra persona y errado, ante lo cual decide no volver a intentar el homicidio, ha creado un peligro real para la vida de un ser humano y con ello ha puesto de manifiesto que la norma prohibitiva del homicidio es violable. La conciencia general del colectivo social podría resultar poco motivada a respetarla si se renunciase a la persecución de esa conducta de tentativa.

Este punto de partida objetivo de las formas imperfec-

tas idóneas debe complementarse con elementos subjetivos, porque —como se verá— el propio CP así lo está dando a entender. Esta componente subjetiva permite ordinar la voluntad delictiva —en concreto— del autor en el concepto de tentativa y frustración idóneas. Pero no sólo como exigencia de dolo —lo que es un presupuesto, en todo caso— sino como exigencia de que se tenga en cuenta su plan delictivo a la hora de resolver las múltiples cuestiones jurídico-penales que afectan a la tentativa y la frustración. Esto introduce una cierta dosis de flexibilidad, al respecto, que puede ser beneficiosa político-criminalmente frente al automatismo mecanicista al que conduce —teóricamente, al menos— un planteamiento estrictamente objetivo. «Flexibilidad» no debe entenderse como lo contrario a «legalidad formal».

* * *

Pero también la tentativa o delito imposible debe someterse a esta revisión, hasta considerarla como un concepto mixto subjetivo-objetivo. Aquí, en efecto, el punto de partida ha de ser la teoría subjetiva, es decir, que el fundamento de su punición es, fundamentalmente, la voluntad contraria a la norma puesta de manifiesto por el autor. Pero si dicha voluntad realizada en actos externos no generase un peligro *ex ante* para los bienes jurídicos carecería de entidad suficiente como para perjudicar la función motivadora de la norma prohibitiva.

Piénsese, en efecto, que el punto de vista del análisis del peligro implícito en una acción es *ex ante*, lo que quiere decir que se decide atendiendo a si a un hipotético observador medio, con el conocimiento del autor en el momento de realizar su acción ésta le parecería peligrosa para el bien jurídico, o no. Así se confluye, lógicamente, en si resulta perjudicado el valor motivador de la norma prohibitiva para ese observador medio.

Ejemplo: el observador medio hipotético ve que un sujeto vierte una tableta de aspirina en la bebida de otra persona, manifestando su intención de envenenarla. Parece claro, que la confianza en la vigencia de la norma prohibitiva de matar de dicho «representante hipotético del colectivo social» no resulta mermada por dicho acto, que, en consecuencia, debe quedar

impune. Algo distinto sería si el sujeto activo vertiese una dosis de veneno creyéndola suficiente para producir la muerte. No es cuestión de mensurar al miligramo la dosis de arsénico necesaria para producir el resultado: cualquier observador medio está igualmente incapacitado para determinar este extremo y cualquier observador medio consideraría, por tanto, *ex ante* peligrosa esa conducta para el bien jurídico protegido «vida humana». Parece claro, pues, que esta conducta debe ser punible, aunque *ex post* (cuando ya ha hecho efecto el veneno y ha producido sólo efectos menores) pueda establecerse que, en realidad, la acción era incapaz de producir el resultado desde el primer momento y, por tanto, se trataba de una tentativa imposible.

Esta comprensión mixta subjetivo-objetiva del delito imposible permite matizar mejor las diferencias entre las formas imperfectas idóneas y las inidóneas, al tiempo que posibilita una mejor comprensión de la naturaleza del injusto penal. En la práctica, además, permite considerar impunes las antes denominadas «tentativas absolutamente imposibles».

2. DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA Y FRUSTRACIÓN IDÓNEAS. CRÍTICA DE LA TEORÍA OBJETIVO-CAUSAL

Ejemplo: STS 1979, 4514, de 30 de noviembre. «Que del examen de los hechos... se deduce: a) como supuestos anteriores a la conducta tipificada por el procesado "reflexionando sobre la opinión que hacían circular algunos vecinos" de que entre la esposa de la víctima y él existían relaciones ilícitas y pensando que el marido pudiese ejecutar algún acto en contra suya, "decidió matarle", para lo que cogió una escopeta de dos cañones y se fue al lugar en que la víctima debía encontrarse; b) como elementos fácticos concomitantes a la acción, que cuando se percibió de la presencia de la persona contra quien iba a dirigirse le hizo un disparo a la cabeza "en donde le alcanzó" con muchos perdigones, produciéndole heridas que curaron a los cuarenta días, y c) como circunstancias subsiguiente, que no hizo un segundo disparo *por creer que lo había matado*.

"... en cuanto al problema sobre si el delito de asesinato, en este caso, debe ser apreciado en grado de

frustración o de tentativa...", últimamente se pretende, por gran parte de la doctrina, no olvidar el criterio subjetivista y conjugable con el objetivista, pues estos comentaristas entienden que con el olvido de la intención no se puede decir si la dinámica de la conducta está acabada o no, criterio éste que no debe implicar el desconocer que la frustración y la tentativa son actos de ejecución, aunque imperfecta, que como tales dan lugar a que el criterio diferenciador básico y esencial sea el de la objetividad, en cuanto que el análisis de los supuestos fácticos es el que nos...».

No puede dejar de repetirse una vez más que la aplicación de criterios de causalidad, dignos de las ciencias de la naturaleza, para la resolución de cuestiones jurídico-penales ha producido una notable impronta de irracionalidad en el derecho penal español. No se trata, como se vio al principio, de una mera insuficiencia teórica, sino de reconocer que esa insuficiencia teórica —ese estancamiento en teorías filosófico-jurídicas del siglo XIX— conduce a soluciones político-criminalmente insatisfactorias. La crítica al causalismo es, pues, ante todo una crítica concreta.

En efecto, a la hora de decidir sobre la delimitación entre tentativa y frustración idóneas en nuestro Código Penal conviene tener presente, por ejemplo, que el interés práctico político-criminal de la cuestión radica en que puede resultar *menos* punible la tentativa que la frustración. La diferencia de pena entre ambas formas imperfectas no es forzosa —tal y como se sabe— y ello ofrece un punto de partida que se estima correcto para el análisis de sus diferencias: éstas deben analizarse conforme a criterios mixtos, objetivo-subjetivos, porque el propio CP así parece quererlo, al haber evitado tanto la equiparación forzosa de sus penas (conforme exigirían las teorías subjetivas), como la diferencia forzosa de sus penas (conforme exigiría la teoría objetiva pura).

Poner el punto de mira en la pena correspondiente a una u otra forma imperfecta sirve, además, para interpretar los distintos elementos típicos de la tentativa y la frustración: son, pues, los fines o el fin a cumplir con la pena los que dirigen la interpretación.

Por eso —por desviarse notablemente de esta perspectiva objetivo-causal— resulta especialmente interesante la doctrina jurisprudencial acogida en la STS 1979, 4514, de 30 de

noviembre, cuyo considerando fundamental ha sido reproducido en el encabezamiento de este epígrafe, y que no puede considerarse jurisprudencia aislada —tal y como la propia sentencia hace constar—. Se trata —como se ha visto— de un caso en que el autor de los disparos no ha realizado todos los actos que objetivo-causalmente deberían producir la muerte de la víctima, sino todos los que él creía necesarios para producirla; tal y como expone la sentencia, si el autor no realizó más disparos —lo que habría sido objetivo-causalmente necesario para producir la muerte— fue porque creyó muerta a la víctima. Con razón condena el TS por asesinato frustrado, y no intentado, y de esta manera introduce elementos subjetivos en la delimitación entre la tentativa y la frustración. Se trata de un criterio objetivo-subjetivo: cuando el CP establece que el culpable de un delito frustrado debe realizar todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, quiere decir que la frustración requiere la realización de todos los actos de ejecución que a juicio de un hipotético observador objetivo *conocedor del plan del autor* deberían producir la consumación del delito: cuando el autor ha realizado todo lo que *ex ante* cualquier observador habría considerado que objetivamente debería producir la consumación del delito, dicho autor ha realizado ya la frustración, aunque objetivo-causalmente sus actos no fuesen todos los que deberían haber producido la consumación.

Por eso debe someterse a crítica, por ejemplo, la STS, 1977, 601, de 21 de febrero, que —frente a la sentencia de instancia— califica de intentado y no de frustrado el homicidio de quien, habiendo manifestado expresamente su voluntad homicida, infiere a la víctima una puñalada con un cuchillo de cocina en región lumbar, «que está muy próxima a zonas vitales», de modo que —al decir de la propia sentencia— «el mayor o menor acierto del golpe más bien ha de reputarse accidental», y que si no lo repitió fue porque no pudo, dada la defensa de la víctima y la presencia de otras personas dispuestas a intervenir presuntamente para evitar la continuación de la agresión. Debería haberse considerado un supuesto de frustración, al igual que en el supuesto anterior. La decisión a favor de esta interpretación tiene mucho que ver con que no se ve ninguna razón político-criminal que aconseje en este caso establecer una di-

ferencia desvalorativa respecto a la frustración, por lo que el Tribunal no debe tener la opción entre imponer una pena inferior en uno o dos grados, a la que le correspondería al delito consumado. De hecho la STS en cuestión rebajó de ocho a dos años la condena.

Así pues, sólo la toma en consideración del plan del autor a la hora de decidir si el autor ha realizado todos o sólo parte de los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito, puede deparar un criterio racional para decidir sobre la concreta necesidad de pena. La diferencia entre tentativa y frustración es, pues, objetivo-subjetiva, mixta, en la medida en que se decide atendiendo al *juicio ex ante de un hipotético observador objetivo que tuviese en cuenta el plan del autor*. El juicio que tiene que emitir dicho observador hipotético es, por tanto, un juicio sobre el grado de realización del *dolo del autor*, a través de actos ejecutivos.

3. LA DELIMITACIÓN ENTRE TENTATIVA Y PREPARACIÓN: CRÍTICA DE LA TEORÍA OBJETIVO-FORMAL

El criterio objetivo-formal, es decir, aquel que establece que se supera la fase de preparación del delito y se entra en la de su ejecución (tentativa) cuando se empieza a realizar o ejecutar la acción típica (el verbo central) contiene un importante factor restrictivo de la punición de determinados hechos, porque respeta la zona impune, en principio, de los actos preparatorios. Pero, en su sentido estricto, resulta insuficiente para ejercer la defensa jurídico-penal de los bienes jurídicos, porque en muchos casos dicha defensa exige que los tipos penales se consideren empezados a ejecutar por el autor, aunque en sentido estricto éste no haya empezado a realizar el verbo típico. Piénsese en los antes aludidos «delitos resultativos», como el homicidio, o en los de «mera actividad», o en las omisiones puras. Por eso ha llegado a delimitarse una zona intermedia de actos punibles, situada —por así decirlo— entre la preparación y la realización de la acción típica. En dicha zona —también denominada en moderna dogmática jurídico-penal de «actos ejecutivos»— el autor realiza *actos íntimamente unidos con la acción típica a la que preceden inmediatamente*. Se trata,

pues, de «actos ejecutivos», y no de actos preparatorios; lo que ocurre es que los «actos ejecutivos» no se definen ya por el «comienzo de ejecución de la acción del verbo típico», sino por la realización de dichos actos «que se encuentran en la zona inmediatamente anterior a la realización de un elemento del tipo». Es importante destacar que esta teoría no desprecia esa saludable capacidad restrictiva de las conductas punibles que caracteriza, como se ha visto, a la teoría objetivo-formal, sino que, por el contrario, parte de un presupuesto similar, a saber, que los actos ejecutivos punibles no pueden extenderse a costa de reducir los actos preparatorios impunes. Precisamente por eso se toma como punto de referencia fundamental para definir los actos ejecutivos la acción típica y se exige, para poder hablar de acto ejecutivo, que el autor haya realizado un acto íntimo e inmediatamente unido con dicha acción típica. Se habla entonces de que el sujeto ha dado comienzo inmediatamente a la realización del tipo.

Esta teoría incide destacadamente sobre dos ámbitos jurídico-penales, y en ambos produce efectos beneficiosos dogmática y político-criminalmente: 1) permite explicar sin forzamientos la posibilidad de tentativa punible, y cuándo empieza ésta, en los delitos antes denominados «resultativos», en los de «mera actividad» y en las omisiones puras, puesto que todos éstos pueden empezar a ejecutarse sin necesidad de que haya dado comienzo la realización de la acción u omisión típica, en sentido objetivo-formal; 2) permite definir más certeramente al autor, ya que éste no será sólo el que realiza todo o parte de la acción típica —único que según la teoría objetivo-formal podría serlo—, sino también el que ha realizado —material o valorativamente— dichos actos íntimo e inmediatamente vinculados con la acción típica.

Ejemplo: STS 1973, 2694, de 9 de junio: «Que en el arduo tema de deslindar los actos preparatorios de los actos de ejecución propios de la tentativa es preciso partir de la definición legal que de ella da el artículo 3.º, párrafo tercero, del CP, cuando dice que la misma existe desde el momento en que el culpable “da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores”, expresión esta última que descarta la fase interna del *iter criminis*, de acuerdo con el clásico principio *cogitationis poenam nemo*

patitur, de modo que, una vez manifestada la resolución de delinquir con actos externos, es menester dar principio a la ejecución directamente, adverbio que no alude tanto a una inmediatez espacial temporal de aquellos actos iniciales con los que produce el resultado propio de cada delito, como a una relación funcional, a una *conexión íntima con la acción típica* representada por el verbo nuclear del correspondiente tipo delictivo, por lo que cabe decir que los actos ejecutivos propios de la tentativa se distinguen de los simplemente preparatorios: *a)* en que formalmente aquéllos inciden en el núcleo del tipo, aunque bastará por lo dicho que se conecten directamente con la acción típica para que puedan ser considerados como elementos de ella; *b)* en que materialmente ponen en peligro el bien jurídico penalmente protegido, y *c)* en que subjetivamente pueda decirse, conforme al llamado “plan del autor”, que su resolución criminal, objetivada en dichos actos iniciales, penetró efectivamente en el tipo y puso directamente en riesgo el bien jurídico.»

El supuesto de hecho se refiere a varios reclusos que ya habían iniciado la excavación de un túnel para fugarse, siendo descubierto por los funcionarios de prisiones al sospechar de un montón de tierra (tentativa de quebrantamiento de condena, art. 334).

Ejemplo: STS 1976, 1797, de 23 de abril. El autor vino condenado por la Audiencia por un delito de abusos deshonestos. El TS casa y anula la sentencia y condena por tentativa de abusos deshonestos:

«Ya que habiendo dado principio a la ejecución del delito apartando a la niña de la compañía de los otros niños con los que se encontraba en una huerta rebuscando naranjas con pretexto de ayudarla en la recogida, y una vez solos, con evidente propósito lúbrico y dar satisfacción a sus libidinosos deseos, se descorrió la cremallera del pantalón, sacó el pene y cogiendo a la niña de una mano la invitó a que se lo tocara, lo que no consiguió por negarse la niña, que consiguió desasirse de él y huir muy nerviosa y sofocada, por lo que al no existir los tocamientos que el procesado proponía por la resistencia de la menor, ni él tampoco realizó tocamiento alguno en el cuerpo de ella, el delito no llegó a consumarse...»

Téngase en cuenta, finalmente, que no existe ninguna razón teórica que impida, según esto, admitir tanto la tentativa como la frustración en los delitos de mera actividad; supuestos de frustración lo constituyen los casos de inidoneidad de la conducta.

4. NATURALEZA Y CONTENIDO DEL DESISTIMIENTO VOLUNTARIO

A) *El desistimiento voluntario como causa de exclusión de la necesidad de pena*

La tipicidad penal, los tipos penales, son —o deben ser— expresión del principio de legalidad; sirven a la seguridad jurídica delimitando la materia prohibida —sólo excepcionalmente realizable sin que ello comporte una pena— y motivan —por su mera existencia y por la previsión en los tipos de una pena en caso de su realización— a actuar no delictivamente (en este sentido sirven a la prevención general).

Su pretensión es, pues, que nadie realice la materia prohibida. Y tan prohibida está la consumación de delitos como la tentativa o el delito frustrado. Quien ha intentado matar a un ser humano, por ejemplo, no puede borrar el desvalor de la tentativa típica realizada por el hecho de haber desistido voluntariamente de la ejecución del delito hasta su consumación. Cuestión distinta es que —por cuestiones de utilidad penal— dicho autor deba quedar impune. La presente tesis se formula diciendo que la naturaleza jurídica del desistimiento voluntario es la de *causa de exclusión de la pena* (MUÑOZ CONDE), y no de la tipicidad, y que el fundamento de la impunidad por desistimiento voluntario hay que buscarlo en la desaparición de la *necesidad preventiva de pena*.

Porque, además, si el desistimiento voluntario del autor de una tentativa produjese la ausencia de tipicidad de lo realizado por el mismo, también los partícipes —e incluso los coautores— deberían quedar impunes —aunque ellos no hayan desistido o su desistimiento no fuese precisamente voluntario—, porque nadie puede responder penalmente como partícipe en un hecho no típico del autor. Esta conclusión no

es la querida por el legislador, y chocaría, por tanto, con los artículos 52 y 53.

B) *El fundamento de la impunidad por desistimiento voluntario*

Así pues, de entre las múltiples teorías que se han propuesto para la explicación del fundamento de la impunidad por desistimiento voluntario, parece acertada la que considera como fundamento la ausencia de necesidad preventiva de pena. Esta perspectiva sitúa el análisis del desistimiento voluntario del sujeto en un terreno estrictamente utilitario: si el sujeto desiste voluntariamente, entonces no es útil (necesario preventivamente) conminar su conducta con una pena.

C) *El contenido de la voluntariedad del desistimiento. Tentativa fracasada*

En consecuencia, también el contenido de la voluntariedad del desistimiento debe deducirse a través de un planteamiento estrictamente utilitario. Para afirmar la voluntariedad —desde este punto de vista— no es suficiente constatar que el sujeto actuó por impulso de su libre voluntad (teoría psicológica), porque en la mayoría de los casos la espontaneidad del desistimiento no permite deducir la inexistencia de necesidad preventiva de pena. Lo realmente interesante a efectos penales es si el sujeto desistió aun pudiendo seguir adelante con el plan delictivo, es decir, aun siendo útil para él (utilidad criminal) la prosecución del delito. Debe acogerse, pues, una interpretación restrictiva del término «voluntario», que no se fije tanto en el contenido psicológico del mismo como en el contenido de «renuncia a la utilidad criminal» que podía extraerse de la prosecución en la ejecución del delito, o de la no evitación de su consumación, en caso de haber realizado ya el autor todos los actos de ejecución.

La superación del psicologismo a la hora de interpretar la voluntariedad del desistimiento no puede entenderse como una cuestión meramente terminológica o teórica sin incidencia práctica, sino todo lo contrario, porque permite valorar jurídico-penalmente la conducta antes de afirmar la voluntariedad y consiguiente impunidad del sujeto. Y si bien es cierto que en determinados casos pueden coincidir volunta-

riedad psicológica y voluntariedad normativo-valorativa, no lo es menos que en la mayoría de los supuestos de hecho las consecuencias de la aplicación de uno u otro criterio son divergentes.

Con razón se ha dicho, por ejemplo, que el ladrón que deja de tomar el dinero ya a su alcance porque oye llegar a la policía, o el sujeto que deja de disparar a la víctima por la misma razón, deberán considerarse según la teoría psicológica como sujetos que han desistido voluntariamente, pues si no robaron o mataron fue porque aun pudiendo no «quisieron», en sentido psicológico, ya que, por el momento, nada les impedía haber consumado el delito.

Aplicando, por el contrario, la teoría valorativa aquí expuesta, la conclusión habría de ser la de negar la voluntariedad del desistimiento, dado que el desistimiento de dichos sujetos se produjo porque no era «útil» para el delincuente seguir adelante.

Ejemplo: STS 1976, 2923, de 7 de junio. El autor penetró tras forzar la puerta de entrada, en una oficina, sin llegar a apoderarse de cosa alguna, dada la presencia en el local de un perro lobo que ladraba insistente y amenazadoramente:

«Más que a una indagación psicológica de los motivos que llevaron al autor a desistir de la inicial resolución delictiva habrá que atender a la valoración jurídica de dichos motivos, en cuyo punto ya se comprende que si los impedimentos surgidos se representaban en la mente del autor como absolutos en orden a obtener el fin propuesto, el desistimiento que de ello se deriva ha de valorarse en todo caso como involuntario, siendo ya cuestión más problemática cuando de impedimentos relativos se trate, cuestión eminentemente circunstancial, pero en la que cabe anticipar como criterio de validez interpretativa aceptado por esta Sala en buen número de supuestos aquel en que si el sujeto desiste es llevado por un aumento del riesgo con el que no contaba de antemano y surgido durante la propia ejecución —sentencias de 11 de octubre de 1888, 4 de mayo de 1929, 14 de octubre de 1957 (R. 2664), 22 de mayo de 1965 (R. 2497)—, lo que lógicamente impide considerar el desistimiento como espontáneo, vale decir voluntario (sentencia de 13 de octubre de 1976).»

Es preciso señalar que la tesis aquí mantenida no coincide con otras teorías valorativas que pretenden introducir valoraciones éticas en la investigación de la voluntariedad del desistimiento, afirmándola, por ejemplo, sólo cuando el desistimiento es demostrativo del «retorno del autor al orden jurídico». No puede confundirse, en efecto, con el desistimiento motivado por cualquier razón —éticamente valorable, o no—, pero valorable normativamente porque el autor actuó en contra de la racionalidad delictiva, que le aconsejaba seguir actuando.

Sí es posible, sin embargo, hacer confluír la teoría de la valoración normativa aquí mantenida con la que mantiene un sector de nuestra doctrina, que entiende que el desistimiento es voluntario cuando es demostrativo de la inexistencia de necesidad de pena.

Desistimiento involuntario y tentativa fracasada

De los supuestos de tentativa o frustración involuntariamente desistidas hay que diferenciar los de tentativa fracasada, que son punibles, y que se caracterizan porque el sujeto llega al convencimiento, o a la suposición, de que le es imposible acceder a la meta delictiva y, en consecuencia, abandona la ejecución ya iniciada. No se trata de casos de desistimiento involuntario, sino de tentativas fracasadas, lo que quiere decir que los criterios valorativos utilizados hasta ahora para dilucidar la voluntariedad o involuntariedad del desistimiento no desempeñan ningún papel a la hora de decidir si una tentativa ha resultado fracasada o no.

Es decir, que antes de investigar sobre la voluntariedad o involuntariedad de un desistimiento debe haberse decidido ya que la tentativa no ha fracasado, ya que en la tentativa fracasada no es posible desistimiento alguno.

La teoría psicológica sobre la voluntariedad o involuntariedad del desistimiento ha producido un notable confusio-nismo al respecto que conviene deshacer: no cabe discutir si ha sido voluntario o involuntario el desistimiento de quien ha renunciado a proseguir su ya iniciado delito de estafa porque comprende que el perjuicio patrimonial del que él va a conseguir un enriquecimiento injusto va a ser de mí-

nima cuantía, en comparación con lo que el autor había supuesto; o del ladrón que renuncia a tomar la cantidad de dinero hallada en la caja fuerte por ser notablemente inferior a la que él había supuesto que encontraría. Las más evolucionadas versiones de la teoría psicológica —entre las que habría que contar tal vez a la jurisprudencia dominante— suelen negar en estos casos la voluntariedad del desistimiento, amparándose en la ya conocida fórmula de FRANK de que debe considerarse involuntario el desistimiento cuando el autor se dice que no puede llegar a la meta, aunque quiera. Pero en realidad esta fórmula sirve para conocer cuándo ha fracasado una tentativa o frustración, y no cuándo el desistimiento ha sido involuntario. Esto último debe decidirse con ayuda de los criterios valorativos ya conocidos.

5. CONSECUENCIAS DE LA TEORÍA MIXTA SUBJETIVO-OBJETIVA EN EL DELITO IMPOSIBLE

A) *El peligro ex ante, la capacidad y el poder de realizar el resultado*

También el delito imposible debe implicar un nivel mínimo de peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico, aunque sólo *ex post* pueda comprenderse la imposibilidad de producir el resultado. La idoneidad o inidoneidad de la tentativa no depende, pues, de si la acción era peligrosa o no, *ex ante*, para el bien jurídico, sino de si *ex post* aparecen como acciones con capacidad para realizar el resultado desde un principio, o no.

Esta tesis se apoya en la consideración de que si bien toda tentativa es ejercicio de finalidad o dolo, existen finalidades actualizadas en actos exteriores que tienen *poder para realizar el resultado*, y otras que no. Este extremo sólo puede constatarse *ex post*, tras el acaecimiento efectivo del resultado o su ausencia. Así cabe diferenciar precisamente las formas imperfectas (no tienen poder de resultado *ex post*) de los delitos consumados (si lo tienen). A su vez, para diferenciar las tentativas idóneas de las inidóneas hay que decidir si la acción era *ex post capaz de realizar el resultado*, ya que *ex ante* toda tentativa punible (idónea o no)

aparece como capaz de realizarlo. Pero sólo la idónea es también *ex post* capaz de haberlo realizado*.

B) *El delito irreal*

Resulta así plenamente coherente imponer la misma pena a la tentativa idónea que al delito imposible y, sin embargo, declarar impunes las conductas que *ex ante* y *ex post* son incapaces de realizar el resultado, que se consideran carentes, por tanto, de peligrosidad *ex ante* y constituyen los llamados delitos o tentativas irreales impunes.

Ejemplo: STS 1971, 500, de 6 de febrero: «...y al levantarse, después de haber observado que se hallaba sólo en casa, decidió privar de la vida a todos sus familiares, a cuyo fin tomó una botella de "cuchol" líquido insecticida empleado para exterminar cucarachas, sustancia de moderado poder tóxico, capaz de ocasionar la muerte a un niño de pocos meses de edad, aunque carente de efectos letales en personas adultas..., y vertió parte de su contenido en un bote abierto de leche condensada, empleada para la alimentación de la niña (lactante todavía)... y en una cafetera... utilizada por el resto de la familia..., y al regresar (la familia) sospecharon inmediatamente por el aspecto y fortísimo olor que despedía..., absteniéndose de alimentar a la niña y del empleo de la cafetera...».

En relación a los miembros adultos el supuesto debería ser constitutivo de una tentativa absolutamente imposible, equiparable al delito irreal impune. El TS lo consideró, sin embargo, una punible conducta de tentativa imposible de parricidio.

Una incorrecta comprensión exclusivamente subjetivista (tal y como reconoce el propio TS) lleva a considerar que el suministro de una dosis de veneno insuficiente es constitutivo de *tentativa idónea*, en tanto que el suministro de un producto contra insectos «que dado su moderado poder tóxico, sólo capaz, *cualquiera que fuera la dosis ingerida*, de matar niños de pocos meses de edad», es constitutivo de

* Tesis que ya propuse en mi estudio sobre el injusto personal con motivo de la causa de justificación del «ejercicio legítimo del cargo», Madrid, 1980, págs. 157 y sigs. y 173 y sigs.; y con la que coincide MIR PUIG, en lo relativo a la diferencia entre tentativa y frustración idóneas y delito imposible.

una *tentativa imposible* (tesis del «defecto de cantidad» —idónea— frente al «defecto de calidad» —inidónea—).

Ejemplo: STS, 1977, 4209, de 5 de noviembre: «... siendo esta última solución la predilecta de la doctrina científica más caracterizada, la cual reputa tentativa (idónea) a toda hipótesis de insuficiencia en la cantidad de los medios empleados, reservando la calificación de tentativa imposible para los casos de confusión de los medios —defecto de calidad—, bien porque se emplea una sustancia inocua, creyendo que se administra otra venenosa, bien porque se atribuye a una sustancia inocua cualidades tóxicas de las que, en realidad, carece...».

De donde se deduce que hasta el más burdo «defecto de calidad» es constitutivo de una tentativa imposible punible. El TS mantiene, pues, la punición de las *tentativas absolutamente imposibles*. Según la tesis aquí expuesta éstas constituyen *delitos irreales impunes*.

Por lo demás, el delito imposible punible puede tener su origen en una inidoneidad del *medio* o del *objeto*. Algún sector doctrinal minoritario incluye también los casos de inidoneidad del *sujeto*. El texto legal alude exclusivamente a la «imposibilidad de ejecución» (se entiende como alusión a la imposibilidad del medio) o de «producción» del delito (se entiende como alusión a la imposibilidad del objeto).

Ejemplo de imposibilidad del medio: A pesar de la tesis del TS antes vista, la dosis insuficiente es un caso de delito imposible por idoneidad del medio.

Ejemplo de imposibilidad del objeto: Tentativa de homicidio sobre un cadáver (extremo éste lógicamente desconocido *ex ante* por el autor), o sobre un bulto, al que se confunde con un ser humano (las almohadas situadas bajo las mantas y sobre la cama disimulando la ausencia de la persona); el carterista realiza una tentativa imposible de hurto cuando introduce su mano en un bolsillo vacío.

Ejemplo: STS, 1981, 1707, de 24 de mayo: «... y en un segundo momento el padre del agresor, que había sido hasta entonces espectador pasivo del suceso... ordena enardecido a su hijo que dispare de nuevo sobre la víctima..., y acto seguido dispara éste por segunda vez en dirección a la víctima, caída en el suelo..., acaso sin vida, con aparente ánimo de rema-

tarlo..., demostrándose *ex post* que yacía muerto..., lo que confirma el hecho de que el segundo disparo no llegó a alcanzarle...».

A pesar de que el TS alude aquí a una punible (inducción y autoría, respectivamente) tentativa *absolutamente* imposible, parece que se trata de una simple tentativa imposible, por inidoneidad del objeto.

Ejemplo de imposibilidad del sujeto: Un particular ofrece dinero a quien cree que es un funcionario, para que actúe favorablemente en un acto que le concierne. El delito de cohecho activo (art. 391) sólo puede realizarse sobre un funcionario público (definido en el art. 119).

C) *El delito putativo*

Los casos de imposibilidad del sujeto deben quedar impunes, al igual que los supuestos de *delitos putativos*, que son casos de «error de prohibición al revés»: el sujeto cree que lo que hace está prohibido, aunque, sin embargo, no lo está. Aunque, en realidad, los casos de imposibilidad de sujeto son supuestos de «error de tipo al revés», porque el autor cree erróneamente que concurre un elemento del tipo, realmente inexistente, su similitud en el plano valorativo con el delito putativo justifica su impunidad.