

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL

PARTE GENERAL

7ª edición
4ª reimpresión corregida

editorial
B de f
Montevideo - Buenos Aires

2007

Julio César Faira - Editor

LECCIÓN 13

TIPOS DE IMPERFECTA REALIZACIÓN: ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES Y TENTATIVA

BIBLIOGRAFÍA

- Albrecht*, Der untaugliche Versuch, 1973; *Meisner*, El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa, ADPCP 1996, pp. 473 ss.; *el mismo*, La tentativa inidónea. Fundamento de la punición y configuración del iníto, 2000; *el mismo*, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidónea, RDPCr (7) 2001, pp. 11 ss.; *el mismo*, Desistimiento no graduado y reglas de imputación, AP 2001-5, pp. 1041 ss.; *el mismo*, Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica, 2001; *Ulrich*, Der Rücktritt vom Versuch, Frank. Festgabe, tomo II, 1970; *Muñoz Varona*, El desistimiento idóneo fracasado, ADPCP 1996, pp. 875 ss.; *Alvariz*, Strafrechtliches Versand, 1982; *Arz*, Bedingter Entschluß und Vorberetungshandlung, IZ, 1969, pp. 54 ss.; *el mismo*, Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom Versuch, GA, 1964, pp. 1 ss.; *Baldó*, Algunos aspectos conceptuales de la inducción, ADPCP 1989, pp. 1091 ss.; *el mismo*, Estado de necesidad y legítima defensa, 1994, pp. 111 ss.; *Bustera Archaico*, Tentativa de delito y delito frustrado: su unificación, 1952; *Baumann*, Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht, NJW, 1962, pp. 16 ss.; *el mismo*, Noch einmal Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, IuS, 1971, pp. 651 ss.; *Blerna Fiebig*, El retroceso del sujeto en la conducta criminal emprendida, CPC 20 (1983), pp. 309 ss.; *Blei*, Das Wahnverbrechen, JA, 1973, pp. 601 ss.; *el mismo*, Versuch und Rücktritt vom Versuch nach neuem Recht, JA, 1975, pp. 95 ss.; 167 ss.; 233 ss.; *Blöy*, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, IZ, 1954, pp. 468 ss.; *el mismo*, Die jüngste Rechtsprechung zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, IZ, 1955, pp. 193 ss.; *el mismo*, Vorbereitung und Versuch, Niederschriften, t. II, Nr. 34; *el mismo*, Zur Reform des Versuchsstrafrechts, Strafrechtliche Untersuchungen, 1957; *el mismo*, Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig?, NJW, 1955, pp. 1417 ss.; *Bohke*, Strafrechtswissenschaftliche Methodik und Systematik bei der Lehre vom straffreienden und strafmildernden Täterverhalten, 1979; *Bräutigam*, Kenntnis des Verletzten und tätige Reue, IuS, 1971, pp. 403 ss.; *Bruns*, Strafzumessungsrecht, 2ª ed., 1974, pp. 458 ss.; *el mismo*, Der untaugliche Täter im Strafrecht, 1966; *el mismo*, Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts, GA, 1979, pp. 161 ss.; *Häcker*, Die Milderung der Strafe für den Versuch, IZ, 1956, 477 ss.; *Burgstaller*, Zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs, JBl 1998, pp. 307 ss.; *von Buri*, Versuch, Beiträge zur Theorie des Strafrechts, 1894; *Hackbart*, Das Unternehmensdelikt und seine Grenze, IZ, 1971, pp. 352 ss.; *el mismo*, Rechtsirrtum und Wahrheitsdelikt, 1981, pp. 681 ss.; *el mismo*, Der Rücktritt als Rechtfertigungsgrund, 1973; *Bustos*, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea: un falso dilema. Homenaje a Pérez-Vitoria, t. I, 1983 (= *el mismo*, Control social y sistema penal, 1987, pp. 509 ss.); *Campo*, Los actos preparatorios punibles, 2000; *Cerezo*, La injusticia de los delitos dolosos en el Derecho Penal español, ADPCP 1961 (= *el mismo*, Problemas fundamentales del

1974; Kühl, Grundfälle zur Vorbereitung, Versuch, Vollendung und Beendigung, JuS, 1979, pp. 718 ss.; 874 ss.; JuS, 1980, pp. 120 ss., 273 ss., 506 ss.; JuS, 1982, pp. 110 ss., y 189 ss.; Köper, Versuchs- und Rücktrittsprobleme bei mehreren Teilnehmer, JZ, 1979, pp. 775 ss.; *el mismo*, Zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch, NJW 1984, pp. 777 ss.; *Lacerda da Costa Pinto*, Arrelevancia da desigualdade em situações de complicitas-pasivo, 1902; Lampe, Genüßt für den Entschluß des Täters in § 43 StGB sein bedingter Vorsatz?, NJW, 1938, pp. 352 ss.; Langer, Das Sonderverbrechen, 1972; *el mismo*, Der Begriff der absonderlichen persönlichen Merkmale, Lampe-Festschrift, 1976, 241-264; *Lauthenthal*, Der Versuch des qualifizierten Delikts..., JZ, 1987, pp. 1067 ss.; *Lohmann*, Die Beschränkung des Versuchs nach deutschem und amerikanischem Recht, 1962; López Barja, La tentativa imponible en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, RPI 150/2000, pp. 147 ss.; *Maqueda*, Algunas reflexiones críticas acerca de la punición de la apología, PJ n.º 9 (1988), pp. 9 ss.; *Martínez Escamilla*, El desistimiento en Derecho penal, 1994; *la misma*, Das cuestiones básicas del desistimiento en Derecho penal, en Silva (ed.), Política criminal y nuevo Derecho penal, Libro Homenaje a Roxin, 1997, pp. 331 ss.; *Maurach*, Die Beiträge der neueren höchstgerichtlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Willensdelikts, JZw, 1962, pp. 716 ss. y 767 ss.; Meyer, Kritik an der Neuregelung der Versuchsschulbarkeit, ZsW, 87 (1973), pp. 578 ss.; Meyer, Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch einer Straftat, JuS, 1977, pp. 19 ss.; *Mir Puig*, Los términos «delito» y «falta» en el Código Penal, ADPCP, 1973, pp. 319 ss.; *el mismo*, El delito de matrimonios ilegales, ADPCP, 1974; *el mismo*, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2.ª ed., 1982; *el mismo*, Observaciones a los Títulos Preliminar y Primero del Proyecto de CP, en RFJUC, 1980, pp. 39 ss.; *el mismo*, Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto, ADPCP 1988, pp. 661 ss.; *el mismo*, Sobre la punibilidad de la tentativa imponible en el nuevo Código penal, en A.A.V.V., Problemas específicos de la aplicación del nuevo Código penal, CDJ 1999, pp. 13 ss. (hay versiones modificadas en RJCat 2001, pp. 601 ss., y bajo el título Untauglicher Versuch und statistische Gefährlichkeit in neuen spanischen StGB, en Festschrift für C. Roxin, 2001, pp. 729 ss.); *Carlos Mir Puig*, Sobre la naturaleza jurídica de la tentativa en el Código Penal, en PJ n.º 50 (1995), pp. 75 ss.; *De Motier*, La clasificación de la responsabilidad en el delito frustrado, en PJ n.º 50 (1995), pp. 75 ss.; *Moore-Torres*, Tentativa de delito y delito irreal, 1999; Rev. de legislación, Vol. 111, 1878, pp. 422 ss.; *Moore-Torres*, Tentativa de delito y delito irreal, 1999; *Montagut*, Punición o despenalización de la proposición para delinquir, ADPCP 1989, pp. 989 ss.; *Muñoz Cordero*, El desistimiento voluntario de consumar el delito, 1972; *el mismo*, Der mögliche Rücktritt: eine Wiederkehr der Erfolgschaft?, GA 1973, pp. 33 ss.; *el mismo*, Theoretische Begründung und systematische Stellung der Straflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch, ZStW 84 (1972), pp. 736 ss.; *Núñez Barbero*, El delito imponible, 1965; *Ors Berenguer*, Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito, CPC 18 (1982), pp. 483 ss.; *Ortiz*, Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch, NJW, 1976, pp. 578 ss.; *el mismo*, Der Versuch und Rücktritt bei mehreren Teilnehmer, JZ, 1980, pp. 641 ss. y 707 ss.; *el mismo*, Schadenscristit und Verjährungsbeginn, en Festschrift f. Lancker, 1987, pp. 715 ss.; *Pereida*, Delito imposible. Determinación de las penas, 1930; *el mismo*, Un caso de punición del delito imposible y de la tentativa imponible, RGJ, 1942, pp. 268 ss.; *el mismo*, El «delictus inchoatus» en Covarrubias, Estudios de Deusto, Año V, 1957, pp. 291 ss.; *Pérez Parente-Sánchez Domingo*, Acerca de la punición de la tentativa imponible, La Ley 1988-1, pp. 1801 ss.; *Puig Peña*, Frustración, NEJ, vol. X, pp. 186 ss.; *Puppe*, Der halberzige Versuch, NSZ 1984, pp. 488 ss.; *la misma*, Zur Unterscheidung von beendeten und unbefendeten Versuch, NSZ 1986, pp. 14 ss.; *Quintana Ripollés*, Delito imposible, NEJ, vol. VI, pp. 388 ss.; *Rebollo*, La provocación y la apología en el nuevo CP, 1997; *Roquejo*, Tentativa y desistimiento en los delitos de omisión, AP 2001-2, pp. 537 ss.; Rey, La tentativa jurídico-penal: acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo, 2001; *Rigbi*, Problemas sistemáticos de la punibilidad de la tentativa imponible, Homenaje a Ilmóncz de Acuña, 1970; *Rodríguez Mourillo*, Delito imposible y tentativa en el Código Penal español, ADPCP, 1971, pp. 369 ss.; *el mismo*, La punición de los actos preparatorios, ADPCP, 1968, pp. 277 ss.; *el mismo*, La omisión de socorro en el Código Penal, 1960; *el mismo*, Las fases de ejecución del delito, RJCat, núm. extra, 1980; *Romero*, La problemática de los autores imponentes y el delito putativo, Homenaje a Ilmóncz de Acuña, 1970; *Del Rosal Blasco*, La provocación para cometer delito en el Derecho español, 1986; *el mismo*, La apología delictiva en el nuevo CP de 1995, en Estudios sobre el CP de 1995 (Parte Especial); Roxin, Über den Tatentschluss, Schröder-Gedächtnis, 1978, pp. 145 ss.

la distinción liberal entre Moral y Derecho que prohíbe a éste la regulación de los pensamientos y limita su esfera de acción al terreno social de los actos externos.

5 Lo anterior no se discute por nadie. Más opinable es la determinación del momento de la fase externa en que puede empezar a intervenir el Derecho penal. Por de pronto, cabe distinguir dos grandes momentos externos: la fase de **actos preparatorios** y la fase de **ejecución**. Los actos preparatorios —no siempre concurrentes— suponen un momento intermedio entre la fase interna y el propio inicio de la ejecución del tipo previsto en la Parte Especial. Procurarse los medios, observar el lugar, proporcionarse cómplices, son ejemplos de actos preparatorios. Iniciar la acción de disparar sobre la víctima ya es, en cambio, un ejemplo de comienzo de la fase ejecutiva. Pues bien, ¿cabe castigar ya los actos preparatorios? ¿Hay que esperar a los actos ejecutivos? En el CP vigente se parte del **principio de impunidad de los actos preparatorios**. Se exceptúan algunos supuestos que se reputan especialmente peligrosos: la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (arts. 17 y 18 CP), cuando expresamente se castigan por la ley (**actos preparatorios punibles**). Iniciada la fase ejecutiva se parte del principio contrario, la **punición de la tentativa**, que sólo encuentra excepción en materia de faltas, las cuales únicamente se castigan cuando son consumadas, salvo por lo que se refiere a las faltas intentadas contra las personas o el patrimonio (art. 15 CP).

5. Fundamento de la punición de fases anteriores a la consumación

6 ¿Por qué castiga la ley conductas que no llegan a la lesión del bien jurídico protegido? Si, p. ej., la ley quiere evitar que se mate, ¿por qué castigar el disparo que no alcanza a la víctima y no le da muerte? Tres grupos de teorías tratan de responder a esta pregunta por caminos distintos. En su exposición seguiremos fundamentalmente el claro planteamiento de Jescheck.⁴

7 A) Las **teorías objetivas** sostienen que la razón del castigo es la *puesta en peligro* del bien jurídico protegido. Ello explicaría que, aun dirigidas por una misma finalidad *subjetiva*, se castiguen de diversa forma la preparación (cuando es punible), la ejecución imperfecta y la consumación. La razón sería la mayor o menor proximidad *objetiva* respecto de la lesión del bien jurídico. Este punto de vista objetivo fue característico de la doctrina penal *liberal* del siglo XIX (así, Fenerbach en Alemania y Carrara en Italia)⁵ y en nuestro país constituye la opinión mayoritaria.⁶ Sus **consecuencias** político-criminales son:

8 a) El **principio** de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se hallan objetivamente demasiado lejos de la lesión del bien jurídico (insuficiente peligrosidad objetiva).

4. Cfr. Jescheck, Tratado, pp. 700 ss.

5. En la actualidad lo mantienen Dicke, Spindler y Treplin; cfr. sus obras cit. en la bibliografía.

6. Así, por ejemplo, Antón Ojeda, PG, p. 417; Córdoba, Notas, II, pp. 185 s.; Cobo/Vives, PG, pp. 639 ss.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81 (para la tentativa idénea).

1. CONSIDERACIONES GENERALES

b) La menor punición de la tentativa respecto de la consumación, ya que objetivamente 9 es menos grave la puesta en peligro que la lesión del bien jurídico.

c) La impunidad de la tentativa absolutamente idénea, porque no resulta objetivamente 10 peligrosa.

B) Las **teorías subjetivas** ven el fundamento de la pena de las fases anteriores a la consumación 11 en la *voluntad contraria a Derecho manifestada*. Faltando la lesión del bien jurídico, lo decisivo sería la dirección de la voluntad hacia dicha lesión, en cuanto se manifiesta externamente. Este punto de vista subjetivo se defendió en Italia por la Escuela Positiva (Garofalo) y, en parte, gracias al finalismo de Welzel,⁷ se halla hoy ampliamente extendido en Alemania.⁸ De mantenerse en forma pura —lo que no suele suceder⁹— sus **consecuencias** político-criminales serían:

a) Una tendencia a la ampliación de la esfera de los actos ejecutivos punibles, adelantando 12 el momento de su comienzo, a costa de reducir el ámbito de los actos preparatorios impunes. La razón sería que ya desde el principio se manifestaría la voluntad criminal.

b) Igual punición de tentativa y consumación, pues la ausencia del resultado no supone 13 una voluntad delictiva menos disvaliosa.

c) Punición de la tentativa absolutamente idénea, puesto que la idoneidad objetiva no 14 empuja a la prevención de una perfecta voluntad criminal.

C) Las **teorías mixtas**, mantenidas en la actualidad por un importante sector de la doctrina 15 alemana (así Jescheck),¹⁰ parten de la voluntad delictiva como fundamento del castigo, pero creen necesario limitar éste por exigencias objetivas, como la de que el hecho produzca una *conminación de la colectividad (teoría de la impresión o conmoción)*. En otras palabras, el objeto de la punición sería la voluntad, pero el merecimiento de pena lo decidiría la *conmoción* del sentimiento de seguridad de la colectividad. Las **consecuencias** político-criminales de esta perspectiva serían:

a) La adopción de criterios objetivos para la delimitación de actos preparatorios y actos 16 ejecutivos: sólo se deben castigar los actos que producen ya una objetiva *conmoción social*.

b) La *atenuación* facultativa de la pena de la tentativa: según se aminore o no la *conmoción 17 social*.

c) La **impunidad de la tentativa irreal**, porque no determina alarma social alguna. 18

7. Cfr. Welzel, lb., pp. 192 ss. (=trad., pp. 266 s.). También en esta línea Cerezo Mir, Tentativa, p. 31.

8. Jescheck, Tratado, p. 701, considera este planteamiento «doctrina dominante» en Alemania.

9. De ahí que muchos partidarios de la fundamentación subjetiva no acepten algunas de estas consecuencias, como las de la equiparación de la pena de toda forma de tentativa y de la punibilidad de la tentativa irreal. Sobre la fundamentación de la distinción (acertada) entre la pena de la tentativa inacabada y de la tentativa acabada que se hace desde la perspectiva subjetivista, cfr. Farré, I a tentativa, pp. 477 ss. Una fundamentación de la impunidad de la tentativa irreal pretendidamente subjetiva ofrece Struensee, ZStW 102 (1989), pp. 21 ss. A mi juicio, ninguna de ambas fundamentaciones puede verse como puramente subjetiva, sino que ambas son objetivos subjetivos. Cfr. infra, III 3.

10. Tratado, n. 702. Cfr. También en este sentido las obras de Grünwaldt, Meyer y Salin, cit. en la bibliografía. En España Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 473 ss. defienden que el fundamento de la punición de todas las formas imperfectas de ejecución está tanto en criterios objetivos como subjetivos: a favor de teorías mixtas para la tentativa idénea Rodríguez Mourullo, Comentarios, II, pp. 223 ss.; en contra Cobo/Vives, PG, p. 641 nota 7.

19

De cuáles de las tres posiciones expuestas resulta más adecuada para explicar la punición de fases anteriores a la consumación en el **Derecho penal español**? Ya he dicho que en nuestro país es dominante el criterio *objetivo*. Ello resulta acertado si comparamos las consecuencias político-criminales de esta perspectiva y la legislación penal española.

20

a) En España los actos preparatorios son impunes salvo cuando se entiende que revisten una peligrosidad objetiva particular (conspiración, proposición y provocación a determinados delitos).

21

b) En nuestro Derecho no sólo es obligatoria una menor pena para la ejecución imperfecta, sino que tradicionalmente se ha venido distinguiendo entre la *tentativa acabada* (antes denominada «frustración») y la *tentativa inacabada*.¹¹ El actual CP abandona el término «frustración», pero obliga a fijar la pena atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (art. 62). Se tiene en cuenta, pues, la mayor o menor *proximidad objetiva* respecto de la consumación.

22

c) La *tentativa irreal* no es punible. El art. 16 CP 1995 ha venido a confirmar lo que antes ya sostenía la opinión dominante: al exigir en la definición de tentativa que el sujeto practique «todos o parte de los actos que *objetivamente* debieran producir el resultado». Ello no impide, sin embargo, la punición de la tentativa idónea (o «delito imposible») no irreal.

23

Todo ello resulta coherente, además, con los postulados que debe respetar el Derecho penal de un Estado social y democrático de Derecho (art. 1 Constitución española 1978). Un tal Derecho penal está llamado al cometido político-social de prevención de comportamientos externos (no de voluntades ni actitudes internas) en la medida de su *peligrosidad objetiva* para bienes jurídicos.

24

Es cierto que cuando se castiga un acto anterior a la consumación es porque no ha sido capaz de producir ésta. Siempre que no se llega a la consumación por causas ajenas a la voluntad del sujeto, es porque algo le falta a su intento para ser concretamente adecuado. Peligrosidad *objetiva* no significa que, *tal como han ido las cosas en el caso concreto*, los actos preparatorios o ejecutivos hayan podido producir la consumación, pero sí que *en otras circunstancias* hubieran podido conducir a ella. Se trata de una *peligrosidad estadística*, suficiente para una fundamentación preventiva basada en la versión del utilitarismo que hoy suele considerarse preferible por los partidarios de esta doctrina ética: *el utilitarismo de la regla, no del acto*. Esta especie de peligrosidad concurre tanto en la tentativa *idónea* como en la *idónea no irreal* (cfr. *infra*, VI).

25

Pero la prevención sólo puede operar mediante normas que prohíben (o mandan) *conductas* en el momento en que pueden realizarse (*ex ante*): ni puede prohibirse la *mera resultancia* de lesión ni la de puesta en peligro *a posteriori* (*ex post*).¹² El fundamento del castigo de fases anteriores a la consumación ha de verse, pues, en la peligrosidad objetiva de determinados actos dirigidos a consumir el delito, en la medida en que dicha peligrosidad se manifieste *ya ex ante*. Ahora bien, para que un determinado acto aparezca *ex ante* como *preparación* o *intento* de

11. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81, II, p. 213. Pero hay que admitir que también el desvalor subjetivo de la acción es más grave cuando el sujeto ha realizado voluntariamente todos los actos de ejecución, que cuando todavía no ha ordenado (a su cuerpo) la realización de todos ellos. Cfr. así Zielinski, *op. cit.*, pp. 216 s.

12. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69. Desarrolla este planteamiento específicamente para las formas de imperfecta ejecución Farré, La tentativa, pp. 32 ss., 389 ss., y Tentativa idónea, pp. 273 ss.

consumación, ha de realizarse con la *voluntad* de consumir el delito. La voluntad que guía la acción debe tenerse en cuenta también como parte integrante del tipo en las fases anteriores a la consumación, que necesariamente han de ser dolosas y, salvo en la tentativa acabada, exigen el ánimo de continuar ulteriormente el *iter criminis*.

4. Naturaleza jurídica

26

En un trabajo destinado al tema¹³ he tratado de demostrar que el CP permite considerar a las fases anteriores a la consumación penadas por la ley como «delitos» distintos al delito consumado, y no sólo como «formas de aparición» de este último. «La estructura del problema sería la siguiente: la punibilidad de alguna de dichas fases supone precisamente que no se produce la realización del tipo pretendido, sino un tipo de hecho distinto, al que por lo menos falta el resultado de la consumación».

27

Ejemplo: El tipo de la «conspiración» para cometer un homicidio no consiste en matar, sino en concertarse para hacerlo; el tipo de la tentativa de asesinato no consiste tampoco en matar, sino en limitarse a iniciar actos dirigidos a conseguirlo.

II. Actos preparatorios punibles

1. Consideraciones generales

28

Se llaman actos preparatorios punibles¹⁴ en nuestro Derecho la conspiración, la proposición y la provocación para delinquir (artículos 17 y 18 CP).

A) Punibilidad

29

La historia de los Códigos penales españoles se manifiesta fluctuante en torno a la punición de los actos anteriores al comienzo de la propia ejecución de los hechos penados en la Parte Especial. Del mismo modo que las sucesivas versiones de CP han respondido a cambios políticos de signo opuesto al que inspiró en cada caso la precedente, en cada una de tales reformas se ha invertido el tratamiento dado anteriormente a los llamados «actos preparatorios punibles». Se ha podido decir expresamente que la posición adoptada por cada uno de los Códigos españoles ante el problema de si deben castigarse o no con carácter general dichos actos

13. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 349 ss.

14. En contra Rodríguez Devesa, PG, p. 725. A favor Cobo/Vives, PG, p. 639, nota 1. Sobre ello, ampliamente, Farré, La tentativa, pp. 30 ss.

15. Se apartan de esta terminología ampliamente dominante Jiménez de Asúa, La Ley y el delito, p. 500, y Rodríguez Devesa, PG, pp. 731 ss. En contra, con razón, Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, p. 278.

preparatorios constituye el termómetro que mide el calor de las convicciones liberales.¹⁶ En efecto: los Códigos más autoritarios han castigado *de modo general*, para todo delito, la conspiración, la proposición (1850) y además, la provocación para delinquir (1928, 1944),¹⁷ mientras que los más liberales han limitado la punición de estas figuras a ciertos casos expresamente determinados en la Parte Especial (1848, 1870, 1932). Este último criterio, de **no castigar con carácter general** ningún acto preparatorio, es el adoptado por el CP 1995, que viene a proclamar así su voluntad de inscribirse en la línea de los Códigos liberales.¹⁸ No obstante, el art. 18 incluye dentro de la provocación a la **«apología»**, lo que puede verse como una ampliación del concepto.

B) Fundamento

30 La razón del castigo de los actos preparatorios punibles es la **especial peligrosidad** que encierra la implicación de otras personas en el proyecto criminal. Tanto en la conspiración, como en la proposición y en la provocación, la resolución criminal trasciende del sujeto aislado para comunicarse a otros.¹⁹ Actualmente ello sólo se tiene en cuenta en determinados delitos, cuya naturaleza y gravedad contribuyen, pues, a explicar la punición de tales actos preparatorios.

C) Naturaleza jurídica

31 Los actos preparatorios punibles representan *formas previas a la codefinitividad* en el hecho consumado.²⁰ Así la conspiración constituye una forma previa a la coautoría, o «coautoría anticipada», y la proposición puede verse como una inducción frustrada. La consecuencia es que todas estas figuras se hallan sometidas a los principios que rigen la codefinitividad —como el de **accesoriedad limitada** de la participación y el de **imputación recíproca** de los actos de los coautores (ver Lecciones 14 y 15) — respecto al hecho futuro a que se refieren.²¹

16. La frase es de Jiménez de Asúa, *La Ley y el delito*, p. 302.

17. En este último se agravó además el rigor penal para con los actos preparatorios punibles, al elevarse su punición y equipararse a la de la tentativa (art. 52 CP); cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 64.

18. Favorable a esta solución un importante sector doctrinal. Por todos cfr. Rodríguez Mourullo, ADPCP 1968, pp. 283 ss.

19. Cfr., a partir de la teoría de la motivación de la norma penal como medio de protección de la sociedad, Cuello Contreras, *Conspiración*, pp. 16 ss.; Antón Oneca, PG, p. 404 escribe: «La conspiración, la proposición y la provocación para delinquir tienen de común su finalidad captadora de voluntades». También Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 154. En el mismo sentido STS 21 mar. 86. Críticamente Farré, *La tentativa*, pp. 214 ss.

20. Así Jescheck, *Tratado*, p. 980; Mir Puig, ADPCP, 1973, pp. 363 s.; Córdoba Rola, *Notas*, II, p. 362.; Quintano Ripollés, Comentarios, p. 60.; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 151, 154, 168, 181; Cuello Contreras, *Conspiración*, p. 19.

21. De ahí que la accesoriedad limitada de la participación deba entenderse aquí como accesoriedad hipotética, referida al hipotético hecho futuro. Así la doc. dom. en Alemania; cfr. Jescheck, p. 981. En España, a favor

B. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

Conspiración, proposición y provocación son en sí mismos «delitos» distintos al hecho consumado a que se dirigen; más, en cuanto son formas previas de codefinitividad, son sólo «delitos dependientes», «no autónomos» como los tipos de participación respecto del hecho del autor. Puesto que constituyen «delitos», caben en las figuras examinadas circunstancias eximentes y modificativas de la responsabilidad, referidas al momento del acto preparatorio y no sólo al hecho proyectado. Pero como nos hallamos frente a «delitos no autónomos», no cabe en ellos la *participación* ni la punición de formas de *imperfecta realización*.²²

2. La conspiración

Según el art. 17, 1 CP, «la conspiración existe cuando dos o más personas **33** se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo». Dos concepciones se concertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo. Un sector la concibe como de esta figura se proponen en la doctrina española. Otra opinión entiende, por el contrario, que no «coautoría anticipada», requiriendo que los conspiradores resuelvan ejecutar todos ellos el delito como coautores.²³ Otra opinión entiende, por el contrario, que no es precisa en el conspirador la resolución de contribuir a la ejecución del delito como coautor, sino que basta que influyan decisivamente en la adopción de la resolución de que se ejecute un delito, aunque sea por parte de otro u otros.²⁴

34

Ejemplo: Varios sujetos se reúnen y deciden asegurar a uno de ellos la ejecución de un atentado terrorista. Según la primera concepción enjueta no hay conspiración, según la segunda sí.

La primera interpretación es la única que se ajusta a la letra de la ley, que no se **35** contenta con la resolución de que se ejecute un delito, sino que se requiere que sean los conspiradores quienes resuelvan ejecutarlo.

Las consecuencias fundamentales de la esencia de la conspiración como **36** «coautoría anticipada» son: a) sólo pueden ser sujetos de la conspiración quienes reúnan las condiciones necesarias para ser autores del delito proyectado; b) la resolución de ejecutar el hecho debe constituir una decisión *firme* de ser coautor

respecto a la provocación Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 174 s. y 188 (en contra en cambio para la conspiración, exigiendo culpabilidad en todos los conspiradores; cfr. pp. 136 s.), y respecto a la conspiración Cuello Contreras, *Conspiración*, p. 39 (cita a favor la STS 19 abr. 65), aceptando mi tesis de que el «delito» al que se refiere la conspiración significa sólo «tipo de injusto».

22. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1973, pp. 374 s. de acuerdo, respecto a la «provocación». Del Rosal Blasco, *La provocación*, p. 163.

23. Cfr. así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 151 s.; Gimbernat, *Autor y cómplice*, pp. 165 s.; e Introducción, p. 107. En el mismo sentido respecto al § 30 StGB Jescheck, p. 984. Cfr. también SSTS 14 mayo 77, 8 febr. 80, 24 oct. 89. Incorrecta la STS 15 dic. 77 que admite conspiración en un caso de conculción para complicidad. Cfr. también SSTS 16 dic. 98, 13 nov. 98.

24. Cfr. en este sentido Cuello Contreras, *Conspiración*, pp. 39 ss. y 125 ss., concluyendo la conspiración como «inducción mutua» y no como «coautoría anticipada»; pp. 151 ss., 161. También en esta línea Quintano, Comentarios (2ª ed.), p. 58; Cobo/Vives, PG, p. 649-650; STS 7 mayo 75.

de un delito *concreto* —sin el cual no podría determinarse la pena inferior en uno o dos grados señalada por la ley a la conspiración.³³

3. *Proposición, provocación y apología*

El art. 17.2 CP define como sigue la **proposición**: «La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a ejecutarlo». La **provocación** se configura por el art. 18 CP en los términos siguientes: «La provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de cualquier delito».

Se trata de dos figuras próximas cuyos contornos no se hallaban suficientemente diferenciados en el CP anterior, que definía en términos muy amplios la provocación. Tres criterios se propusieron para distinguirlas. Por una parte, se mantenía que mientras la proposición requería que el proponente estuviera resuelto a ejecutar materialmente y se limitara a invitar a otro a tomar parte con él en la ejecución, la provocación suponía que el provocador no deseaba intervenir en la ejecución.³⁴ Por otra parte, se apelaba al sentido histórico del concepto de provocación, que en 1870 y 1932 se refería únicamente a la incitación mediante la imprenta, el grabado u otro medio de publicación, para proponer la siguiente diferenciación: la provocación debe dirigirse a una masa indeterminada de sujetos; «arrojándose la idea como semilla a vólcio sobre la multitud», mientras que la proposición, habrá de referirse a un sujeto o sujetos determinados, y constituirá inducción no seguida de la ejecución del delito.³⁵ Por último, un sector doctrinal intentó la diferenciación en base al distinto significado de los verbos «invitar» e «incitar» empleados respectivamente para la proposición y la provocación, considerándose en parte que el segundo verbo requiere mayor intensidad.³⁶

Me incliné ya antes de 1995 por combinar los puntos de vista de la segunda y tercera teorías. El origen histórico del concepto de provocación es inequívoco y su ampliación en el CP anterior se explicaba suficientemente por la voluntad de abarcar a todo medio de provocación general que pudiera tener una eficacia comparable a la que tiene lugar por los medios expresamente enumerados (así la radio y ahora la televisión).³⁷ En el texto legal resultante era evidente, además, que, mientras la proposición se refería a una o varias personas determinadas, no se requería para la provocación relación personal alguna.³⁸ Esta interpretación ha resultado confirmada por la actual definición legal de provocación, que vuelve a referir la expresamente a la utilización de imprenta, radiodifusión o medio semejante que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de

25. Cfr. sobre estas consecuencias Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 152 ss.; Ferrer Samá, Comentarios, I, p. 82.

26. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 180; Rodríguez Devesa, PG, pp. 732 s., 766; Ferrer Samá, Comentarios, I, pp. 87 s.; Cobo/Vives, PG, p. 651; STS 21 mar. 86.

27. Así Antón Oneca, PG, pp. 405 s.

28. Cfr. Quintano Ripollés, Comentarios, p. 59; Luzón Domingo, Derecho penal del TS, II, p. 33; STS 16 nov. 87. En contra: STS 21 oct. 93.

29. Cfr. en este sentido Antón Oneca, PG, p. 403.

30. Lo reconoce el propio Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 182. Cfr. también Cuello Contreras, Conspiración, p. 133; Rodríguez Devesa, PG, p. 766; Cobo/Vives, PG, p. 651-653.

II. ACTOS PREPARATORIOS PUNIBLES

personas. Este carácter general de la provocación explicaría que la ley requiera en ella mayor intensidad («incitar» a través de determinados medios) que en la proposición, lo que podría interpretarse como voluntad de compensar la mayor distancia entre el provocador y el destinatario.³¹

Por otra parte, la proposición no requiere, como entiende la primera teoría expuesta, que el proponente se halle resuelto a «ejecutar» el hecho, sino sólo a «cometer» un delito. Del art. 49 del anterior CP se desprendería que «cometer» el delito todos los «autores» con arreglo a la terminología legal, esto es: tanto quienes ejecutan el hecho como los inductores y los cooperadores necesarios.³² Aunque aquel precepto ha desaparecido, es evidente que en el actual CP hay que distinguir también entre los «autores» del delito y quienes lo realizan o ejecutan. Según el art. 28 CP se siguen considerando autores no sólo a quienes lo realizan o ejecutan, sino también a quienes inducen a otros a «ejecutarlo», además de a los que cooperan de forma necesaria en su ejecución. Puede entenderse que *cometer* el delito como autor significa algo más amplio que ejecutarlo. (Cfr. *infra*, Lec. 14, I, 1). Cabe, pues, concluir que la inducción no seguida de ejecución se contempla en la proposición.³³

El art. 17.2 CP no ha excluido esta posibilidad (como hubiera podido fácilmente) requiriendo que el proponente invite a «*tomar parte* en la ejecución», sino que más bien lo primero que sugiere la expresión «invita a otra u otras personas a *ejecutarlo*» (y más aún la fórmula de 1932: «*propone su ejecución* a otra u otras personas») es que se propone a otro que el ejecute el delito.

La proposición puede cobijar, pues, ante todo la tentativa de inducción. Se evita así una importante laguna legal, pues de otro modo aquélla debería quedar impune, pese a constituir el acto preparatorio más indudablemente punible (el único aceptado por el Proyecto Alternativo alemán).³⁴ En efecto, la tentativa de inducción no cabría tampoco en la provocación,³⁵ y no sólo porque ésta debe entenderse como dirigida a destinatarios indeterminados, sino porque de lo contrario sería inexplicable: 1.^o por qué cree necesario el legislador equiparar a la inducción la provocación seguida de perpetración del delito; 2.^o por qué tal equiparación sólo es posible cuando se produce la «perpetración», término que debe entenderse como «consumación», y no cuando el provocado sólo ejecuta parcialmente el hecho —es sabido que según el art. 18, a) CP la inducción es punible tanto respecto del hecho consumado como del intentado.

El art. 18 incluye dentro de la provocación la **apología**: «Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito».

31. Desiaca que en la provocación el peligro es más lejano que en la proposición, Cuello Contreras, Conspiración, p. 153.

32. Se manifiesta de acuerdo Del Rosal Blasco, La provocación, p. 175.

33. En cambio, es evidente que la proposición ha de pretender que su destinatario «ejecute», como verdadero autor, el delito determinado. No bastará —como señala la STS 5 feb. 93— proponer a alguien que coopere en un delito.

34. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 980. Pero admiten la impunidad de la inducción no seguida de realización Cobo/Vives, PG, p. 651, n. 43.

35. En contra Cuello Calón, PG, p. 661; Del Rosal Blasco, La provocación, p. 163. También en contra SSTS 26 oct. 57, 23 mayo 62.

44

La LO 7/2000, de 22 de diciembre, tipificó en el art. 578 CP como delito específico «el enaltecimiento o la justificación por cualquier medio de expresión pública o difusión» de los delitos de terrorismo comprendidos en los artículos 571 a 577 CP, «o de quienes hayan participado en su ejecución». Estas conductas, como las de «desacreditar, menospreciar o humillar a las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares» se castigan con una pena independiente, de prisión de uno a dos años, y se prevén además de los actos preparatorios de conspiración, proposición y provocación que el art. 579 CP declara punibles respecto a los mismos delitos de terrorismo con la pena inferior en uno o dos grados. Las formas de enaltecimiento y justificación castigadas en el art. 578 no pueden verse, pues, como actos preparatorios constitutivos de provocación en el sentido del art. 18 CP, ni, por tanto, como especies de la apología que el párrafo segundo de este artículo considera punible sólo como forma de provocación. Si el enaltecimiento implica provocación a un determinado delito de terrorismo no será punible con la pena de prisión de uno a dos años prevista por el art. 578, sino con la pena inferior en uno o dos grados a la señalada al delito a que se incite, que puede ser mucho más grave (p. ej., si se provoca a cometer un atentado que cause la muerte de una persona, hecho castigado en el art. 572. 1.º CP con la pena de prisión de veinte a treinta años, la pena imponible a la apología será de diez a veinte o de cinco a diez años). Desde luego, la finalidad de la ley al tipificar el enaltecimiento o justificación del art. 578 no fue *atenuar* la pena de estas conductas, sino, bien al contrario, *regresar* en parte a la punición de formas de apología distintas a la provocación a un delito, punición que había existido en el CP desde 1980 hasta 1995 pero que se había suprimido con la entrada en vigor del actual CP. La pena relativamente poco grave (y autónoma) del art. 578 se prevé para conductas no punibles como provocación según el art. 579 en relación con el art. 18. No exige, pues, la provocación a un delito, y por ello no depende de la pena que se señale a otro delito. Sucede aquí algo parecido a lo que ocurre con «la difusión (...) de ideas o doctrinas que nieguen o justifiquen» los delitos de genocidio del art. 607 CP. También estas conductas se castigan con una pena autónoma de uno a dos años (art. 607, 2), y con independencia de la punición de la provocación a uno de estos delitos con la pena inferior en uno o dos grados (art. 615 CP).³⁶

III. La tentativa

1. Generalidades

45

Los actos preparatorios, y entre ellos la conspiración, la proposición y la provocación, presuponen que la ejecución del hecho típico pretendido todavía no ha empezado. En cuanto el autor traspasa la frontera de los actos preparatorios e inicia la fase ejecutiva, aparece la **tentativa**.

46

Entre la tentativa y la consumación se distinguía tradicionalmente en España la **frustración**. La ejecución imperfecta tenía dos grados en el Derecho anterior: la tentativa y la frustración. La tentativa concurría cuando se *daba comienzo* a los actos de ejecución pero no se *realizaban*

36. Tomo buena parte de estos argumentos de la tesina de doctorado de Mercedes Cucarella, *La apología del terrorismo*, Universidad de Barcelona, pp. 20 a 32, que se opone de forma convincente a la interpretación más extendida en la doctrina según la cual las conductas de enaltecimiento o justificación del art. 578 requerirían verdadera provocación, y llama la atención sobre el hecho de que, en cambio, se admita pacíficamente que las conductas de justificación del genocidio se castigan sin necesidad de que supongan provocación.

III. LA TENTATIVA

todos los necesarios para completarla. La frustración, en cambio, suponía la práctica de *todos* los actos de ejecución sin que, pese a ello, se alcanzase la consumación. La tentativa se distinguía, pues, por ser sólo un comienzo, una ejecución parcial del hecho proyectado. A ello añadía la ley un requisito negativo: que la ejecución *no* se interrumpiese por *desistimiento voluntario* del sujeto (art. 3 del anterior CP).

47

El CP actual ha prescindido de la **distinción tradicional entre tentativa y frustración**. Tanto el intento inacabado (la anterior «tentativa») como el acabado fallido (la anterior «frustración») se incluyen ahora en el concepto legal de tentativa. **Se extiende así el concepto de tentativa** a todo el proceso de ejecución, desde su comienzo hasta su terminación sin consumación, siguiendo así el criterio dominante en Derecho comparado. Según el art. 16, 1 CP:

48

«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».

49

El tipo de la tentativa consta de los siguientes elementos: a) en la parte *objetiva*, una ejecución parcial o total no seguida de consumación; b) en la parte *subjetiva*, la voluntad de consumación; c) la ausencia de desistimiento voluntario (cfr. STS 18 febr. 89). A continuación se examinarán los dos primeros aspectos. El desistimiento voluntario se estudiará al final de este Capítulo, tanto porque su problemática afecta a todas las figuras en él examinadas, como porque se discute si el desistimiento es un auténtico elemento negativo del tipo.

2. La parte objetiva del tipo de la tentativa

A) El comienzo de ejecución

50

El comienzo de ejecución necesario para la tentativa requiere que se traspase la frontera que separa los actos preparatorios (si los hay) de los actos ejecutivos. La distinción entre una u otra clase de actos se determina con diverso criterio por la doctrina, según las teorías.

51

a) *La teoría puramente subjetiva*, defendida en el siglo XIX por von Buri, ya no se mantiene en la actualidad.³⁷ Según ella, lo decisivo para diferenciar los actos ejecutivos de los actos preparatorios es la *opinión del sujeto* acerca de su plan criminal. Serán actos ejecutivos aquellos para el sujeto ya constituyen la fase decisiva de su plan. A favor de esta teoría cabría alegar que la realización del delito puede adoptar muchas modalidades ejecutivas a elección del sujeto, de modo que, para decidir cuándo empieza la ejecución hay que tener en cuenta el plan del autor. *Ejemplo*: Para saber cuándo da comienzo la ejecución del homicidio es preciso tener presente

37. Cfr. Jescheck, Tratado, p. 707; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 113.

si el sujeto persigue matar con arma blanca, con una pistola o con veneno. Sin embargo, la adopción de un punto de vista puramente subjetivo resulta inadmisibles, porque la determinación del momento a partir del cual sus actos son punibles no puede dejarse al autor, sino que corresponde a la ley. Así lo exige el *principio de legalidad*. Por otra parte, la teoría subjetiva es incompatible con el fundamento objetivo de la punición de la tentativa en nuestro Derecho.

52 Mayor número de partidarios han encontrado planteamientos subjetivistas menos radicales, como las teorías del *«delictus ex re»* y de la «innocuidad o equivocidad», que consideran comenzada la tentativa con la práctica de aquellos actos que revelan suficientemente el propósito delictivo del autor. De todos modos, este criterio conduce a una ampliación excesiva del ámbito de la tentativa a costa de la preparación. Aunque ha sido el punto de vista predominante en la jurisprudencia tradicional del TS español, éste lo ha abandonado progresivamente (así, SSTs 9 nov. 73 y 7 mayo 75).³⁸

53 b) La *teoría objetivo-formal*, aunque muy difundida en España,³⁹ se halla abandonada también en Alemania.⁴⁰ La tentativa comenzaría con el juicio de la acción descrita en el tipo en sentido estricto. Ejemplo: En el homicidio empezaría la ejecución con el comienzo de la acción de «matar», que es el verbo empleado por el tipo del art. 158 CP. La virtud fundamental de esta teoría sería, al contrario de lo que suceda con la teoría puramente subjetiva, que respetaría al máximo el principio de legalidad. Pero sucede que remitir al comienzo de la acción típica para resolver cuándo comienza la ejecución típica encierra una tautología que no ofrece ningún criterio útil, pues precisamente se trata de decidir cuándo *da comienzo la acción típica*. Ejemplo: ¿cuándo empieza la acción de matar? ¿al sacar la pistola, al apretar el gatillo?

54 En puridad, una aplicación estricta de la teoría podría conducir a sostener que en el homicidio como en todo delito de acción *instantánea* (se «mata» solo en el instante en que se produce la muerte), no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico «matar» no puede realizarse parcialmente: se mata o no se mata. Pero, evidentemente, tal solución sería absurda.⁴¹ Ello prueba que se impone una concepción de la ejecución que parta de un entendimiento de la acción típica en sentido amplio, más amplio que el de su estricta realización, que con frecuencia ya supone la consumación. Y para la determinación del comienzo de la acción típica en sentido amplio es preciso algún criterio que no se limite a remitir a la acción típica. Que ello es así lo delata la propia letra del art. 16 CP, en cuya definición de tentativa exige dar principio a la ejecución del delito «directamente por hechos exteriores». Esta expresión da por supuesto, a *sensu contrario*, que sería posible entender que la ejecución de comienzo antes, no directamente, esto es, al prepararse, y hasta por actos interiores. De otro modo no sería necesario que la ley exigiese el carácter directo y la exterioridad de los actos de ejecución.⁴²

55 c) La *teoría objetivo-material* parte de la necesidad de acudir a un criterio material que permita delimitar objetivamente el inicio de aquel «campo previo» a la consumación que permite hablar ya de comienzo de la acción típica en sentido

38. Cfr. Ferré Trepal, Tentativa, pp. 190 ss.

39. Cfr. a favor Antón Oneca, PG, p. 410; Jiménez de Asúa, Tratado, pp. 302 ss.; Rodríguez Devesa, PG, p. 736; Cerezo Mir, Tentativa, p. 19; y numerosas SSTs, como las de 6 oct. 76 y 24 en. 80.

40. Sobre esto cfr. Jescheck, Tratado, p. 707. Críticamente también en España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 113; Cobo/Vives, PG, pp. 642 ss.

41. Cfr. Cobo/Vives, PG, p. 643; Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 113.

42. Cfr. Mir Puig, ADPCP 1974, p. 464.

III. LA TENTATIVA

56 amplio. Un primer criterio de esta naturaleza lo ofreció la *fórmula de Frank* de la «concepción natural»: «son ejecutivos los actos que se hallan de tal forma unidos a la acción típica, que según la concepción natural aparecen como *parte stans*». Pero esta formulación es excesivamente vaga y deja sin concretar cuándo se da la requerida unión. La doctrina alemana se ha ocupado de una tal concreción, y ha llegado a las siguientes conclusiones:

a) En la determinación de cuándo empieza el «campo previo» en el que ya da comienzo la ejecución debe tomarse en consideración el *plan del autor*, pero valorándolo desde un *prisma objetivo* (punto de vista objetivo-subjetivo).⁴³

57 *Ejemplo*. Para saber cuándo empieza el homicidio es preciso saber de qué forma pensaba matar el autor; ante unos mismos hechos objetivos ello puede conducir a conclusiones distintas; así, quien tiende una trampa en el bosque para atrapar en ella a su enemigo puede pretender su muerte bien dejándole que perezca por inanición, bien disparando sobre él una vez cogido en la trampa; pero si ello depende del plan del autor, la valoración de cuándo debe entenderse empezada la ejecución en uno y otro caso debe efectuarse objetivamente. Así se corrigen los defectos de la teoría puramente subjetiva.

b) Como *criterios objetivos de valoración del plan del autor* se manejan dos: 58 la *puesta en peligro inmediata* y la *inmediatez temporal*. El primer criterio afirma el comienzo de la tentativa cuando se produce ya una inmediata puesta en peligro del bien jurídico;⁴⁵ el segundo, cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a la plena realización de la conducta típica, si el tipo describe una sola conducta (como en el hurto la de tomar la cosa o en el homicidio la de matar), o, en los tipos que describen varios actos (como el de robo con fuerza en las cosas, que requiere que describen varios actos (como el de robo con fuerza en las cosas, que requiere alguna de las modalidades de fuerza requerida por la ley y además apoderarse de la cosa), cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior a uno de los descritos en el tipo. Este segundo criterio ofrece la ventaja de su mayor precisión, pues siempre será discutible cuándo empieza a producirse una puesta en peligro inmediata. Ello ha determinado al legislador alemán a adoptar expresamente la fórmula del «comienzo inmediato» de Welzel⁴⁶ en la definición legal de tentativa del § 22 StGB 1975, según la cual la tentativa concurre cuando el autor: «según su representación del hecho, *da principio directamente (o inmediatamente) a la ejecución del tipo*». El criterio de la puesta en peligro inmediata se utiliza como complementario para

43. Cfr. Frank, StGB § 43, II, 2b. A favor en nuestro país de este punto de partida: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 117; Cobo/Vives, PG, pp. 654-655. Cfr. STS 12 julio 1995.

44. Cfr. por todos Jescheck, Tratado, p. 707. En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 116 ss.; Cobo/Vives, PG, pp. 644 ss. Ver STS 12 julio 1995.

45. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 114, 117, STS 8 febr. 80.

46. Cfr. Welzel, Lb. p. 190 (=trad. p. 263).

casos dudosos (así, para la tentativa en los delitos de omisión, en la autoría mediata, en la tentativa acabada y en la *actio libera in causa*).⁴⁷

59 Este planteamiento es también el más adecuado para resolver el problema del comienzo de la tentativa en **nuestro Derecho**. El art. 16. 1 CP contiene una definición muy próxima a la alemana: «Hay tentativa cuando el culpable *da principio* a la ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores». La diferencia es que no expresa la necesidad de tomar en consideración el plan del autor, pero tal necesidad me parece evidente. El adverbio «directamente» puede interpretarse como exigencia de conexión directa, al estilo de Frank, entre el acto de que se trate y la realización típica, de suerte que aquél aparezca como parte de ésta.⁴⁸ Y tal exigencia de conexión directa puede precisarse en el sentido de la teoría de la inmediatez temporal, como necesidad de que *no falte ninguna fase intermedia* entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica suponga varios actos). Para decidirlo entiendo que es preciso contemplar la acción en sus distintos *momentos dotados de unidad de significado* (p. ej. seguir a la víctima, preparar el arma, apuntar, disparar) puesto que desde el solo punto de vista naturalístico no existe solución de continuidad en el desarrollo de un hecho. Por otra parte, cada uno de estos momentos podrá pertenecer a la fase de preparación, de tentativa o de consumación, según el lugar que ocupen en el *plan de ejecución del autor*.

60 *Ejemplos:* En un delito de dos actos como el robo con violencia o intimidación, la tentativa empezará ya en la fase inmediatamente anterior a ejercer la violencia o la intimidación: así, cuando el ladrón llega hasta la víctima con ánimo de amenazarle con un cuchillo que ya tiene en la mano, y sin necesidad de esperar a que tonte el dinero. Sin embargo, aunque el tipo describa una sola conducta, como la de matar en el delito de homicidio, el plan del autor puede requerir distintos actos para la realización completa de tal conducta. *Ejemplo:* El autor tiene planeado matar a su víctima a golpes, para hacer mayor su sufrimiento; la acción de matar requiere aquí varios actos, los distintos golpes que sean necesarios, de modo que ya el primer golpe inicia la estricta realización de la conducta homicida; por ello, la fase inmediatamente anterior en que empieza la tentativa será la que precede al primer golpe, y no habrá que esperar a que el autor vaya a asestar el último golpe que acaba por matar. No basta, pues, tener en cuenta cuáles son el último y el penúltimo movimientos musculares. En el supuesto más arriba propuesto del que tiende una trampa a su enemigo para disparar sobre él una vez en ella, la tentativa empezará cuando el autor inicia la acción de disparar, ya que ésta constituye la fase de conducta (dotada de unidad de significado) inmediatamente anterior a la producción de la muerte. No es preciso, en cambio, esperar al movimiento

47. Cfr. Roxin, *Ius* 1973, pp. 329 ss.; Jescheck, pp. 709 ss.; Farré, Comienzo de la tentativa, *passim*.
48. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 117. También Ferrer Suma, Comentarios, I, p. 56.; Jiménez de Asúa, Tratado, VII, p. 332.

III. LA TENTATIVA

muscular de apretar el gatillo si el mismo forma parte de una global acción de disparar que se decide practicar sin interrupción desde que se coloca el arma en posición de tiro.

B) Ejecución parcial o total

61

El actual CP ha abandonado, como dijimos, la distinción entre tentativa y frustración, como intento inacabado y acabado fallido respectivamente, pero sigue teniendo en cuenta «el grado de ejecución alcanzado» como criterio que debe guiar al juez a la hora de decidir si impone la pena inferior en *un grado* o en *dos grados* a la señalada para el delito consumado, y para determinar la extensión en que impone una u otra pena (art. 62 CP). Continúa siendo importante, pues, decidir cuándo la tentativa supone una **ejecución completa** de los actos ejecutivos —no seguida del resultado de consumación—, o sólo una **ejecución parcial** de los mismos.

62

Esta distinción no tiene que coincidir necesariamente con la que maneja la doctrina alemana de «**tentativa acabada**» y «**tentativa inacabada**». Esta otra distinción se efectúa en orden al **desistimiento voluntario del sujeto**, y, depende por ello, sólo de que el sujeto haya terminado o no su aportación. En efecto, para decidir si el desistimiento voluntario que excluye la tentativa ha de consistir en no proseguir la ejecución o en hacer algo positivo (desistimiento activo), es importante distinguir entre aquella parte de ejecución que corresponde al sujeto y la que queda en manos de otras personas. Cuando el sujeto no ha terminado su parte la doctrina alemana habla de **tentativa inacabada**, mientras que para los casos en que el sujeto ha terminado *su parte* usa la expresión **tentativa acabada**. En ésta, el desistimiento habrá de ser activo para que sea eficaz (*vid. infra*, n.º 106).

63

Para la determinación del grado de ejecución alcanzado y, en particular, para decidir si la ejecución es total o sólo parcial, cabe adoptar un **punto de vista objetivo o subjetivo**. Ello se plantea en dos sentidos distintos. Por una parte, en el sentido de si son actos ejecutivos sólo los que corresponden *al sujeto*, o si por el contrario una ejecución completa precisa la concurrencia de todos los actos *objetivamente* necesarios para la producción del delito, con independencia de quién deba realizarlos. Por otra parte, importa averiguar si es la opinión del sujeto o un punto de vista objetivo el que debe servir para decidir cuándo la ejecución llega a su fin.

64

a) La primera cuestión planteada se suscita cuando la realización del hecho supone no sólo la actuación del sujeto, sino también la de otra u otras personas utilizadas como instrumentos. Piénsese en el ejemplo siguiente: alguien trata de envenenar a otro echando veneno en el café que ha de servir un criado y debe tomarse la víctima. Si el criado no sirve el café, o si la víctima no se lo bebe, el delito quedará sólo *intentado*, pero ¿habrá que considerar completa o incompleta la ejecución

del hecho? ¿Será menos completa si el café no llega a servirse, que si es la víctima la que no se lo toma? Todo depende de si los actos del criado y de la víctima se consideran parte de la ejecución o si ésta se limita a la actuación del sujeto que intenta el envenenamiento.

65 Esta cuestión deberá plantearse de nuevo cuando estudiemos la figura de la **autoría mediata**, que concurre precisamente cuando el delito se realiza a través de otra u otras personas como instrumentos (ver Lec. 14, II 3). Entonces se aportarán argumentos a favor de considerar que la ejecución del hecho utilizando a otras personas como instrumentos empieza ya en el momento en que actúa el sujeto que utiliza a los otros; en nuestro ejemplo, en el momento en que el sujeto vierte el veneno en el café.

66 Ahora cabe afirmar que tanto la actuación del sujeto de la tentativa como la de sus instrumentos deben influir en la gravedad de la tentativa. Ciertamente, sólo la actuación del sujeto del intento puede afectar al *desvalor de acción* de la tentativa, pero los actos de los instrumentos condicionan la eficacia de ésta y, por tanto, su *desvalor de resultado*.

67 El grado de eficacia de la tentativa depende no sólo de si conduce o no a la consumación, sino también de si consigue que se produzcan los eslabones intermedios previstos, entre los cuales cuenta la actuación de los instrumentos humanos (como de los no humanos). Del mismo modo que la falta de consumación aminora el desvalor del resultado del hecho aunque no afecte a la conducta del autor, la falta de actuación de un instrumento (o su fracaso) también hace disminuir el grado de consecución del plan previsto. El intento *resulta* menos exitoso si su sujeción consigue que actúe el instrumento. Pues bien, cuando la ley alude al «grado de ejecución alcanzado» como criterio para graduar la pena que merece la tentativa (art. 62 CP), puede entenderse que lo hace en la medida en que dicho grado de ejecución afecte a la gravedad de la tentativa. Como hemos visto, esta gravedad depende tanto de la actuación del sujeto (desvalor de acción) como de su eficacia posterior (desvalor de resultado).

68 A los efectos de decidir el mayor o menor «grado de ejecución alcanzado» cabe, pues, tener en cuenta tanto los actos realizados por el sujeto de la tentativa como los que correspondan a otras personas utilizadas como instrumentos (**concepto objetivo, no personal, de ejecución**).

69 Las definiciones legales de tentativa y frustración del CP anterior conducían a la solución contraria (ver edición anterior). La definición actual de tentativa es distinta, e incluso contiene un término que abona la solución que ahora propongo: se refiere a «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado».

70 b) Distinta es la cuestión del **punto de vista, objetivo o subjetivo**, que debe decidir el momento en que han de estimarse realizados todos los actos de ejecución, cuestión independiente de la respuesta que reciba la que acabamos de examinar: tanto si se cree suficiente para la completa ejecución que el autor realice todo lo que estaba de su parte, como si se exigen todos los actos objetivamente necesarios

para la consumación, puede adoptarse un punto de vista objetivo o subjetivo para decidir cuándo se acaba la parte de realización que corresponde al sujeto o cuándo se alcanza la total ejecución, respectivamente.⁴⁹ Pues bien, a tal efecto debe utilizarse un criterio coherente con el fundamento de la punición de las formas de imperfecta ejecución y con el que éste impone también en orden a la distinción de actos preparatorios y ejecutivos. Según la fundamentación que más arriba he propuesto, debe acogerse un punto de vista *objetivo*, el del espectador imparcial, pero a la vista del *plan del autor*: ¿cuándo estimaría realizados todos los actos de ejecución el espectador imparcial habida cuenta del plan que sigue el autor?⁵⁰

En el *ejemplo* más arriba propuesto del que atrae a otro a una trampa en el bosque, los actos ejecutivos habrán acabado —con independencia de quién deba realizarlos y de cuándo termine la intervención del autor— en cuanto el sujeto cae en la trampa si el plan de homicidio es dejarlo morir de hambre, pero la ejecución ni siquiera habrá empezado si lo que se pretende es matar al atrapado disparando sobre él una vez apresado.

Especialmente problemática resulta la delimitación entre ejecución completa e incompleta cuando, ante el fracaso de un primer intento de consumir el delito, o para asegurarlo, el autor realiza otro u otros intentos de la misma clase (dispara un segundo disparo, u otros más) o distintos (primero golpea a la víctima en la cabeza con ánimo homicida y luego la arroja a un río para que se ahogue). La cuestión adquiere especial relevancia cuando después de alguno de tales intentos y siendo aún posibles otros (podían aún efectuarse otros disparos), el autor decide seguir intentando la consumación.⁵¹ ¿Estamos frente a una tentativa inacabada desistida, imputable o frente a una tentativa acabada de la que ya no se puede desistir?

3. La parte subjetiva del tipo de la tentativa

Subjetivamente la tentativa requiere que el sujeto quiera los actos que objetivamente realiza con ánimo de consumir el hecho o, al menos, aceptando (con seguridad o con probabilidad) que pueden dar lugar a la consumación. *Ejemplo*: No basta querer apuntar si no se hace con ánimo de disparar para matar o aceptando que se puede matar, sino sólo por practicar la puntería.⁵²

49. Mezcla, sin embargo, ambas cuestiones Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 87 s.

50. En contra Cobo Vives, PG, p. 645, alegando el carácter objetivo con que conciben la antijurisdicalidad —pero tras haber admitido tomar en cuenta el plan del autor para determinar el comienzo de la tentativa, sin que se advierta la razón de la diferencia de criterios.

51. Vid. Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 107 ss.; Farré, La tentativa, pp. 263 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 481 ss.

52. Cfr. otros ejemplos en Cerezo Mir, Problemas, p. 26.

74

La doctrina habla, en este sentido, de la necesidad de la «**resolución de consumir el delito**».⁵³ Se desprende de ello la imposibilidad de una tentativa por imprudencia relativa al tipo del delito.⁵⁴ Subsiste, en cambio, la posibilidad de tentativa con la suposición imprudente de que concurran los presupuestos de una causa de justificación, o con el desconvenimiento imprudente de la prohibición.

75

Ejemplo: El sujeto intenta defenderse de quien él cree por error que le agrede ilegítimamente (tentativa en legítima defensa putativa por imprudencia).

76

Nadie discute la necesidad de la resolución de consumir el delito para la presencia del tipo de injusto de la tentativa. También el causalismo ha tenido que reconocerlo, considerando a aquella resolución como un elemento subjetivo del tipo de la tentativa, pues sin tal intención la conducta externa carece incluso del significado objetivo de tentativa contraria a Derecho. En ello se basa el famoso argumento de Welzel: si la voluntad de consumación pertenece sin duda al tipo de injusto de la tentativa, no podrá dejar de pertenecer al tipo por el hecho de que se alcance la consumación, pues cómo explicar que el dolo pase o no del tipo a la culpabilidad por el hecho de que la bala dé o no en el blanco?⁵⁵

77

La necesidad de la resolución de consumir el delito se interpreta a veces en el sentido de que la tentativa no se distingue del delito consumado en su tipo subjetivo, sino sólo en su tipo objetivo.⁵⁶ Ello se confirmaría por el hecho de que *también deben concurrir en la tentativa los elementos subjetivos del tipo* propios del delito consumado. Esto último es cierto. Debe matizarse, en cambio, la afirmación de que la tentativa posee el mismo tipo subjetivo que el delito consumado. En la **tentativa inacabada** la voluntad de realización de los actos ejecutivos efectivamente practicados no puede identificarse con el dolo del delito consumado. Que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba *totalmente* que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución. Ello permitiría fundamentar *objetivo-subjetivamente* una menor punición para la tentativa inacabada que para la tentativa acabada. También pone de manifiesto el sentido en que la voluntad debe integrarse, como dolo, el objeto de la prohibición jurídico-penal: no en cuanto expresión de una actitud interna, sino como efectivo impulso voluntario de la conducta externa.⁵⁷ Sólo el impulso voluntario de la parte de ejecución alcanzada constituye el **dolo** de la tentativa inacabada, distinto al dolo del delito consumado. El tipo subjetivo de la tentativa inacabada debe distinguirse del de la consumación por un dolo distinto, que sólo alcanza a la parte de ejecución conseguida, y por un **elemento subjetivo del injusto** adicional que exige la **intención de completar** la ejecución.

53. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 124; Ceballos Vives, PG, pp. 655 s. Sobre la cuestión de si cabe el (aun) mal llamado) dolo eventual en la tentativa, cfr. STS 25 nov. 81; Farré, ADPCP 1986, pp. 263 ss., y La tentativa, pp. 77 ss. Cuestión distinta es si cabe la voluntad condicionada de realizar la acción ejecutiva; cfr. Farré, La tentativa, pp. 95 ss.

54. Cfr. sobre esta cuestión Farré, ADPCP 1986, pp. 257 ss.

55. Cfr. Welzel, *ib.*, pp. 60 s. (=trad., pp. 90 s.).

56. Así Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 81; STS 3 jun. 91, 27 nov. 92.

57. Cfr. sobre esto Mir Puig, ADPCP 1988, pp. 664 s.

IV. EL DELITO IMPOSIBLE (TENTATIVA INIDÓNEA)

78

En cambio, el tipo subjetivo de la **tentativa acabada** ha de ser el mismo del delito consumado. Puesto que la tentativa acabada requiere la ejecución de todos los actos necesarios para la consumación, la voluntad de ejecutar tales actos efectivamente manifestada puede y debe equivaler a la voluntad de consumación.⁵⁸ Si el dolo supone la voluntad y conocimiento de la realización de la conducta descrita en el tipo a conciencia de su peligrosidad específica de injusto, la tentativa acabada requiere el mismo dolo que el delito consumado, porque exige la voluntad y conocimiento de la realización de la misma conducta.

79

Recuérdese que en esta obra se considera que el objeto del dolo es la **conducta** y no el **resultado**, por lo que también en el delito consumado se considera suficiente para el dolo el querer la realización de la conducta que puede producirlo a conciencia de su concreta capacidad lesiva (Lec. 10, II 1 C e).

4. Tentativa acabada, consumación y terminación (o agotamiento) del delito

80

La tentativa acabada deja paso a la **consumación** en cuanto se realizan todos los elementos del tipo positivo del delito previsto en la Parte Especial. No es precisa la concurrencia de las demás notas del delito (no es necesaria la ausencia de causas de justificación, o de exclusión de la imputación personal.). Por otra parte, la consumación no precisa la **terminación** o **agotamiento** material de la lesión del bien jurídico protegido. La distinción reviste especial importancia en los tipos de peligro, de resultado cortado o mutilado de dos actos, en los cuales la ley adelanta la frontera de la represión penal a un momento anterior a la efectiva producción de todo aquello que quiere evitar (la lesión, el resultado o un segundo acto, respectivamente). En todos estos casos, la consumación se produce ya con la realización formal de los elementos del tipo, antes por consiguiente que el eventual agotamiento material del hecho. La consumación es, pues, un concepto *formal*: equivale a la realización formal de un tipo.⁵⁹

81

Ejemplo: En el delito de hurto, cuyo tipo requiere un apoderamiento con ánimo de lucro, la consumación se alcanza con el apoderamiento de la cosa, y con independencia de que a continuación logre o no el autor lucrarse efectivamente con ella.

IV. El delito imposible (tentativa inidónea)

82

1. Hay «delito imposible» (o «tentativa inidónea») cuando por inidoneidad del **objeto**, de los **medios** o del **sujeto**, no podía llegarse a la consumación del delito

58. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 95; STS 22 abr. 88, 17 en. 89. Cfr. también supra, III, 3.

59. Cfr. por todos Jeschke, Tratado, pp. 705 s. Sobre el tema, en especial sobre las consecuencias que la doctrina alemana atribuye a la terminación del delito, ver además las obras de Jeschke y Kuhl, cit. en la bibliografía.

efectivamente intentado.⁶⁰ Aunque *ex post* toda tentativa demuestra no haber sido adecuada para consumar el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento. Solo estas constituyen tentativa inidónea.⁶¹

83

Ejemplo: El sujeto vierte una cantidad insuficiente de veneno en la bebida de la víctima.

84

2. La doctrina española se halla dividida en torno al **fundamento de la punición** del delito imposible. Se defienden puntos de vista subjetivos,⁶² objetivos⁶³ y subjetivo-objetivos⁶⁴ (*vid. supra*, I 3). Personalmente me he inclinado por una perspectiva *objetiva*, que creo necesaria en el Derecho penal preventivo que impone un Estado social y democrático de Derecho. Un tal Derecho debe penar comportamientos que *ex ante*, al realizarse, aparezcan como peligrosos para bienes jurídicos. La tentativa inidónea es peligrosa *ex ante* en la medida en que, para el espectador objetivo situado en el lugar del autor, hubiera podido no concurrir en ella la inidoneidad y producirse por su virtud el delito.⁶⁵ La apariencia de idoneidad *ex ante* implica, por otra parte, la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro concreto* que concurre en la tentativa idónea.⁶⁶ Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta la «peligrosidad típica» de la conducta. De ahí que, como en la conducción bajo la influencia del alcohol, no sea necesaria la presencia de la víctima (tentativa inidónea por falta de objeto).

60. Cfr. Jescheck, p. 725; STS 10 mar. 93. Sobre la evolución histórica del concepto de tentativa inidónea cfr. Farré, La tentativa, pp. 277 ss. Una corriente doctrinal sostiene que en caso de inidoneidad del sujeto activo no concurre tentativa inidónea, sino delito putativo: en España cfr., en este sentido, Celia Sainz de Robles, Libro-Homenaje a Ricardín, pp. 626 ss., 631 ss.

61. Cfr. Mir Puig, Función, pp. 69 s., nota 93. En el mismo sentido STS 16 febr. 89. Lo dicho no impide que *ex ante* la tentativa inidónea pudiera parecer peligrosa: es entonces precisamente cuando es injusta y punible (cfr. infra 5). Pero esta peligrosidad *ex ante* no autoriza a considerar *idónea* la tentativa que (como se comprobaba *ex post*) era incapaz desde un principio de producir el delito, como sucede en el caso de *falta de objeto*, uno de los supuestos más clásicos y evidentes de inidoneidad, aunque *ex ante* pudiera no apreciarse esta inidoneidad. Sin embargo, Cerezo, PG, II, pp. 108 ss., 146 s., seguido por Gracia Martín, AP 1904, pp. 351 ss. consideran idónea toda tentativa peligrosa *ex ante*, incluyendo en particular el caso de falta de objeto.

62. Cfr. Cuello Calón, PG, p. 648; Cerezo Mir, Tentativa, p. 31; Suarez Montes, ADPCP 1906, p. 227.

63. Cfr. Antón Obeca, PG, p. 417; Núñez Barbero, Delito imposible, pp. 138 ss.

64. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios II, pp. 224 s.; STS 10 mar. 93.

65. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69, y Adiciones, pp. 719 s. Más ampliamente Mir Puig, CDJ [999], pp. 17 ss., y RJCat 2001, pp. 698 ss. De acuerdo Alcazar, Tentativa inidónea, pp. 466 ss., 473 s.

66. Cfr. Mir Puig, RJCat 2001, pp. 712 ss. Vid. sobre las tentativas idóneas, inidóneas e irreales, Baldo, Estado de necesidad, pp. 113-119.

85

Ejemplo: Disparar sobre la cama en la que la víctima parece dormir, pero que en realidad sólo contiene un bulto que simula su figura, es una conducta peligrosa *ex ante* como la de conducir en estado de alcoholemia sin llegar a encontrar a ninguna persona, aunque en ninguno de ambos casos se halle presente una posible víctima.

86

Esta fundamentación permite incluir la tentativa inidónea en la definición de tentativa del actual CP, aunque éste requiera actos de ejecución que *objetivamente* deberían producir el resultado: la objetividad que puede exigirse para los actos ejecutivos sólo puede entenderse en el sentido de *intersubjetividad* que supone el criterio del hombre medio situado *ex ante*.⁶⁷ No puede llegarse a exigir una objetiva y concreta aptitud *ex post*, porque la tentativa se castiga precisamente en la medida en que no ha producido la consumación y *ex post* se ha demostrado, por tanto, en alguna medida insuficiente.

87

3. Cuando la inidoneidad de la tentativa alcanza un grado tal que para cualquier espectador objetivo, colocado en la situación del autor, carece de toda base la posibilidad de que se alcance la consumación, se habla de **tentativa irreal**.⁶⁸

88

Ejemplo: el sujeto pretende envenenar a otro con arúcar o causar la muerte de su enemigo clavándole agujas en una imagen de éste (variedad de la «tentativa supersticiosa»).

89

La doctrina dominante *rechaza la punición de la tentativa irreal*. El CP actual excluye la punibilidad de esta figura al exigir en la definición de tentativa que el sujeto practique «todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado». Esta objetividad exige que para el hombre medio (y no sólo para el sujeto) el intento aparezca *ex ante* como estadísticamente capaz de producir la consumación. Desde el planteamiento objetivo-preventivo aquí defendido, la razón de que no pueda castigarse la tentativa irreal es la siguiente: un Derecho penal que deba limitarse a prevenir los hechos externos socialmente nocivos (como es preciso en un Estado social y democrático de Derecho)⁶⁹, sólo puede conminar con pena la realización de conductas que en el momento de ser llevadas a cabo aparezcan como peligrosas para bienes jurídicos para el observador objetivo situado en el lugar del autor.

90

Ejemplo: Para un tal observador la acción de disparar con una pistola descargada podrá aparecer *ex ante* como peligrosa en la medida en que la pistola parezca cargada al autor,

67. En este sentido, admitiendo la punibilidad de la tentativa inidónea peligrosa *ex ante*, la STS 21 junio 09, segunda por diversas sentencias de Audiencias provinciales, y las SSTs 2 jun. 2000 y 13 jun. 2000.

68. Cfr. Jescheck, p. 727; Rodríguez Mourullo, Comentarios II, p. 225.

69. Cfr. Mir Puig, Función, p. 69.

por lo que dicha acción constituirá una tentativa inidónea punible. Pero el mismo observador no considerará nunca peligrosa, ni siquiera *ex ante*, la «tentativa supersticiosa» ni el intento de envenenar con azúcar sabiendo que lo es.⁷⁰

- 91 4. Del delito imposible o tentativa inidónea debe distinguirse el **delito putativo**. Consiste en la realización de un hecho no penado por la ley creyendo su autor erróneamente que sí lo está. Supone un error no en un elemento del tipo (error de tipo al revés), como en la tentativa inidónea, sino en la *prohibición* penal del hecho (**error de prohibición al revés**): mientras que la tentativa inidónea requiere que sea típico lo que se quiere conseguir, aunque se intente de forma inadecuada, el delito putativo, en cambio, supone la creencia de que está prohibido penalmente lo que no lo está.⁷¹

- 92 *Ejemplo:* El marido cree equivocadamente que con su adulterio comete un hecho penado por la ley.

- 93 La doctrina es unánime en entender que **el delito putativo es impune**.⁷² La razón es que la determinación de lo que es delito o no lo es corresponde a la ley, y no a la opinión del sujeto, que no puede convertir en punible un hecho que la ley no quiere castigar.

V. El desistimiento voluntario

- 94 1. El art. 16, 1 CP requiere para la presencia de tentativa que la falta de consumación tenga lugar «por causas independientes de la voluntad del autor». El n.º 2 del mismo artículo añade: «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».⁷³

70. Apunta acertadamente a la «aparición de delito de posible efectividad» como criterio delimitador de lo punible la STS 11 dic. 68.

71. Cfr. por todos Jescheck, pp. 729 s., y Farré, La tentativa, pp. 406 ss. Un concepto más amplio manjara Cobo/Vives, PG p. 656. La distinción entre delito putativo y tentativa inidónea es especialmente problemática en los casos de suposición errónea de elementos normativos del tipo. La simple inversión del error no basta entonces para resolver la cuestión: cfr. sobre esto Farré, La tentativa, pp. 421 ss.

72. En España cfr. Antón Oñeca, PG p. 418; Rodríguez Mourullo, Comentarios II, pp. 226 s., siguiendo en sus puntos esenciales la exposición de Jescheck; Rodríguez Dewesa, PG pp. 744 s.; Cobo/Vives, PG p. 656.

73. Ver SSTs 16 feb. 2000, 18 abr. 2000 y 22 sep. 2000.

V. El desistimiento voluntario

- El n.º 3 del mismo artículo se refiere al desistimiento voluntario de algún interviniente en el delito en caso de codelinencia. Recojó el texto de este precepto *infra*, 6.

2. En otros Derechos, como el alemán, el desistimiento voluntario no se prevé como elemento de la definición de tentativa, la cual no desaparece por el hecho de que se detenga voluntariamente, sino que únicamente deja de ser punible.⁷⁴ En el Derecho español, en cambio, el concepto legal de tentativa siempre ha requerido para su concurrencia la ausencia de desistimiento voluntario. De ahí que la doctrina española dominante haya considerado este desistimiento como **elemento negativo del tipo** de la tentativa, y no sólo causa de exclusión de la punibilidad como la doctrina alemana corriente.⁷⁵ La situación no varía en el CP 1995, aunque en él se ofrezca una regulación separada del desistimiento (arts. 16, 2 y 3),⁷⁶ pues la ausencia del mismo sigue requiriéndose en el concepto legal de tentativa (art. 16, 1 *in fine*).

3. La distinta configuración legal del desistimiento voluntario en nuestro Derecho va unida a una **fundamentación** de la exclusión de la pena por desistimiento diferente también que en Alemania. La doctrina germánica admite generalmente la llamada «**teoría del premio**», según la cual el desistimiento voluntario se presenta como un «mérito» que pesa tanto como la tentativa subsistente y debe «premiarse» con el «perdón» o el «levantamiento» del castigo que de suyo reclamaría la tentativa no desaparecida.⁷⁷ En España, en cambio, se acogen generalmente **fundamentos de cuño político-criminal**, sea en el sentido de la «teoría político-criminal» que ve en la impunidad del desistimiento un «puente de plata» al enemigo que huve (Fenechbach),⁷⁸ o sea en línea de las teorías que fundan la impunidad en la desaparición de la necesidad de la pena en orden a la prevención.⁷⁹

Si en nuestro Derecho el desistimiento *anula* la tentativa,⁸⁰ supondrá, en efecto, la desaparición de las razones político-criminales de la punición de la misma. El castigo de la tentativa no sólo presupone la prohibición de la conducta por su peligrosidad *ex ante*, sino también la necesidad de pena a la vista del hecho resultante *ex post*. El desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad *ex ante* ni, por tanto, la prohibición de la conducta (también *ex ante*), pero sí pone de manifiesto un hecho resultante *ex post* que no hace necesaria la pena. Lo que resulta es, en efecto, un intento que se ha demostrado (*ex post*) incapaz de determinar la consumación por una insuficiente capacidad de realización del delito inherente al motor interno de la acción, esto

74. Cfr. § 24 StGB, y Jescheck, pp. 736 ss.

75. Cfr. Rodríguez Mourullo, Comentarios, II, p. 224 s.; SSTs 31 en. 81, 9 jul. 86.

76. Cree, en cambio, que la regulación separada del desistimiento, que procede del Proyecto 1980, permite atribuirle la naturaleza de causa personal de exclusión de la pena: Rodríguez Mourullo, en el libro La Reforma penal y penitenciaria, present. Fernández Albor, 1980, p. 32.

77. Así, por todos, Jescheck, Tratado, p. 737 s.; Cfr. Muñoz Conde, desistimiento, pp. 26 s. En esta línea la obra de Buckelmann, NJW 1975, pp. 1417 ss. En España: Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, pp. 130 s. 78. Así Cuello Calón, PG p. 649; Antón Oñeca, PG p. 412.

79. Así, sobre todo, Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 37 ss. También, entre otros criterios, Rodríguez Mourullo, Comentarios, I, p. 130.

80. Cuello Calón, PG p. 649 escribe, en este sentido, que el desistimiento hace impune al agente porque «anula su propia voluntad y su actividad criminal».

es, a la voluntad del agente.⁸¹ Ello no puede impedir que antes del desistimiento se hubiera producido un hecho antijurídico que no cabe ya borrar. Mas si se concibe —como aquí— el tipo como tipo de injusto *penal* (y no solo como tipo de injusto), cabe entender que el desistimiento voluntario excluye el tipo (penal) de la tentativa sin que niegue el injusto anterior, sino sólo su relevancia penal, por falta de necesidad de pena.

99. 4. Para que conduzca a la impunidad, el desistimiento ha de ser voluntario. Así se desprende del art. 16 CP, que en este punto coincide con el Derecho alemán. Dos grupos de teorías intentan precisar cuándo ha de entenderse voluntario el desistimiento.

100. A) Las teorías psicológicas⁸² parten de la fórmula de Frank: el desistimiento es voluntario si el sujeto *no quiere* alcanzar la consumación *aunque puede*, y es involuntario *sino quiere porque no puede*. El problema es que, según esto, en muchos casos el desistimiento debería considerarse voluntario cuando sin embargo no parece en absoluto suficiente para la impunidad.

101. Ejemplos: El ladrón deja de tomar el dinero de la caja, aunque podría hacerlo, porque ya llegó a la Policía; el sujeto deja de disparar a la víctima al entrar la Policía, pese a que aún podría matar a aquella.

102. Para evitar la impunidad en casos como éstos, la jurisprudencia alemana corrigió la fórmula de Frank exigiendo que el sujeto pudiera *racionalmente*, según la experiencia, llegar a la consumación.⁸³ Pero la restricción no resulta ni suficientemente fundada ni adecuada para excluir la impunidad en muchos casos como los planteados. Por otra parte, se ha dicho que cuando ya no es posible realmente llegar a la consumación de la tentativa ha de considerarse fracasada, y de ella no cabe ya desistir, ni voluntaria ni involuntariamente.⁸⁴

103. B) Ante la insuficiencia de éstos y otros intentos de la dogmática alemana, las teorías valorativas siguen en la actualidad un camino distinto. Según este punto de vista, la voluntariedad del desistimiento sólo será estimable si obedece a un motivo susceptible de una *valoración positiva*.⁸⁵ Algún autor propugna una *valoración*

81. Ello aproxima a la «teoría de la unidad», según la cual hay que ver tentativa y desistimiento como una unidad: al final el conjunto no requiere pena; cfr. Roxin, *Problemas*, pp. 269 ss.; Muñoz Conde, *Desistimiento*, pp. 40 s. Una fundamentación próxima a la del texto mantienen las SSTs 21 dic. 83 y 7 jun 85. He matizado la formulación expresada en las ediciones anteriores a la vista de las objeciones de Martínez Escamilla, *Desistimiento*, p. 49, nota 34.

82. Cfr. la exposición de Muñoz Conde, *Desistimiento*, pp. 83 ss. Vid. también SSTs 20 abr. 87, 9 mar. 87, pp. 1417 ss.

83. Cfr. sobre esto los trabajos de Dohna, *ZStW* 39 (1940), pp. 341 ss., y Bockelmann, *NJW* 1953, pp. 1417 ss.

84. Así Roxin, *Problemas*, pp. 250 s.

85. Acoge este planteamiento la STS 14 mayo 97.

ética de los motivos del desistimiento,⁸⁶ pero la dirección más importante considera lícita sólo una *valoración jurídica* de los mismos.⁸⁷ En este último sentido cabe destacar la formulación de Roxin: ve el criterio de valoración del desistimiento en la «racionalidad del delincuente»; si el desistimiento responde a dicha racionalidad no tiene sentido para el Derecho admitir que determine la impunidad, mientras que sí lo tiene que sea eficaz el desistimiento contrario a la racionalidad del delincuente.

104. Ejemplo: La racionalidad del delincuente le aconseja desistir cuando ve que acude la Policía; en cambio, es contrario a aquella racionalidad desistir por miedo ante cualquier obstáculo nimio.⁸⁸

105. En nuestro país, un sector doctrinal prefiere decidir la valoración jurídica del desistimiento en función de si elimina o no la necesidad de la pena en orden a sus fines de prevención general o especial. La necesidad de prevención general desaparecería sólo cuando el desistimiento eliminase el mal ejemplo para la colectividad, y la prevención especial únicamente demostrase la vuelta del sujeto a la legalidad.⁸⁹

106. Estas corrientes doctrinales (B) atienden mejor a las exigencias político-criminales que la sola interpretación psicológica de la voluntariedad (A). Sin embargo, aquéllas han de superar el obstáculo que representa la *letra de la ley*, que concede la impunidad a todo desistimiento voluntario, sin distinguir, y convierte en *contra reo* la restricción del ámbito propio del desistimiento relevante. Tal restricción deberá considerarse prohibida por el principio de legalidad si se entiende como una forma de ampliación *analógica* de lo punible (permitiendo castigar supuestos en que concurre desistimiento voluntario por analogía con los que no lo son),⁹⁰ y sólo podrá admitirse si se fundamenta como resultado de una *interpretación* restrictiva de los términos legales «voluntariamente», «desistiendo de la ejecución» e «impidiendo la producción del resultado». Así, si por las razones político-criminales indicadas el desistimiento voluntario se entiende en el sentido estricto de desistimiento voluntario del *plan del sujeto*: quien deja de disparar a su víctima ante la irrupción de la policía, desiste de la consumación cuando esta todavía era materialmente posible, pero si lo hace es porque ya *no puede* realizar su plan tal como lo había decidido (sin la presencia de la policía), por lo que no desiste voluntariamente de dicho plan —a diferencia de lo que ocurriría si su plan fuese disparar ante la policía

86. Así Bockelmann, *NJW* 1953, p. 183.

87. Así Guzmán, *op. cit.*, pp. 131 s.

88. Cfr. Roxin, *Política criminal*, pp. 71 s.; el mismo, *Problemas*, pp. 253 ss.

89. Así Muñoz Conde, *Desistimiento*, pp. 100 ss.

90. Considera, por ello, incompatibles con el Derecho positivo las teorías valorativas y sólo erres admisible el punto de vista psicológico. Martínez Escamilla, *op. cit.*, pp. 18 ss.

(como en un caso de atentado terrorista) —. No sería desistimiento voluntario la decisión oportunista de abandonar la ejecución ante un cambio de circunstancias exteriores que hace que deje de «interesarle» según su plan.⁹¹

- 107 5. El desistimiento debe adoptar **formas distintas en la tentativa acabada** — cuando el sujeto haya terminado ya su intervención — y en la **inacabada** — cuando el sujeto no haya terminado todavía su intervención — (vid. supra n.º 61).⁹² Mientras que en la tentativa inacabada basta con suspender la ejecución (en los delitos de comisión activa, basta con dejar de realizar los actos ejecutivos que faltan), en la tentativa acabada es preciso algo más: un **desistimiento activo** (incorrectamente: «arrepentimiento activo») consistente en hacer algo que impida que la ejecución ya completa produzca el resultado.

- 108 *Ejemplos:* Quien ha sacado el arma dispuesto a disparar basta que en el último momento deje de hacerlo para que concorra desistimiento; en cambio, quien ha dejado una bomba lista para explotar a determinada hora, no puede desistir con un mero no hacer, sino que debe desarticularla activamente para evitar la consumación.

- 109 6. Una de las lagunas más evidentes de la Parte General del anterior CP es la falta de previsión del **desistimiento de los actos preparatorios punibles**. No obstante, tanto la doctrina, como el TS aceptaban la eficacia del desistimiento, a veces en ciertas condiciones. Mientras que algún autor y alguna STS consideraban suficiente la resolución contraria a la previamente adoptada,⁹³ el TS había requerido en otras Sentencias que el que desista lo comunique formalmente a los demás implicados (SS. 30 sept. 48 y 19 abr. 65) y que ello motive a éstos a no ejecutar el delito (S. 30 sept. 48). Una vía media era considerar necesario y suficiente que el que desiste haya convertido en ineficaz su contribución y se haya esforzado en impedir en la medida de lo posible la comisión del hecho proyectado.⁹⁴

- 110 La admisión de la eficacia del desistimiento sólo podía admitirse por *analogía in bonam partem* respecto del desistimiento de la tentativa, y para que la situación

91. Un planteamiento de esta clase supone fundamentalmente político-criminalmente (según una valoración jurídico-penal) una restricción del concepto de desistimiento voluntario en la línea de Dehna, Schröder y Schmidhäuser (cfr. Muñoz Conde, Desistimiento, p. 85 (enfr.)); pero nótese que el fundamento ya no es psicológico, pues la razón de que se ofija una determinada restricción de la voluntariedad no puede proceder del concepto mismo de voluntariedad, sino de una valoración superior. Advuértase, por otra parte, que la formulación sugerida en el texto supone una interpretación restrictiva no sólo de la voluntariedad, sino también del contenido mismo del desistimiento, que exige no sólo desistir de la consumación, sino también desistir del plan del sujeto (tesis que no ocurre cuando la consumación implicaría un cambio de plan).

92. Cfr. p. ej.: Muñoz Conde, Desistimiento, pp. 8 ss.; Rodríguez Monrullo, Comentarios I, p. 128; Cobo/Vives, PG pp. 638 s.

93. Cfr. Ferrer Sana, Comentarios I, p. 85; STS 21 oct. 87.

94. Cfr. Rodríguez Monrullo, Comentarios I, p. 168.

creada por el desistimiento en los actos preparatorios sea completamente análoga a la del desistimiento en la tentativa no basta con el puro cambio de opinión y el no proseguir con el proyecto criminal. Como la tentativa acabada, los actos preparatorios punibles crean una situación de peligro — la implicación de otras personas —⁹⁵ que se independiza del sujeto y que, si éste no hace nada positivo para impedirlo, puede desembocar en la producción del delito. Para que el desistimiento de los actos preparatorios punibles merezca la impunidad tendrá que ser *activo*, de manera que contrarreste el peligro creado; deberá suponer la *retirada completa de la aportación* al hecho. Pero ello no requerirá necesariamente impedir el delito, ni equivale a hacer todo lo posible por conseguirlo, que puede no ser suficiente o, al contrario, no ser necesario para aquella retirada.⁹⁶

Este planteamiento ha sido acogido sólo en parte por el actual art. 16, 3 CP 111 —que no se refiere expresamente a los actos preparatorios punibles, pero que resulta perfectamente aplicable a la conspiración, la proposición y la provocación, en la medida en que estas figuras suponen la intervención de varias personas en el hecho—. El citado precepto dice:

«Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos 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».

95. El mismo problema se plantea, por tanto, respecto al desistimiento de uno de los intervinientes en caso de codelincuencia. Sobre esto cfr. Farré Trepat, ADJCP 1992, pp. 722, 751; Martínez Escamilla, ADJCP 1993, pp. 514 ss., y Desistimiento, pp. 125 ss., en favor de considerar necesaria y suficiente la amulación de la contribución prestada.

96. En este sentido Martínez Escamilla, Desistimiento, pp. 157 ss.; Farré Trepat, ADJCP 1992, pp. 728 ss.