



Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal

Emilio Octavio de Toledo y Ubieto*

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad
Complutense de Madrid
Tomás-Salvador Vives Antón jubila eo suo*

Revista Penal, n.º 24.—Julio 2009

RESUMEN: El CP/1995, art.16.1, estableció que los actos que debieran producir el resultado no originado, habían de ser los que «objetivamente» lo ocasionarían. De la incorporación de este término a la definición legal de tentativa, se han derivado distintas interpretaciones sobre su alcance en relación con las exigencias o no de peligrosidad *ex ante* y peligro *ex post* (potencial o real) para la apreciación de la tipicidad y, como consecuencia, de la que pueda predicarse de las tentativas inidóneas, irreales y supersticiosas. Lo que de ordinario se ha efectuado sin tomar en consideración lo dispuesto por el art. 62 CP. Con unos u otros planteamientos se ha pretendido solventar o denunciar la falta de respuesta incriminadora de diversas hipótesis. El presente trabajo toma posición sobre todos los asuntos y supuestos anteriormente indicados o aludidos.

PALABRAS CLAVE: tentativa, peligrosidad, peligro, «objetivamente», inidoneidad.

ABSTRACT: The current Spanish Penal Code (CP/1995) establishes that acts leading to an unrealized result ought to be those that would «objectively» cause it. The incorporation of this term to the legal definition of attempt has led to different interpretations concerning the role of requisites such as *ex ante* perilosity and *ex post* —potential or actual— danger in the consideration of typicity, including that derived from non-idoneous, imaginary or superstitious attempts. Such interpretations have normally left unconsidered the norm contained in art. 62 CP. From different standpoints, they aim at either positing a solution or revealing a lack of legal scope by the Code. This work takes on its own point of view by considering all the abovementioned matters and hypotheses.

KEYWORDS: attempt, perilosity, danger, «objectively», non-idoneity.

El Código penal de 1995 sustituyó los arts. 3, 51 y 52 de su precedente, por los arts. 16 y 62. El apartado 1 de este art. 16, establece: «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 este no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».

Una de las novedades más llamativas del nuevo texto fue la incorporación del adverbio «objetivamente» a la definición legal de tentativa. A su significado y a su función en el seno de esa definición, me referiré en primer lugar.

De dos modos podría interpretarse el término en cuestión:

Uno, con entero ajuste a su sentido exacto. Significaría así: bien «en cuanto al objeto, o por razón del objeto»¹; o

* Con ciertas modificaciones saco a la luz del texto, desde la opacidad de las notas a pie de página (v. mi artículo «Un ejemplo de norma jeroglífica: el art. 329 CP», en *RDPP* 3/2000, n. 49), algunas de las reflexiones que siguen; otras ya la han visto en diferente lugar (v. mi artículo «Sobre autoría, participación, peligro e imprudencia», en *LL*, 5922/2003, págs. 2, 3.ª col.-3, 1.ª y 2.ª cols.); añadido unas terceras, inéditas, con que acabar de dar coherencia a la exposición de la materia anunciada en el título. Todas ellas más tarde formarán parte de un trabajo en curso, de mayor amplitud, derivado del Proyecto de Investigación del Plan Nacional de I+D+i (Ministerio de Educación y Ciencia) SEJ2006-06594/JUR1.

1. *DRAE*, 22.ª ed, s. v. objetivamente, acep. [1].

bien «de manera objetiva»², esto es, la «perteneciente o relativa al objeto en sí mismo, con independencia de la propia manera de pensar o de sentir»³.

Otro, superando su literalidad estricta, en el sentido más lato del verbo «objetivar» y de su participio «objetivado». Es decir, en el sentido de identificar el vocablo «objetivamente» con el neologismo «objetivamente»; una palabra expresiva de la operación de objetivar lo inicialmente subjetivo: «dar carácter objetivo a una idea o sentimiento»⁴. Se constituiría, pues, en un elemento subjetivo que se objetivaría por referencia al conjunto de personas que cabe comprender en el que, también aquí, podría llamarse «ámbito de relación» de otra determinada.

Esto último es lo que realmente se hace al patrocinar el criterio del «hombre medio (objetivo)»⁵. El cual supone, se dice correctamente, una visión «intersubjetiva»⁶; que, sin embargo, inmediatamente y sin previo aviso se apostilla con el complemento «y, por tanto, objetiva»⁷.

En mi opinión, frente a la trascendencia que por algunos se le ha querido dar⁸, el término legal tiene una función modesta: la de excluir de los tipos de tentativa los actos *prima facie* —pero únicamente a primera vista— ejecutivos que tan sólo subjetivamente deberían producir el resultado. Quiero decir: un papel esencialmente negativo, consistente en no estimar bastante para afirmar la tipicidad con tomar en consideración la esfera de las singulares y netas representaciones del autor relativas a las consecuencias futuras de sus actos previos.

Ahora bien, por otra parte, conforme a lo dicho por el Tribunal Constitucional, el «sentido literal posible» de la frase legal y de la oración en que la incardina el art. 16.1 del Código, circunscribe toda interpretación admisible. No es esta una afirmación con la que se trate de solventar una cuestión lingüística de índole formal, sino de un criterio derivado de asumir el contenido material del primero de los límites al poder punitivo del Estado: el principio de legalidad penal, acogido por el art. 25. 1 de la Constitución.

Sobre la base de lo establecido hasta aquí, pueden hacerse las siguientes consideraciones para alcanzar ulteriores conclusiones:

El adverbio «objetivamente» complementa el verbo «deber», empleado por la ley en su tiempo condicional, e igualmente la referencia de este a «producir». Es decir, añade a la significación de estos verbos, enlazados entre sí, una indicación sobre el motivo o causa de lo que ex-

presan. Y lo que expresan con mayor exactitud son actos que «por razón del objeto» deberían producir el resultado.

Este añadido lo es a un tiempo verbal —el condicional, como queda indicado— que, no siempre pero sí generalmente y desde luego en este caso, resulta expresivo de un acaecimiento posterior respecto de aquello ya sucedido que se toma como punto de partida.

En el caso que nos ocupa, lo que ha de efectuarse consiste en lo que es obligado ocasionar como «resultado» (lo que se «debería producir»); y lo ya ocurrido de que se parte son los «actos practicados» («por el sujeto que ha dado principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores»).

De la conjunción de ambos factores se sigue que la ley viene a establecer la necesidad de que por razón de su objeto los actos ejecutivos ocasionen en el futuro el resultado.

No obstante, el motivo de que los actos ejecutivos originen el resultado, esto es, que lo hagan por razón de «su objeto», puede identificarse lo mismo con el fin a que se dirigen o encaminan tales actos, que con la materia (la realidad perceptible por los sentidos), significativa de lo opuesto al espíritu, sobre la que recaen. Por lo que, sincréticamente, podría asignársele el sentido de finalidad a que materialmente (no anímicamente, al menos en exclusiva) se ordenan.

Así pues, lo que el art. 16.1 del Código penal tipifica, en relación con lo que ahora se trata, son los actos ejecutivos que deberían producir el resultado con arreglo a la finalidad a que materialmente se encaminan. Lo que es igual a decir actos ejecutivos que conforme a su dirección material deberían producir el resultado.

La determinación de esta dirección material, a su vez, necesariamente ha de estar exenta de la consideración de las «causas independientes de la voluntad del autor» impositivas del resultado. Ya que estas causas son las que el propio art. 16.1 señala como aquellas que han de interceptar el decurso de los actos que «deberían producirlo».

En consecuencia, la determinación de que hablo debe llevarse a cabo de modo apriorístico. En un doble sentido: el de proceder desde el origen hacia la consecuencia y el de hacerlo mediante un examen anterior a la comprobación de la ineficacia respecto al resultado de los actos ejecutados (punto de vista *ex ante*).

Pero la obligada extracción de las causas que se encuentran al margen de la voluntad del autor, implica que

2. DRAE, 22.^a ed, s. v. objetivamente, acep. [2].

3. DRAE, 22.^a ed, s. v. objetivo, va, acep. [1].

4. DRAE, 22.^a ed., s. v. objetivar.

5. GIMBERNAT ORDEIG, E., «Diatriba del nuevo Código penal», en LL 4043/1996, pág. 5, 1.^a col.

6. MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 8.^a ed., Ed. Reppertor, Barcelona, 2008, pág. 357.

7. SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Ed. J. M. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 133.

8. GIMBERNAT, «Diatriba» cit., págs. 4, 4.^a col.-5, 1.^a y 2.^a cols. y, con la colaboración de E. Mestre Delgado, *Código Penal. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre*, 5.^a ed., Ed. Tecnos, Madrid, 1999, págs. 26-28.

en la indagación sobre la dirección material de los actos ejecutivos se identifiquen aquellas otras causas dependientes de tal voluntad. Algo también necesario porque a la presencia de estas últimas —cuando suponen desistir de la ejecución o impedir la producción del resultado— el propio art. 16, ahora en su apartado 2, le asigna una consecuencia de exención de responsabilidad penal.

Por su parte, la conformación de la voluntad (para que esta no se confunda con la intuición, el atrevimiento, el estímulo o el puro reflejo) evidentemente precisa y proviene de los conocimientos que tenga el autor sobre aquello a lo que ha de aplicarla (en el caso, los actos causantes del resultado). Conocimientos cuyo origen, como aún es más obvio, reside en la posibilidad de alcanzarlos: en la cognoscibilidad.

La cognoscibilidad, pues, de los actos que podrían producir el resultado, debe integrarse en la averiguación *ex ante* de su dirección material. Dicho de otra manera: conceptualmente, la dirección material implica su llevanza por el sujeto que realiza los actos ejecutivos; de modo que su determinación requiere descubrir el sentido que el sujeto le ha podido imprimir; esto es, cómo ha promovido su acción de acuerdo con sus conocimientos posibles.

Este elemento de la dirección material de los actos ejecutivos de que se compone la tentativa (de lo que «objetivamente» debería llevarles a producir el resultado), no supone identificar tal dirección con la exclusivamente imaginada por el autor. Pues esto es algo que, como queda dicho, se opone a una exigencia típica de objetividad.

Ni tampoco iguala dicha dirección material (salvo que se tratara, precisamente, de ese caso) con la que puede conducir quien se encuentra, respecto a los hechos que se examinen, en la cúspide del conocimiento de las «leyes científico-naturales que rigen los cursos causales»⁹. Individuo que, por su peculiaridad, acaso estuviera en condiciones de captar lo que, por definición, el autor no está en condiciones de percibir: los eventos independientes de la voluntad de este autor que han de interrumpir el devenir causal¹⁰.

De la interpretación hasta aquí esbozada del vocablo «objetivamente», que el Código penal de 1995 incluyó en la definición de tentativa, cabe ya extraer:

Primero, que los «actos [sc. ejecutivos] que objetivamente deberían producir el resultado», no son identificables, sin más, con un nudo devenir causal.

Segundo, que, en el otro extremo, por su sustento subjetivista las denominadas tentativas imaginarias, irreales y supersticiosas, son atípicas.

Y tercero, que la discusión sobre la tipicidad de las llamadas «tentativas inidóneas», debe desenvolverse (aparte de en otros terrenos a los que a continuación me referiré) dentro del marco del sentido literal posible de ese vocablo.

Sentido respecto de cuyo establecimiento, las líneas que anteceden son un intento.

Sentado lo anterior, a continuación parece procedente dirigir la atención hacia el dato legal de que, conforme al resultado art. 16.1, los «actos que objetivamente deberían producir el resultado» son aquellos cuya puesta en práctica inicia «la ejecución del delito». La caracterización de esta última, por tanto, habrá de extenderse a dichos actos. Los cuales, así, además de ser «los que objetivamente deberían producir el resultado», han de ser también actos ejecutivos del delito.

Con esta premisa puede formularse un razonamiento condicional:

Si, por una parte, se vincula la afirmación del carácter ejecutivo de los actos (aparte de a otros factores) a la comprobación de su peligrosidad o idoneidad para producir el resultado (entendido como el ataque al bien jurídico requerido por el tipo del correspondiente delito consumado) con arreglo al criterio de la llamada «previsibilidad objetiva» (punto de vista *ex ante*)¹¹, y, por otra parte, se interpreta que el adverbio «objetivamente» (incorporado por el CP/1995 a la definición de tentativa de su art. 16.1) también significa, según se ha visto, que los actos a que se refiere han de poseer esa misma peligrosidad o idoneidad¹², debe concluirse que, de manera innecesaria por reiterativa, la ley exige en dos ocasiones idéntica cualidad de los propios actos¹³.

Ciertamente entra dentro de lo posible que un innominado, pérfido y astuto (aunque, por lo que acabo decir, no inteligente) prelegislador, haya manipulado «a un legislador accesible —y tal vez, ingenuo—»¹⁴. Y que lo haya hecho hasta el punto de inducirle (de inducir a decenas de diputados y senadores o, al menos, a sus correspondientes grupos parlamentarios) a cometer semejante sandez. Al fin y al cabo, cosas peores aparecen en el Código. Pero lo seguro es que «la ley tiene su propia lógica objetiva, independiente de la voluntad subjetiva de quien en concreto ha redactado un determinado precepto»¹⁵. Una lógica que

9. Por decirlo con expresión de GIMBERNAT, «Diatriba», cit., pág. 5, 1.ª col. *i. p.* y CP, 5.ª ed., cit., pág. 26.

10. A una afirmación paradójica llevaría, en cambio, la que se ha denominado «perspectiva del observador omnisciente» (SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo* cit., pág. 125). Mas ello es así porque, en realidad, palmariamente confiere a ese hombre *omniscio* un atributo, por así decirlo, «divino».

11. *Vid.*, p. ej., SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Ed. Comares, Granada, 1996, págs. 149-150, y MORENO-TORRES HERRERA, M.ª R., *Tentativa de delito y delito irreal*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, págs. 236-238.

12. *Vid.*, de nuevo, p. ej., SOLA, *La llamada*, cit., págs. 126-127, y MORENO-TORRES, *Tentativa* cit., pág. 388.

13. Así lo advierte, aunque a efectos bien distintos, SOLA, *La llamada*, cit., pág. 229.

14. Como le parece a GIMBERNAT, «Diatriba», cit., 6, 2.ª col. y CP, 5.ª ed., cit., pág. 33.

15. Como el mismo GIMBERNAT indica en las obs. y págs. citadas en nota anterior.

debe prevalecer en la interpretación y aplicación posteriores a la entrada en vigor del Código penal.

Se trata, sin embargo, de una lógica que lo primero que impone es realizar un mínimo esfuerzo intelectual para intentar eludir, dentro de los márgenes de la interpretación admisible, el entendimiento de la norma legal en términos de redundancia y para procurar buscar una explicación de las modificaciones que en esta materia introdujo el Código penal de 1995 (los arts. 16 y 62, en lugar de sus precedentes 3, 51 y 52) en una clave distinta de la apelación al esfuerzo legislativo baldío.

Procediendo, pues, en este sentido, nos encontramos ante una alternativa: o se varía el contenido de lo que sea «ejecutivo» o se modifica el significado que se atribuye a la palabra «objetivamente».

Respecto a lo primero, conviniendo en que el comienzo de la ejecución requerido por el art. 16.1 debe determinarse mediante una «conjunción de factores» provenientes de las diferentes teorías que se han patrocinado sobre el particular¹⁶, nada hay, a mi entender, en la relación entre aquellos dos extremos legales que lleve a cuestionar la toma en consideración del plan del autor; ni tampoco, a mi juicio, para que, una vez suprimido el art. 14.1 del Código penal anterior¹⁷, quepa hablar de actos ejecutivos distintos de los que implican iniciar la realización del tipo de referencia (el de lo injusto del delito consumado) de los tipos referidos que son los de tentativa¹⁸. Ha de ser entonces, dentro de la primera opción de la alternativa planteada, en relación con la peligrosidad del acto, preconizada como distintiva de su carácter ejecutivo por un importante sector doctrinal, donde se opere la variación enunciada.

De otro modo, habría de seguirse la segunda opción: modificar el significado de igual peligrosidad o idoneidad *ex ante* que se atribuye al vocablo legal «objetivamente». Algo que, en mi opinión, no es necesario si se profundiza en la primera opción y se trata de averiguar las consecuencias de la variación indicada.

A este efecto resulta trascendente lo establecido por el art. 62 del Código penal. Que dice: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado».

No es preciso dejar de entender esta norma como una regla de determinación de la pena, para, no obstante, concluir que con tal motivo menciona explícitamente dos evidentes elementos de los tipos de tentativa. Elementos a los que obliga a atender para determinar en cada caso la extensión de la pena correspondiente, dentro del marco de ella que la propia norma expresa. Me refiero, claro está, «al peligro inherente al intento» y «al grado de ejecución alcanzado».

Que este segundo forma parte de la definición legal de tentativa, me parece innegable desde el momento en que el art. 16.1 se refiere a que hay tentativa cuando se practican «todos o parte» de los actos que previamente requiere que sean propios de la «ejecución» del delito; con lo que exige determinados «grados de ejecución».

Pero si este elemento aparece casi *ad pedem literae* explicitado en el apartado 1 del art. 16, lo lógico es pensar que el otro, el «peligro inherente al intento», es también un elemento, esta vez implícito, de la definición de tentativa establecida en ese lugar del Código. Como por lo demás se deriva del propio texto del art. 62, según pienso que podrá verse enseguida.

Refiriéndose a él, se ha sostenido en la doctrina lo siguiente: «Estas expresiones [sc. el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado] no significan que sin peligro no hay punibilidad, sino que la ausencia de peligro permite reducir al máximo la pena. El «peligro inherente al intento» se refiere al que corresponde *al caso concreto*, no a un peligro *esencial* para la existencia de cualquier intento. Por lo tanto, «objetivamente, quiere decir que la producción del resultado no puede depender solo de la imaginación del autor, sino que el plan de este debe tener un fundamento racional»¹⁹.

Desde el primer momento resulta llamativo que, tras reseñar que el art. 62 del Código penal hace depender la gradación de la pena con que conmina la tentativa de dos conceptos y de aludirlos con las palabras iniciales en plural «estas expresiones», el texto transcrito tan sólo se refiera a uno de ellos, al peligro, para negar su carácter de requisito de la tentativa. Y no al otro, a la ejecución alcanzada, respecto del que resulta patente la inviabilidad de tal negación; pues, en efecto, sin ejecución no hay punibilidad de la tentativa. Más aún, en realidad no hay tentativa: la ejecución, en el grado que sea, es esencial para

16. SOLA, *La llamada* cit., pág. 149; pero difiriendo de él, por lo que diré más adelante, en lo que se refiere al factor de carácter material.

17. Sobre esta norma, *vid.* GIMBERNAT, *Autor y cómplice en Derecho penal*, Ed. Sección de Publicaciones e Intercambio. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, Madrid, 1966, págs. 92-98 y 103-106.

18. Sobre los tipos referentes y referidos, *vid.* mi libro *Sobre el concepto del Derecho penal*, Ed. Sección de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad de Madrid, Madrid, 1981, págs. 174-180 y mi artículo «Algunas cuestiones sobre autoría, participación, tentativa, peligro e imprudencia, a propósito de "la responsabilidad penal por el producto"», en E. OCTAVIO DE TOLEDO, M. GURDIEL y E. CORTÉS (coords.) y otros, *Estudios penales en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, págs. 846-849. Sobre el comienzo de la realización del hecho típico, *vid.*, p. ej., COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 4.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, págs. 642-647, y MIR PUIG, cit., págs. 347-351.

19. BACIGALUPO ZAPATER, E., *Principios de Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Ed. Akal, Madrid, 1997, pág. 340, entrecomillados y cursivas en el original.

la existencia de cualquier tentativa²⁰. Y, finalmente, de lo que se trata es de comprobar si lo ejecutivo abarca lo que objetivamente debería producir el resultado o, más bien, ocurre lo contrario: si los actos que objetivamente deberían producir el resultado, son los que, por ello, pueden considerarse como ejecutivos.

Pero es que, además, creo que es posible demostrar: uno, que lo mantenido mediante la primera de las tres oraciones adversativas transcritas, resulta por completo rechazable; dos, que de la segunda solo resulta acogible la primera parte de la bipolaridad que establece; y tres, que, en cambio, puede compartirse la tercera en su totalidad.

En cuanto a lo que acabo de decir sobre la primera de esas tres oraciones²¹, en mi opinión, salvo que en la interpretación se prescindiera de la letra de la ley, hay que convenir que si el art. 62 del Código penal puede referirse al «peligro inherente al intento», ello es porque parte del presupuesto de que a todo intento, en sentido legal, le es inherente un peligro: de otra manera no podría adjetivar así al peligro, habida cuenta que «inherente» significa «que por su naturaleza esta de tal modo unido a algo, que no se puede separa de ello»²². Sin que se aporte, ni siquiera haya razón alguna para prescindir de esa significación normativa del vocablo. De forma que la completa ausencia de peligro, como la total ausencia de ejecución, no llevará a la asignación de la pena mínima, sino a la no asignación de pena alguna.

En cuanto a la estimación que he formulado sobre la segunda oración del texto reproducido²³, aunque ciertamente será menester determinar en cada caso concreto la entidad del peligro generado por los actos que se examinen (lo que no siempre será fácil), en orden a fijar la concreta pena correspondiente, ello no es sino la confirmación de que

el peligro es, precisamente, esencial para la existencia de cualquier tentativa.

Finalmente, en cuanto a la coincidencia que he manifestado respecto a la tercera de esas oraciones²⁴, queda dicho más atrás que el adverbio «objetivamente» elimina la posibilidad de considerar inculpas las meras representaciones del autor y de acuerdo con la doctrina antes citada, hace que de los actos componentes de la tentativa se requiera peligrosidad. La cual, junto al peligro requerido para otorgar a los actos la cualidad de ejecutivos, dota de fundamento racional al plan del autor.

En consecuencia, si, con tanta o más razón que respecto a la legislación anterior se relacionaba el art. 52, párrafo segundo, con el art. 3, se toma en cuenta el actual art. 62 en relación con el 16.1, debe concluirse que este último precepto legal caracteriza la ejecución que exige para los tipos de tentativa mediante dos rasgos (aparte de otros dos: exterioridad e inmediación) de los actos de que ha de componerse: peligrosidad *ex ante* y producción *ex post* de peligro, de originar el correspondiente ataque al respectivo bien jurídico que requiera y exprese el tipo de consumación al que el de tentativa esté referido²⁵.

Derivado inmediato de lo anterior es que en los supuestos de ausencia o inexistencia de objeto en el momento de emprender la acción, de completa inadecuación de los medios o del empleo de estos, y de total y evidente inidoneidad de los sujetos respecto de los delitos especiales, no cabrá apreciar el tipo de tentativa.

En las dos primeras de estas hipótesis, porque, pese a poder apreciarse peligrosidad *ex ante* en los actos practicados en algunos casos de tales supuestos, no les será «inherente» peligro *ex post* alguno. En la tercera hipótesis, porque ni existirá —en la mayor parte de los casos— pe-

20. A veces se hace a la inversa, pero con el mismo efecto. Así, MIR PUIG, cit., pág. 340 (entrecomillado y cursivas en el original): «El actual CP ... 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». Y ¿no, a contrario, el peligro inherente al intento?, ¿o es que se sugiere que tal peligro, como el grado de ejecución alcanzado, forma parte de la proximidad objetiva respecto a la consumación? De una manera, directamente, o de otra, indirectamente, mientras se presenta al grado de ejecución como un elemento típico de la tentativa, se niega esta cualidad al peligro inherente al intento o se esfuma su caracterización como elemento típico, pese a lo que establece el Código penal en su art. 62; donde no habla de peligrosidad, o de posible peligro, o de —como en otros lugares: así, art. 348.1, 2 y 4— que los hechos «puedan causar» una cierta lesión, sino de «peligro».

21. «Estas expresiones no significan que sin peligro no hay punibilidad, sino que la ausencia de peligro permite reducir al máximo la pena».

22. *DRAE*, 22.^a ed., s. v. inherente.

23. «El "peligro inherente al intento" se refiere al que corresponde *al caso concreto*, no a un peligro *esencial* para la existencia de cualquier intento».

24. «Por lo tanto, "objetivamente", quiere decir que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de este debe tener un fundamento racional».

25. De otra opinión, p. ej., ALCACER GUIRAO, R., «El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa», en *ADPCP/1996*, págs. 506-508. Respecto a los conceptos de peligrosidad y peligro, pero con mayor alcance del aquí se pretende, *vid.* HIRSCH, H.-J., «Peligro y peligrosidad», en *ADPCP/1996*, *passim*. Respecto a una hipotética sugerencia de una tipicidad mixta, de peligro abstracto y peligro concreto, *vid.* autor y obra acabados de citar, pág. 527, y RODRÍGUEZ MONTAÑÉS, T., *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, Ed. Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid-Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1994, págs. 17-20. Respecto a la posible inviabilidad de la tentativa así concebida en los delitos de peligro, *vid.* autora y ob. *cits.*, págs. 134-137; *vid.* también, concluyendo en la afirmación de esa inviabilidad, mi artículo de *LL cit.*, págs. 837 *i. f.*-840 *i. p.*

ligrosidad de la conducta, ni —en todo caso— peligro producido por ella²⁶.

Los tipos de la tentativa se configuran así, desde la óptica del resultado valorativo (afección del bien jurídico protegido), como delitos de peligro; de peligro de producción del resultado valorativo requerido por el tipo del delito consumado con el que necesariamente han de relacionarse. Y desde la perspectiva del resultado material (consecuencia causal de la conducta, espacio-temporalmente separable de esta), bien como de mera actividad —carentes de tal resultado material— o bien como delitos de resultado: ocurrirá lo primero en los casos en que se admita que el peligro propio de la tentativa puede ser potencial; sucederá lo segundo, en todo caso si genéricamente se concluye que dicho peligro necesariamente ha de ser real; y solo en los supuestos en que se determine que el peligro debe ser efectivo, si se admite que no todas las tentativas requieren esta clase de peligro.

Consiguientemente, las cuestiones que han de plantearse ahora atañen a si cabe referir la norma de la tentativa a aquellas que prevén delitos consumados de peligro y a la determinación de la clase de peligro «inherente» a los actos ejecutivos de que se compone la tentativa.

El art. 62 del Código penal establece, ciertamente, que a todo intento, en sentido legal (art. 16), le es inherente un peligro (precisamente el que se constituye en el resultado valorativo de la tentativa, que ha de ser previsible de modo objetivado y, como consecuencia, al menos en esa medida «objetivamente» imputable). Pero, en cambio, el Código no aclara la índole de ese peligro, esto es, si necesariamente tiene que ser real o también puede ser meramente potencial.

Siendo esto así, el principio de intervención mínima, que rige en el Derecho penal, del que, entre otras cosas, derivan los de subsidiariedad, fragmentariedad y exclusiva protección de bienes jurídicos, impone que de los peligros posibles, real o potencial, que pudiera implicar la tentativa, el segundo —el peligro potencial— no quepa referirlo, al trazar la respectiva conexión entre la tentativa y el correspondiente delito consumado, a aquellos de estos últimos que, a su vez, se consideren delitos de peligro que, por su parte, sea, asimismo, bien potencial o bien real; e igualmente impone que tampoco el primero de esos posibles peligros —el real— pueda referirse a los delitos consumados de peligro potencial.

En efecto: los resultados valorativos de las hipotéticas tentativas derivadas de estos enlaces normativos, esto es, el peligro potencial de un peligro potencial, el peligro potencial de un peligro real o el peligro real de un peligro potencial, supondrían un adelantamiento tal de las fronteras de la protección penal a costa de la que otorgan las

demás ramas del ordenamiento jurídico, una extensión tan desorbitada —respecto a lo admisible y necesario para la convivencia social— de la tutela penal de ciertos bienes o intereses frente a determinados ataques contra ellos que pueden presentar contornos aún difusos y un alejamiento tan grande entre el resultado valorativo de esas tentativas y la afección de los bienes o intereses de que se trate, que desbordarían los límites derivados del contenido material de aquellos tres principios y, por tanto, de la idea rectora de intervención mínima del Derecho penal.

En consecuencia, el peligro que ha de originar la tentativa tan sólo podría ser de tres clases: o, primero, el peligro real de que se llegue a producir la destrucción o menoscabo del bien jurídico protegido con la incriminación de los delitos consumados de lesión; o, segundo, el peligro potencial de que acaezca ese mismo resultado valorativo exigido por los propios delitos consumados de lesión; o, tercero y finalmente, el peligro real de llegar a ocasionar el peligro demandado por los delitos consumados de peligro efectivo.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que lo que viene a expresar este tercer supuesto se resume en la expresión secuenciada de un, en definitiva, peligro potencial de generar la lesión del mismo bien jurídico con el que se relacionarían los dos subsecuentes peligros reales de lesionarlo, parece posible establecer dos conclusiones:

Una, que si dicha lesión que habría de ponerse en riesgo potencial de producirse, se encuentra prevista como resultado valorativo de algún delito consumado, esta última hipótesis de tentativa resulta superflua por coincidir con la segunda.

Y dos, que si tal no ocurriera (lo que, desde el punto de vista de la coordinación y coherencia de la ley penal respecto de su predicada fragmentariedad, sería sorprendente, dado que si incrimina un delito de peligro real para un cierto bien jurídico, con más razón tendría que haber incriminado el correspondiente delito de lesión de ese mismo bien jurídico), el referido tercer supuesto de tentativa no debiera aceptarse. Ello por una razón elemental: no habiendo la ley incriminado un delito de lesión del repetido bien jurídico y, por tanto, habiendo hecho inviable componer la tentativa de peligro potencial de producir esa lesión, tampoco cabría entender que fuera admisible la tentativa de peligro efectivo de crear el peligro real, reclamado por un delito de esta índole, de lesionar el propio bien jurídico, pues, al cabo, esta aparentemente segunda tentativa auténticamente vendría a identificarse con aquella, previamente observada como imposible de formar, que implicaría engendrar un peligro potencial de ocasionar dicha lesión.

26. Respecto al tratamiento de este último supuesto como delito putativo, *vid.* MORENO-TORRES, *Tentativa* cit., págs. 286-288, cuyo punto de partida (ob. cit., pág. 286 *i. f.*) conviene matizar: no es igual creer en la existencia de un deber normativamente existente, que implicaría un error equiparable al de prohibición, que creer en la inexistente infracción de un deber existente, que supondría un error de tipo; en las hipótesis de inidoneidad del sujeto, el deber existirá en la norma, pero el sujeto inidóneo no puede infringirlo, aunque así lo crea; pero, en cualquier caso, no realizará tipo alguno de tentativa según lo que he sostenido aquí.

En consecuencia, sea cual sea la naturaleza, real o potencial, del peligro inherente a la tentativa aludido por el art. 62 del Código penal, ya se puede afirmar que la ley penal únicamente está legitimada para incriminar las tentativas de delitos de lesión y, no, en cambio, las de delitos de peligro (real o potencial).

La afirmación anterior tiene carácter general respecto del modo legal de incriminar la tentativa: aquel que consiste en relacionar la cláusula referida del art. 16.1 del Código con sus referentes de la parte especial de la ley penal. Significa, por tanto, que dicha relación de enlace no es admisible cuando tales referentes son normas previsoras de delitos de peligro, habida cuenta que en lo concerniente a ellos no resulta legitimada la intervención penal a título de tentativa.

Conviene advertir, sin embargo, que en alguna ocasión la ley incrimina conductas poseedoras de una estructura similar a la que tienen las tentativas de delitos de peligro. Ello sucede en ciertos casos en que prevé como delitos imprudentes conductas de está índole referidas, total o parcialmente, a delitos dolosos de peligro, a veces meramente potencial (así, arts. 317, 344, 347, 358 o 367 CP).

Llegado al punto en que he afirmado que tan sólo son legítimamente viables las tentativas de delitos de destrucción o menoscabo de un bien jurídico-penal, la cuestión subsiguiente es si basta para apreciarlas con que generen un peligro potencial de tales lesiones o en todo caso requieren un peligro real que se produzca una u otro.

La respuesta, a mi juicio, no parece *ab initio* que pueda darse de manera genérica, sin concretar algo más; siquiera sea porque si bien de ordinario una tentativa completa («acabada») implicará un peligro efectivo de aparición del resultado lesivo, este peligro también puede manifestarse claramente en una tentativa incompleta («inacabada»). Aunque el nudo de la cuestión es si para afirmar cualquiera de ellas es suficiente con que haya originado un peligro potencial de que se produzca la destrucción o el menoscabo del bien jurídico penalmente protegido.

Aclararé, preliminarmente, que a mi entender²⁷ el peligro potencial es uno de los límites de lo admisible en el terreno de la tipificación penal, lo que implica, por tanto, la proscripción de los delitos de peligro presunto (tantas veces parificados a los llamados de peligro «abstracto»), si se quiere respetar el contenido material del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídico. Este peligro potencial (que no presunto) requiere la idoneidad para transformar el riesgo en realidad y para hacerlo en los específicos términos en que se ha manifestado lo que se examina, de los siguientes elementos: del comportamiento y de los medios empleados; de la persona que respectivamente realiza aquél y utiliza estos; y, finalmente, del momento en que el agente observa la con-

ducta. Todo lo cual, en el plano procesal, corresponde demostrarlo al acusador, en virtud de los principios constitucionales de presunción de inocencia y acusatorio.

Por alguna doctrina²⁸ se ha vinculado la exigencia de peligro por la tentativa a una incorrecta interpretación del adverbio «objetivamente», que emplea el Código penal en su art. 16.1 desde 1995; peligro que se identifica como «peligro de lesión para el bien jurídico». Señalado que con tal exigencia quedarían fuera de los márgenes de esa norma una serie de hipótesis, formuladas *ad exemplum*, cuya impunidad a título de tentativa se considera rechazable. En algunos casos, dichas hipótesis atañen a la inidoneidad de los medios; en otros, a la del objeto.

Así, cinco lo son por la inidoneidad de los medios: «intentar violar a una niña que fracasa por la desproporción entre los órganos genitales del hombre y de la víctima»; «tratar de envenenar a una persona con el contenido que se cree letal de un frasco rotulado como de cianuro, y que, sin embargo en realidad sólo contiene sal»; «pretender asesinar a otra persona con una bomba adosada a su vehículo, pero que tiene un pequeño defecto que le impide explosionar»; «o con una pistola que se encasquilla», e «intentar un robo por el procedimiento del “butrón” que se frustra porque, a la vista del espesor de la pared y de los instrumentos que emplean los autores para forzarla, éstos no eran aptos para forzar aquella».

Y dos, en cambio, por ausencia del objeto a que se refieren las conductas: «pretender asesinar a otra persona ... con una bomba en perfectas condiciones que, no obstante, se activa un segundo después de que el conductor del automóvil fallezca a consecuencia de un infarto»; y «realizar actos encaminados a practicar el aborto a una mujer de la que se cree que está embarazada, sin estarlo».

En mi opinión, sobre el ejemplo del intento de violación de una niña fracasado por la desproporción entre sus órganos y los del agente, hay que decir que o no procederá una sorprendente impunidad, o si esta procede no debiera sorprender a nadie. El asunto dependerá de cuándo y cómo: 1) se emplea la violencia o intimidación que la violación requiere (arts. 178 y 179 CP); 2) se concluye que existe desproporción; y 3) se abandona el intento. Si el empleo de violencia o intimidación para llegar al «acceso carnal por vía vaginal» (art. 179 CP) precede o acompaña a la idea de desproporción y al abandono, ya en ese momento puede afirmarse que existe tentativa, pues además de peligrosidad *ex ante* concurre el peligro *ex post* (potencial o incluso real) de que el sujeto persista en su acción típica ya emprendida (pues tan ejecutivos son los actos de violencia o intimidación como los ulteriores de «acceso» a los que se dirigen), aun a riesgo de lesionar físicamente a la niña. Si no ha practicado todavía violencia o intimidación alguna y advierte que existe desproporción tan sólo a

27. Cfr. mi artículo «Los bienes jurídicos protegidos en los delitos contra las haciendas públicas», en VV. AA., *Libro de homenaje al Prof. Dr. Jorge Figaredo Dias* (en prensa), epígrafe VIII.

28. GIMBERNAT, «Diatriba» cit., págs. 4, 4.ª col. y 5, 1.ª col.

la vista de la configuración corporal de la menor, no hay tentativa de violación (salvo en su pensamiento anterior) ni otro hecho punible, en la medida en que no lo sea el *voyeurismo* que ha llevado a cabo. Si, precediendo o acompañando de actos de violencia o intimidación, determina que hay desproporción «con el acoplamiento directo de pene y vagina al extremo de lo posible», para un importante sector de la doctrina y de la jurisprudencia, la violación se habrá consumado (tesis de la *coniunctio membrorum*) y para otro sector, que exige «para la consumación como mínimo la penetración del pene en la cavidad vaginal»²⁹, tentativa, pese al abandono, pues en realidad se trata de la misma situación ya descrita en primer lugar, habida cuenta la violencia o intimidación ejercida y preordenada al acometimiento sexual. Si no se participa del criterio de la *coniunctio membrorum*, no ha habido violencia o intimidación, se ha comprobado la desproporción mediante esa *coniunctio* y, como consecuencia, se ha producido el abandono, procederá la calificación de abuso sexual consumado, agravado conforme al art. 181.4 del Código penal.

Respecto al ejemplo del sujeto que pretende matar a otro suministrándole sal que ha confundido con suficiente cianuro, pienso que es una actuación demostrativa de una deturpada turpitud, frente a la que el Derecho penal no tiene legitimación para intervenir. Ni al Derecho penal del hecho le bastan las intenciones, por criminalmente deformadas que sean, ni a él ni a otra parte del ordenamiento adiestrar en el manejo de tóxicos a quien se ha manifestado inepto para matar con ellos. El mismo conocimiento acabado de las características de los hechos (sin cuyo descubrimiento carecería de sentido hipotetizar sobre su concurrencia) parece aviso suficiente para alejarse de las actividades del tórpido autor o conseguir alejarlo de la imaginada víctima.

En cuanto al supuesto del que pretende matar a otro con una bomba adosada al coche pero con «un pequeño defecto que le impide explotar», de nuevo hace falta mayor concreción: debe tomarse en cuenta no sólo, aunque también, el tamaño del defecto, sino, cualquiera que sea, si resulta superable en las condiciones en que se desarrolla la acción. Si —y esto es lo que más probablemente sucederá— el movimiento del vehículo, sus rebotes sobre un piso más o menos bacheado, rugoso o accidentado, la percusión sobre el artefacto de algún elemento sólido sobre el que se pasa, etc., favorecido por la índole pequeña del defecto, hacen que no quepa considerarlo como imposibilitante de la explosión, existirá no sólo peligrosidad *ex ante*, sino también peligro (al menos potencial, cuando no

real) *ex post* y, por tanto, podrá apreciarse tentativa. Si, por el contrario —y mucho más raramente—, la naturaleza cuantitativa y cualitativa del defecto es tal que en ningún caso cabe estimar que concurre riesgo de que la bomba llegue a explotar, es decir, la hace equiparable a cualquier objeto similar pero inofensivo; la sal del ejemplo anterior se transmuta aquí en un caja de galletas y no procede la apreciación de tentativa; pero tampoco la impunidad: así, por ejemplo, arts. 568 (tenencia no autorizada de explosivos) y 573 (tenencia o «mera colocación o empleo» de aparatos explosivos actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas) del Código penal.

En la hipótesis de la «pistola que se encasquilla», el problema reside, en mi opinión, en la estimación o no de los actos inmediatamente previos como ejecutivos o todavía pre-ejecutivos: tomar la pistola, ponerla en situación de disparo, apuntar con ella a quien se quiere matar, apretar el gatillo, accionar el percutor, hacer que este golpee sobre el fulminante del casquillo, por más que, en ese momento, se atasque el arma de fuego³⁰, creo que merece la consideración de conjunto de actos ya ejecutivo de la conducta típica de matar³¹ y, en consecuencia, habilitante para apreciar tentativa.

En relación con la acción de querer practicar un butrón en la pared de un banco para robar en su interior, que no se logra por el espesor del muro y la inutilidad de los instrumentos empleados para perforarlo, entiendo que es otro caso de turpitud manifiesta frente al que el Derecho penal no puede reaccionar por medio del tipo de tentativa incompleta. Aunque sí, muy probablemente, con los de daños (art. 263 CP) y conspiración o proposición para cometer el delito de robo (art. 269 CP).

Por lo que se refiere a la colocación en un coche de una bomba, «en perfectas condiciones», para matar a su ocupante, quien, sin embargo, fallece como consecuencia de un infarto «un segundo» antes de que el artefacto se active, me parece que este detalle temporal y esa causa de la muerte carecen de relevancia respecto a la calificación de la conducta practicada, entre los momentos ejecutivos de su comienzo y su término, como tentativa: en ese lapso de tiempo siempre ha habido peligrosidad *ex ante* y peligro *ex post*, progresivamente más próximo a su materialización, de que el instrumento idóneo ocasionara la muerte del automovilista: que este muera «un segundo» (muy probablemente indemostrable) antes de la explosión, nada resta a la una ni al otro respecto de una conducta, la del autor, completamente realizada, pues no precisa añadido alguno. Tanto da o, mejor dicho, tan nada quita para afirmar

29. Los entrecamillados pertenecen a ORTS BERENGUER, E., en T. S. Vives, E. Orts, J. C. Carbonell, J. L. González Cussac y C. Martínez-Buján, *Derecho Penal. Parte Especial*, 2.ª ed., Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pág. 223.

30. Cfr. *DRAE*, 22.ª ed., s. v. encasquillar.

31. Esto le ha de parecer también a GIMBERNAT, para quien algo menos es ya ejecutivo: «si al homicida un tercero le arrebató la pistola antes de que consiga disparar, estamos ante una tentativa inacabada, porque para que hubiera realizado todos los actos ejecutivos todavía le faltaba apretar el gatillo» («El desistimiento en la tentativa. *Lectio doctoralis*», en *ADPCP/2006*, pág. 26).

mar la efectiva existencia del peligro para la vida, posterior a una acción que el autor ha culminado, que falten más segundos o minutos para la explosión o que en este período previo un tercero mate al automobilista de un disparo. No se trata de analizar retrospectivamente la inutilidad de la tentativa, sino de analizar su utilidad mientras duró (comienzo y fin de la acción).

Y por lo que respecta a practicar actos «encaminados» a que aborte una mujer no embarazada creyendo que lo está, tampoco fundamenta la estimación de tentativa. Lo que no impide la posibilidad de estimar otros delitos (así, coacciones, detención ilegal, lesiones, homicidio) en el caso de que, además, tales actos se materialicen en su comisión. La triste historia de la incriminación como delito cualificado por el resultado de esa conducta cuando, sin dolo o imprudencia, causaba lesiones o muerte de la embarazada (afortunadamente desaparecida con la reforma CP/1983), debiera contener la tendencia a hacer de este comportamiento pieza de escándalo por la imposibilidad de apreciarlo como tentativa: lo cierto es, al cabo, que no hay objeto material sobre el que hacer recaer los actos que pueden destruirlo y tampoco vida prenatal que proteger; en consecuencia, no existe otro fundamento, que no sea el que proporcionaría un Derecho penal de autor camuflado

de peligrosidad *ex ante*, para concluir que ha existido una tentativa de aborto sobre la sola base de la existencia de dolo o imprudencia. Ni lo uno, ni lo otro.

Por último, conviene advertir que no todo supuesto de inidoneidad del sujeto en relación con un delito especial impide la calificación de tentativa, de acuerdo con sus límites aquí mantenidos. Cuando, como queda dicho, esa inidoneidad es total y evidente, desde luego resulta inviable la tentativa. Así, el no juez o no funcionario administrativo que «dicta» una resolución que sabe injusta. Pero no cuando la inidoneidad no es ni tan completa ni tan evidente. Así, en la hipótesis de un juez o de un funcionario administrativo conscientemente incompetente, pero con un defecto de competencia que no impida, sino —y en su caso— *a posteriori* y muchas veces muchísimo más tarde, la posibilidad de que su injusta resolución ingrese en el tráfico jurídico y muestre capacidades de efectividad, podrá apreciarse tentativa —o si tal ingreso se produce, incluso consumación— del delito de prevaricación. Algo similar podría decirse respecto a la segunda modalidad de conducta de la malversación prevista por el art. 432.1 del Código penal (consentir que un tercero sustraiga caudales o efectos públicos), o en relación con otros de los delitos contenidos en el mismo Título del Código que este.