

Comentarios a la jurisprudencia penal del Tribunal Supremo

Sección dirigida por
SANTIAGO MIR PUIG

Catedrático de Derecho penal en la Universidad de Barcelona

COMIENZO DE LA TENTATIVA Y ESTUPRO INCESTUOSO

(Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo
de 19 de julio de 1984)

Dra. ELENA FARRE TREPAT

Profesora colaboradora

Universidad Autónoma de Barcelona

SUMARIO: 1. La calificación de estupro incestuoso. 1.1. El estupro incestuoso. 1.2. El delito de abusos deshonestos no violentos.—2. El comienzo de la tentativa. 2.1. Criterios de interpretación doctrinales. 2.2. Criterios de interpretación jurisprudenciales.—3. El comienzo de la tentativa en el estupro. 3.1. Naturaleza del delito de estupro. 3.2. El comienzo de la tentativa en los delitos de mera actividad. 3.3. Concreción del criterio expuesto.—4. Conclusión.

S.T.S. de 19 de julio de 1984

En el día de autos el procesado, impulsado por el ánimo de yacer con su hija, mayor de doce años y menor de dieciocho, la encerró en una habitación y le ordenó que se echara sobre la cama boca arriba. La intervención, en aquel momento, de un hermano de la víctima, pudo evitar que lograra realizar su propósito.

Estos hechos fueron considerados por el T. S. constitutivos de un delito de estupro del artículo 434 párrafo 2.º del Código penal en grado de tentativa, concurriendo además la agravante de reiteración (1). Se condenó al procesado a la pena de 50.000 pesetas de multa.

(1) Cabe destacar la utilización en la sentencia del término «reiteración», aun después de la derogación del artículo 10,14 por la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio y la fusión de la reiteración y la reincidencia en la agravante 10,15 del C. p., referida a la reincidencia.

1. LA CALIFICACION DE ESTUPRO INCESTUOSO

1.1. EL ESTUPRO INCESTUOSO

La primera cuestión que plantea la sentencia comentada es la relativa a la subsunción de estos hechos en la figura del estupro incestuoso en alguno de sus grados de realización. Los delitos de estupro en general han sido objeto de una importante reforma, en la Ley 46/1978, de 7 de octubre, que ha afectado sensiblemente a la figura que examinamos, atribuyéndole unas connotaciones diferentes a las de su anterior regulación.

Por una parte, cabe considerar que *se ha ampliado el ámbito de los posibles sujetos, activo y pasivo, del delito*. Actualmente pueden serlo tanto el hombre como la mujer, lo cual puede deducirse del texto legal, que utiliza los términos «persona» y «otra» para referirse a los sujetos del delito en el estupro de prevalimiento y «ascendiente o hermano del estuprado», en la figura que nos ocupa (2). Esta modificación se ha interpretado como un reflejo de la variación en el objeto jurídico que se pretende proteger a través de estas tipicidades (3).

La ampliación del ámbito de los sujetos ha comportado también una *ampliación del ámbito de las conductas prohibidas*, que deberá tenerse en cuenta en la interpretación de los términos «acceso carnal», que utilizan los artículos 434, párrafo 1.º y 435 del Código penal. Tradicionalmente se habían asimilado a «yacimiento», en un sentido equivalente al empleado en la violación, es decir, como relación heterosexual con sujeto activo masculino y sujeto pasivo femenino, por tanto, como coito vaginal (4). Aún actualmente defiende esta interpretación un sector doctrinal y jurisprudencial (5). Sin embargo, después de la reforma y debido a la ampliación del ámbito de los sujetos activo y pasivo, no queda excluida la posibilidad de incluir entre los comportamientos típicos del estupro la penetración no vaginal, es decir, el coito anal, tanto heterosexual como homosexual (6).

(2) En este sentido GÓZÁLEZ RUS, *La violación en el Código Penal español*, Granada, 1982, pp. 342 s.; MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal, Parte Especial*, 6.ª ed., corregida y puesta al día, Sevilla, 1985, pp. 354 s. y 358, y SILVA, Ana Isabel, *Consideraciones sobre la reforma de los delitos de estupro y rapto*, C.P.C., núm. 8, 1978, pp. 90 s. Sobre la regulación de estos delitos con anterioridad a la reforma, MORILLAS CUEVAS, *El delito de estupro-incesto*, A.D.P.C.P., 1977, pp. 301 ss.

(3) «Aunque no se haya cambiado el enunciado del título, que sigue hablando de los delitos contra la honestidad, parece que la tendencia es la de contemplar delitos que ataquen única y exclusivamente la libertad sexual de los individuos» (SILVA, Ana Isabel, *Consideraciones*, C.P.C., núm. 8, 1978, p. 91).

(4) Un importante sector doctrinal mantiene, en cambio, una concepción más amplia del yacimiento, comprensiva tanto del acto contra naturaleza como del vaginal. (Sobre ello véase GÓZÁLEZ RUS *La violación*, pp. 332 ss.).

(5) En este sentido BOIX REIG, *El delito de estupro fraudulento*, Madrid, 1979, p. 298 y RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte Especial*, 8.ª ed., Madrid, 1980, p. 178, y las Sentencias de 25 de marzo de 1980; 11 de noviembre de 1980; 5 de diciembre de 1980 y 14 de octubre de 1982.

(6) En este sentido, MUÑOZ CONDE, *P. E.*, p. 335 s. y las SS. de 7 de marzo de 1980 y 22 de junio de 1984.

La reforma ha reducido, por otra parte, el número de conductas prohibidas al limitar, en el estupro de prevalimiento, la *edad del sujeto pasivo a la comprendida entre los 12 y los 18 años* y al requerir, además, que concorra, en todo caso, una relación o situación, que origine la superioridad del sujeto activo frente al sujeto pasivo y que el sujeto activo consiga el acceso carnal *prevaliéndose de esta relación o situación de superioridad*.

Dada la relación de dependencia que existe entre el párrafo primero del artículo 434 y el párrafo segundo, cabe extender los citados requisitos a la figura del estupro incestuoso, precisándose para su concurrencia no sólo la relación familiar descrita en el texto legal, sino también la situación de prevalimiento de la superioridad existente entre el sujeto activo y el sujeto pasivo (7).

A estos elementos del tipo se refiere la sentencia comentada al señalar la necesidad de que «el inculpado, como aquí acontece, tenga ascendiente sobre la víctima y ésta no se encuentre en condiciones de resistir con la misma libertad de quien no esté en esa situación de inferioridad, precisamente en base a que en ese ascendiente va implícita la coacción moral que el agente o, en este caso, el padre utiliza para el logro de sus lúbricos deseos...». De todo ello parece desprenderse que el Tribunal Supremo deriva de la simple relación parental la existencia de una relación o situación de superioridad, así como el abuso o prevalimiento de la misma por parte del sujeto activo, sin comprobar su efectiva concurrencia. En esta sentencia el T. S. prosigue la línea mantenida por la Sentencia de 5 de junio de 1981, en la que se afirmó que el «prevalimiento de superioridad siempre se presume en esta clase de estupros incestuosos». Sin embargo, después de la reforma de 1978, no puede dejar de probarse, además de la concurrencia de la relación parental entre ambos sujetos, la situación de prevalimiento del sujeto activo respecto al sujeto pasivo, la cual, por otra parte, es posible que se dé frecuentemente en estas relaciones familiares.

1.2. EL DELITO DE ABUSOS DESHONESTOS NO VIOLENTOS

Puesto que el acceso carnal no ha llegado a realizarse —no se describe ni tan sólo contacto físico entre los sujetos—, no cabe considerar el delito de estupro incestuoso consumado. El Tribunal Supremo se plantea la distinción entre el delito de abusos deshonestos consumados y el estupro de prevalimiento en grado de tentativa, que debe buscarse en la parte subjetiva del tipo, ya que en el aspecto objetivo ambas figuras coinciden. En el plano teórico la distinción es clara y no ofrece lugar a dudas: en el delito intentado de estupro el propósito del sujeto activo es el acceso carnal, o, como indica la sentencia, «el elemento interno o intencional del agente como ánimo de yacer». En cambio, éste no debe concurrir en el delito de abusos deshonestos.

(7) Así también MUÑOZ CONDE, P. E., p. 358.

En la práctica, sin embargo, la distinción no siempre es sencilla, por la dificultad que entraña conocer la intencionalidad del autor. Para resolver esta cuestión el T. S. acude, al igual que en otros casos que plantean la misma problemática (8), al examen de las circunstancias que rodean el hecho, deduciendo de ellas la voluntad que impulsaba al agente.

En el supuesto que nos ocupa constituye un hecho probado que el sujeto activo «tuvo el propósito de yacer con su propia hija y a tal propósito dirigió toda su actuación», por lo que debe descartarse un posible delito de abusos deshonestos. Debiera tenerse en cuenta, no obstante, que dadas las circunstancias del caso, es decir, la ausencia de tocamiento sexual, la única tipicidad que podría concurrir en lugar del estupro intentado, son unos abusos deshonestos también en grado de tentativa. Este hecho en nada varía lo expuesto anteriormente en relación al delito de abusos deshonestos consumados, pero nos acerca al tratamiento de la tentativa en los delitos de mera actividad, cuestión que examinaremos más adelante.

En *conclusión* puede, pues, afirmarse que en los hechos examinados concurren los diversos elementos que conforman la figura del estupro incestuoso (9). Veamos en tercer lugar, si realmente existe ya un comienzo de ejecución del delito o, contrariamente, no concurre por completo el tipo de la tentativa de estupro incestuoso.

2. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA

Sin duda alguna la determinación del comienzo de la tentativa de delito constituye uno de los temas más conflictivos del Derecho penal. Desde muy antiguo la doctrina y la jurisprudencia se han ocupado de esta cuestión y, si bien puede afirmarse que la discusión no ha sido en absoluto infructuosa, sería ingenuo negar que la distinción entre actos preparatorios y ejecutivos no está definitivamente resuelta (10).

2.1. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN DOCTRINALES

El artículo 3, párrafo 3.º del Código penal señala que la tentativa comienza «cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores...». Con la finalidad de interpretar el texto legal, la doctrina ha aportado diversas teorías. Veamos a continuación las más significativas:

(8) Sobre los criterios que utiliza el T. S. para delimitar el delito intentado o frustrado de homicidio y las lesiones consumadas, véase mi tesis doctoral: *Problemas fundamentales de la tentativa en el Derecho Penal*, Universidad Autónoma de Barcelona, 1985, p. 90 (en prensa); así como *Dolo eventual, imprudencia y formas de imperfecta ejecución* (Comentarios a la Jurisprudencia Penal del T. S.) A.D.P.C.P. 1986, fascículo I, pp. 269 ss.

(9) El delito de estupro incestuoso constituye una de las figuras típicas, cuya incriminación es más debatida. (Sobre ello, MORILLAS, *El delito de estupro-incesto*, A.D.P.C.P., 1977, pp. 293 ss.

(10) Sobre esta problemática, ampliamente mi tesis doctoral: *Problemas fundamentales de la tentativa en el Derecho Penal*, pp. 181 ss.

2.1.1. Los penalistas españoles más antiguos se manifestaron partidarios de posiciones subjetivas, declarándose a favor de la teoría de la *equivocidad o univocidad de los actos*, que tanta repercusión ha tenido en la jurisprudencia del T. S., y de la *teoría del «dolus ex re»*. La primera precisa, para considerar un acto como ejecutivo, que sea inequívoca su tendencia a un hecho criminal (11), mientras que la segunda requiere, además, que del mismo pueda inferirse el delito que se quería cometer (12).

2.1.2. La *teoría objetivo-formal* ha colaborado a recuperar, para el comienzo de la tentativa, la seguridad jurídica perdida con las teorías subjetivas, ya que las mismas conducen a ampliar excesivamente la ejecución. Esta conocida posición considera que hay que partir del verbo activo con el que la Ley expresa la acción delictiva y que en los delitos de varios actos, con la ejecución del primero ya debe considerarse iniciada la tentativa (13). La teoría objetivo-formal es demasiado rigurosa en la interpretación del comienzo de la tentativa y su aplicación conduce a negar la tentativa en un amplio número de delitos: no sólo en los delitos de mera actividad, sino también en muchos delitos de resultado.

2.1.3. Con el fin de resolver los inconvenientes que plantea la teoría objetivo-formal han surgido las *teorías objetivo-materiales*, que amplían el ámbito de la tentativa más allá de las acciones típicas a acciones próximas a éstas. Han sido varias las formas de aparición de las teorías objetivo-materiales. En nuestro país, algunos autores se han manifestado partidarios de la *teoría del peligro o riesgo inminente*

(11) «De igual suerte que en la preparación criminosa podrá quedar en duda a cuál delito se enderezaban los actos de ejecución, pero si es cierto que propendía a un delito, existe un conato. No es aquí cuestión del ser sino del conocer. Y la incertidumbre relativa a los delitos posibles mediante tales actos, se resuelve por la regla que otorga preferencia a la suposición más benigna. La univocidad de su tendencia a un acto criminal es, pues, objétese lo que se quiera, bajo el punto de vista ontológico, el único criterio que la ciencia puede suministrar a la práctica para discernir los actos preparatorios de la tentativa» (CARRARA, *Teoría de la tentativa y de la complicidad o del grado en la fuerza física del delito*, traducción, prólogo y notas de V. ROMERO GIRÓN, 2.ª ed., 1926, p. 102).

(12) En este sentido puede ser interpretados PACHECO, *El Código Penal*, concordado y comentado, T. I, 1986, p. 93; DE VIZMANOS-ÁLVAREZ, *Comentarios al Código Penal*, T. I, 2.ª ed., 1853, p. 24; GROIZARD y GÓMEZ DE LA SERNA, *Código Penal de 1870*, T. I, 1870, p. 78; VIADA, *Código Penal reformado de 1870*, 4.ª ed., T. I., 1890, p. 35. Y más recientemente QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., Madrid, 1966, p. 54, y CUELLO CALÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 18.ª ed., revisada y puesta al día por CAMARGO, Barcelona, 1981, p. 641.

(13) A favor de esta posición se han manifestado ANTÓN ONECA, *Derecho Penal, Parte General*, Madrid, 1949, p. 410; RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español, Parte General*, 9.ª ed. revisada y puesta al día por SERRANO GÓMEZ, Madrid, 1985, p. 783 y CREZEZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid 1964, pp. 19 y 22, quien no rehúsa otros criterios interpretativos como la fórmula de Frank y el peligro al bien jurídico protegido (ob. cit., p. 21).

para el bien jurídico (14). Cabe citar, además, por la repercusión que ha tenido, la conocida fórmula de Frank, según la cual «existe ya un principio de ejecución en todos los momentos de actividad, que en virtud de su necesaria conexión con la acción típica, aparecen como partes integrantes de ella, según la concepción natural» (15).

2.1.4. A pesar de los inconvenientes que plantean las teorías subjetivas, éstas contribuyeron a poner de relieve la imposibilidad de determinar correctamente el comienzo de la tentativa sin tener en cuenta el plan del autor. Las teorías objetivo-materiales han sido posteriormente completadas con este elemento subjetivo, dando lugar a las teorías mixtas (16).

2.1.5. El inconveniente de las teorías objetivo-materiales, aún en su configuración objetivo-subjetiva, reside en ampliar demasiado el ámbito de la ejecución a acciones todavía muy alejadas de las acciones típicas. Para evitar este problema ha surgido la teoría, denominada de la *inmediatez de los actos*, que limita el comienzo de la tentativa a aquellas acciones que, según el plan del autor, se encuentran tan estrechamente vinculadas a la acción ejecutiva, que sin eslabones intermedios esenciales pueden desembocar en la fase decisiva del hecho (17).

En resumen puede, pues, afirmarse que la discusión doctrinal ha conseguido dar sus frutos. Por una parte, se admite de forma unánime, que la tentativa siempre da comienzo con el inicio de las acciones típicas, pero además, también da comienzo con la práctica de aquellas acciones que se encuentran íntimamente unidas a la acción típica.

2.2. CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIALES

La jurisprudencia del T. S. ofrece en la determinación del comienzo de la tentativa un panorama ciertamente confuso. Varias de las posiciones aportadas por la doctrina han encontrado acogida en las sentencias del T. S.; sin embargo, es difícil extraer de su estudio unas directrices que se apliquen con regularidad y, en su lugar, abundan los silencios y las contradicciones.

(14) En este sentido FERRER SAMA, *Comentarios al Código Penal*, T. I., 1946, p. 56, y LUZÓN DOMINGO, *Derecho Penal del Tribunal Supremo*, T. II, p. 38.

(15) *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich nebst den Einführungsgesetz*, 18.ª ed., 1931, § 43, núm. II, 2, b.

(16) Una posición mixta, concretamente la fórmula de Welzel, ha tenido acogida en el nuevo Código penal alemán, que en su párrafo 22 señala el comienzo de la tentativa en el momento en que «según la representación del autor se inicia directamente la realización del tipo».

(17) En términos parecidos se expresan en nuestra doctrina GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Madrid, 1979, página 113, y MIR PUIG, *Adiciones a la traducción del Tratado de Derecho Penal de H.-H. Jescheck*, T. II, Barcelona, 1981, p. 722 y *Derecho Penal, Parte General*, 2.ª ed., Barcelona, 1985, p. 291.

2.2.1. Sin duda alguna la *posición dominante* en nuestra jurisprudencia es aquella posición *subjetiva*, según la cual la tentativa comienza con la realización de los actos, que «revelan el propósito delictivo del autor» (18), o bien, como prefiere más recientemente, con aquellos actos que manifiestan de forma «inequívoca o unívoca» la finalidad delictiva del agente (19). Sin embargo, en otras sentencias el T. S. ha rechazado abiertamente la validez de la teoría subjetiva, por considerar que la misma comporta una excesiva ampliación de la tentativa en detrimento de la preparación (20). En este sentido el Tribunal Supremo ha acogido también otros criterios contrapuestos a aquellos subjetivos.

En efecto, en numerosas sentencias se acude a la denominada *teoría objetivo formal*, considerando como ejecutivos aquellos actos que «suponen la realización del verbo activo, que rige la figura delictiva» (21), lo cual no ha constituido un obstáculo para acudir a otros criterios cuando se ha estimado necesario castigar actos todavía no pertenecientes a la esfera del tipo. En este sentido en ocasiones ha afirmado el T. S. la concurrencia de un acto ejecutivo, por implicar el hecho de un «atentado real», o bien «un peligro inminente y directo» contra el bien jurídico protegido (22). Se ha acogido, por lo tanto, a criterios *objetivo-materiales*, que en alguna ocasión han comportado una ampliación excesiva del ámbito de la tentativa.

Por último, sobre todo recientemente, ha acudido el T. S. a *teorías mixtas*, es decir, a la combinación de criterios objetivos materiales con la consideración del plan del autor (23).

2.2.2. Se observa, pues, que en relación al comienzo de la tentativa el T. S. mantiene una posición vacilante y, con frecuencia, contradictoria. No sigue en este punto un único criterio, sino que ha acudido a diversidad de ellos. Esto no sólo se pone de manifiesto al comparar las diversas sentencias entre sí, sino que incluso en una misma sentencia ha acudido a diversos criterios. Junto a ello, es importante poner de relieve que el Tribunal Supremo no siempre argumenta sus decisiones con relación a esta problemática. Al contrario, son muchas las sentencias en las que se limita a considerar los hechos como punibles o impunes sin aportar para ello ningún apoyo teórico. Cabe, pues, afirmar que la falta de unificación de criterios existente en nuestra jurisprudencia, en un ámbito de tan sutil delimitación como es la distinción entre los actos preparatorios y ejecutivos, comporta un evidente peligro para la seguridad jurídica.

(18) En este sentido, entre otras, las SS. de 6 de julio de 1935; 31 de marzo de 1952; 2 de julio de 1955; 4 de febrero de 1959; 3 de junio de 1969, y 21 de diciembre de 1978.

(19) Así la S. de 6 de octubre de 1976; 21 de diciembre de 1978; 24 de junio de 1970 y 22 de mayo de 1976, entre otras.

(20) Así, en la S. de 9 de noviembre de 1973.

(21) SS. de 6 de octubre de 1976; 10 de octubre de 1978 y 24 de enero de 1980, entre otras.

(22) SS. de 24 de junio de 1970; 20 de febrero de 1975; 24 de enero de 1980 y 10 de octubre de 1973.

(23) En este sentido, entre otras, las SS. de 9 de junio de 1973.

3. EL COMIENZO DE LA TENTATIVA EN EL DELITO DE ESTUPRO

Con frecuencia se ha negado la posibilidad de tentativa en los delitos de mera actividad. Por esta razón, nos referimos en primer lugar a la naturaleza del delito de estupro, como delito de mera actividad o de resultado, antes de introducirnos propiamente en el comienzo de ejecución.

3.1. NATURALEZA DEL DELITO DE ESTUPRO

En base a las modalidades de la acción los delitos se subdividen en delitos de mera actividad y delitos de resultado, según que el tipo requiera o no que aquélla vaya seguida de la causación de un resultado separable espacio-temporalmente de la conducta (24). En el delito de estupro de prevalimiento la conducta que se prohíbe es el acceso carnal, cuando concurren además las circunstancias descritas anteriormente. Por consiguiente, es preciso conocer el contenido de dichos términos y, en concreto, el grado de realización necesario para que el acceso carnal se considere integrado. La expresión «acceso carnal» se ha asimilado tradicionalmente a la de «yacimiento». Por ello, sin olvidar las consecuencias, ya citadas, que ha comportado la reforma, en el sentido de ampliar las conductas comprendidas en el estupro, vamos a examinar las posiciones doctrinales que han surgido en torno al mismo.

La posición más estricta en relación al yacimiento considera necesaria no sólo la penetración, sino también la «seminatio intra vas» (25). Frente a ella, una segunda concepción amplia del mismo sostiene que es suficiente la simple aproximación de sexos, es decir, el simple contacto directo de los órganos genitales masculinos y femeninos (26). Entre una y otra se encuentra la posición aceptada mayoritariamente, según la cual hay yacimiento cuando se produce la penetración del órgano sexual masculino en el genital femenino, ya sea total o parcial (27).

En relación al tema que nos ocupa, cabe observar que sólo una interpretación estricta de los términos «acceso carnal», en el sentido de exigir no sólo la introducción del órgano sexual masculino, sino además la eyacuación, confirmaría la naturaleza de delito de resultado del estupro. Por el contrario, tanto la interpretación amplia como la mayoritaria conducen a la conclusión de que el mismo constituye un delito de mera actividad. Efectivamente, la consumación del estupro no requiere ningún resultado separado espacio-temporalmente de la conducta y la simple realización de la misma, en las circunstancias indicadas, conduce al desarrollo total del tipo penal.

(24) MIR PUIG, D. P., p. 164.

(25) Una exposición amplia de estos criterios en GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 321 ss.

(26) En este sentido MUÑOZ CONDE, P. E. pp. 344 s. Véase también GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 323 s.

(27) Por todos, GONZÁLEZ RUS, *La violación*, pp. 324 ss.

3.2. LA TENTATIVA EN LOS DELITOS DE MERA ACTIVIDAD

Durante años se ha venido sosteniendo, por parte de un importante sector doctrinal y jurisprudencial, que la tentativa no es posible en los delitos formales de un solo acto instantáneo. Se argumenta que estos delitos se consuman con la mera realización de la actividad prohibida, y, por ello, la tentativa no es posible, pues en ellos el comienzo de la ejecución del delito implica la consumación (28). Lo cierto es, sin embargo, que cuando el Tribunal Supremo se ha planteado la cuestión, ha admitido la tentativa en los delitos formales en más ocasiones que la ha negado. Y, no obstante, siempre que la ha admitido, ha creído necesario justificar su decisión. Después de leer la jurisprudencia del Tribunal Supremo en este punto no puede más que afirmarse, como ya hizo la S. de 17 de marzo de 1978, que «tales supuestos no son tan raros y escasos, ya que se ha sancionado en este sentido en numerosas ocasiones». Se ha admitido la tentativa de abusos deshonestos (29), allanamiento de morada (30), cohecho (31) y omisión del deber de socorro (32). La tentativa de estupro incestuoso se ha admitido en un caso (33), en que el padre «trató de realizar el coito con la niña, levantándole el viso y tocándole con la mano sus órganos genitales y diciéndole que no tuviera miedo, que no le haría nada, sin que llegara a realizar su intento por haber huido atemorizada la niña».

Considero que la posición mantenida por el Tribunal Supremo, en el sentido de admitir la tentativa en los delitos de mera actividad, es correcta. El rechazar la posibilidad de las formas de imperfecta ejecución en estos casos es una consecuencia necesaria a la que conduce la teoría objetivo-formal en los delitos de un sólo acto instantáneo (34). Pero esta conclusión no es comprensible si se acepta que la tentativa puede empezar en un momento anterior a la acción típica, es decir, si se parte de una teoría objetivo-material para delimitar los actos preparatorios de los ejecutivos.

3.3. CONCRECIÓN DEL CRITERIO EXPUESTO

La fórmula expuesta anteriormente para la determinación del comienzo de la tentativa no aporta sino las líneas generales para la so-

(28) En este sentido ANTÓN ONECA, *D. P.*, p. 411, y QUINTANO RIPOLLÉS, *Comentarios*, p. 54.

(29) Entre otras, en las SS. de 27 de marzo de 1972; 6 de mayo de 1974; 23 de abril de 1976; 21 de junio de 1976, y 21 de enero de 1978.

(30) SS. de 13 de noviembre de 1961; 27 de mayo de 1968 y 28 de mayo de 1969.

(31) SS. de 21 de enero de 1947 y 31 de octubre de 1955.

(32) En la S. de 20 de diciembre de 1976.

(33) S. de 4 de junio de 1960. Se refiere a ella MORILLAS en *El delito de estupro incesto*, A.D.P.C.P., 1977, p. 320.

(34) MIR PUIG, *Adiciones*, t. II, p. 724; también admiten la tentativa en los delitos de mera actividad RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, pp 140 s., y GARCÍA PABLOS, *Tentativa y frustración en el delito de asociación ilícita*, Rev. Fac. de Derecho, Univ. Complutense, vol. XVIII, núm. 49, pp. 70 ss.

lución de los problemas que, sobre esta delimitación, se plantean en el caso concreto (35). La misma precisa, por tanto, de una ulterior concreción, que debe realizarse en atención a cada delito previsto en la parte especial. Si nos detenemos en la figura del estupro, que es el tema que nos ocupa, observamos que pueden producirse en relación a la misma, entre otros, los siguientes estadios de realización.

3.3.1. *La simple proposición* por parte del sujeto activo al sujeto pasivo para realizar la conducta descrita en el tipo, no constituye todavía tentativa de delito. Puede suceder que el autor no piense llevar a cabo el acceso carnal hasta un momento posterior. En este caso, entre el hecho de convencer a la víctima para que se preste al acceso carnal y el acceso carnal mismo, median todavía varios actos que pueden ser más o menos numerosos. También puede darse el caso de que el autor repita su proposición en varias ocasiones, hasta que el sujeto pasivo acceda. La tentativa sólo comienza cuando han transcurrido todos los actos intermedios y se inicia la actividad íntimamente unida a la acción típica. Incluso si la intención del autor es llevar a cabo el acceso carnal de forma inmediata, no puede aceptarse una tentativa de delito si, según su plan, se precisa todavía la aceptación explícita del sujeto pasivo. Por ejemplo, el jefe que abusando de su situación de superioridad, propone a la secretaria la realización del trato carnal inmediatamente después de que ella acepte.

3.3.2. Tampoco constituye tentativa de delito de estupro *el buscar la ocasión propicia o el momento más adecuado* para llevar a cabo el acceso carnal. El citarse con la víctima para unos días o unas horas más tarde; el hacer salir del despacho a otras personas para quedarse a solas con el subordinado o bien el echar de casa a otros familiares para quedarse a solas con el menor, que en ella permanece, no constituyen todavía tentativa de estupro de prevalimiento, ni siquiera en el caso de que ya se cuente con la aprobación del sujeto pasivo para la realización del trato carnal, pues, entre estos hechos y la conducta típica, existen todavía una serie de actos intermedios.

3.3.3. *El buscar el lugar más adecuado* para llevar a cabo el estupro, no constituye todavía una tentativa del mismo, pues este acto no puede ser considerado como un inicio directo de la realización del delito. El encaminarse a un lugar apartado del bosque o bien el buscar la habitación de la casa donde se pretenden realizar los actos incestuosos, no constituye sino una preparación de la situación en la que se desarrollarán los hechos típicos.

3.3.4. De forma general puede afirmarse que la *realización de ciertos tocamientos* sobre el cuerpo del sujeto pasivo dará lugar a la tentativa del delito de estupro. Estos constituyen hechos inmediatamente unidos a la acción descrita por el tipo, de forma que entre estas acciones y la típica no se da ningún acto intermedio. Es impor-

(35) Así, también, RÜDOLPHI, *Zur Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch*, JUS, 1973, p. 23.

tante recordar aquí que si el autor lleva a cabo los tocamientos sin el propósito de yacer, éstos constituirán abusos deshonestos consumados. Pero puede suceder que lo que inicialmente constituía unos abusos deshonestos, se convierta en una tentativa de estupro al surgir en el autor la intención de realizar el acceso carnal. También puede ocurrir que el sujeto activo inicie el contacto físico con el propósito de yacer, pero condicionando la prosecución de su actuación a la reacción del sujeto pasivo. También aquí habrá que aceptar el comienzo de la ejecución del delito de estupro, con independencia de que posteriormente pudiera apreciarse en algún caso un desistimiento voluntario del mismo (36).

3.3.5. Por último, cabe apreciar también una tentativa de delito a partir del momento en que se puede considerar creada *la situación que desembocará en la realización de la conducta típica, sin actos intermedios esenciales*. Es difícil establecer criterios generales sobre el momento en el que debe considerarse que concurre esta situación, aunque, conforme a lo expuesto anteriormente, cabe exigir mínimamente, que ambos sujetos se encuentren ya en el lugar planeado a tal efecto, y, por otra parte, si el conseguir la aceptación del sujeto pasivo constituye un paso intermedio en el plan del autor, necesario para conseguir su propósito, también deberá exigirse que el mismo se haya producido.

Tras la exposición de algunos de los estadios de realización que pueden surgir en torno al delito de estupro puede observarse a primera vista que el supuesto examinado en la sentencia que comentamos se encuentra próximo a la frontera entre la preparación y la ejecución. La solución del caso nos parecería clara, en el sentido de considerar comenzada la tentativa, si, por ejemplo, el autor, antes de la intervención del hermano de la víctima, hubiese iniciado el contacto físico con su hija. Y, en cambio, la tesis de la preparación debería imponerse, si todavía no se hubiese concretado, por ejemplo, el lugar de los hechos. Sin embargo, para poder delimitar exactamente la fase preparatoria de la ejecutiva es preciso llevar a cabo un análisis minucioso de las circunstancias concretas que concurren en el caso, y que, por lo tanto, deben ser conocidas exactamente. Sólo a través del conocimiento, todo lo más concreto posible, de la situación que se examina, es posible deducir correctamente si la conducta que se juzga constituye aquella inmediatamente anterior a la acción típica, es decir, si se ha iniciado ya la fase ejecución. En relación al supuesto estudiado es posible afirmar que no se posee el conocimiento de la situación suficiente, que permita concluir la existencia de tentativa o bien de preparación. Si, por ejemplo, en el momento de irrumpir el hermano en la habitación, ambos sujetos acaban de entrar en ella y de darle el padre la orden a su hija de que se echase sobre la cama, nos encontraríamos todavía en la fase preparatoria ya que faltan aún algunos actos hasta la realización de la acción típica. Conforme a lo ex-

(36) Sobre la voluntad condicionada de realizar la acción, mi tesis doctoral, *Problemas fundamentales*, pp. 119 ss.

puesto anteriormente también estaríamos en la preparación si, al entrar en la habitación y cerrar la puerta, el sujeto activo aún no hubiese manifestado su propósito de llevar a cabo el delito y pretendiera convencer a su hija para la realización del acto, constituyendo la aceptación de ésta un acto intermedio necesario según el plan del autor. En cambio, habría de considerarse los actos realizados como constitutivos de tentativa si, encontrándose la muchacha sobre la cama, el plan del autor fuese iniciar inmediatamente la acción típica. La sentencia comentada adolece, pues, de un examen suficientemente detallado de los hechos, que permita justificar verdaderamente una solución en un sentido o en otro.

Por otra parte, tampoco puede estimarse correcta la argumentación jurídica que se aporta en la sentencia. El Tribunal Supremo expone que «los actos meramente preparatorios ... son actos que tendiendo a preparar la ejecución no la integran todavía aunque se refieran al delito proyectado, pero sin afectar al sujeto pasivo y sin generar tampoco riesgo alguno para el bien jurídico protegido, razón por la cual, por su peculiar naturaleza indeterminada y equívoca, ha dicho ya esta Sala, no lesionan normalmente precepto legal y resultan atípicos...». El T. S. parece, pues, inclinarse en este caso por la teoría objetivo-material del peligro o riesgo inminente para el bien jurídico protegido, así como por la teoría subjetiva de la equivocidad de los actos. A mi parecer, ambas posiciones son incorrectas para determinar el comienzo de la tentativa. El peligro o riesgo inminente que la acción crea para el bien jurídico constituye el fundamento de la punición de la tentativa, sin embargo, es preciso reconocer que no logra aportar un criterio preciso para la delimitación general entre acciones preparatorias y ejecutivas. La teoría de la equivocidad, por su parte, tampoco puede estimarse correcta, ya que no es posible afirmar la «equivocidad» de todos los actos preparatorios.

4. CONCLUSION

En conclusión, no cabe, pues, considerar correcta la solución del T. S. en el sentido de entender como ejecutivos de un delito de estupro intentado los actos realizados por el agente, ni tampoco convienen los argumentos que se invocan para llegar a ella. Surgen reparos en relación a algunos de los aspectos planteados en la sentencia. En primer lugar, parece evidente que, después de la reforma del año 1978, no es suficiente en el estupro incestuoso la simple verificación de la relación de parentesco, como parece desprenderse de la sentencia, sino que además es necesaria la comprobación del abuso de superioridad existente en el caso concreto.

En segundo lugar, la posibilidad de la tentativa no debe condicionarse en el delito de estupro, así como en ningún otro supuesto típico, a la naturaleza del mismo como delito de mera actividad o de resultado. Tras la superación de la teoría objetivo-formal esta cuestión puede considerarse resuelta en el sentido de afirmar la posibilidad de tentativa tanto en los delitos de mera actividad como en los delitos

de resultado. Cabe, pues, plantearse la tentativa de un delito de estupro incestuoso, cuya naturaleza es la de delito de mera actividad.

En tercer lugar, y en relación al comienzo de la tentativa, cabe afirmar que la distinción entre preparación y ejecución sólo puede llevarse a cabo mediante un estudio detenido de las concretas circunstancias que concurren en el supuesto examinado. Sin embargo, el relato fáctico que se aporta en la sentencia es insuficiente para calificar los hechos como constitutivos de tentativa o de preparación.

Por último, no puede aprobarse el recurso de la sentencia a la teoría del peligro y de la equivocidad de los actos, para delimitar la fase preparatoria de la ejecutiva. Por una parte, dado que ambas posiciones conducen a resultados incorrectos, tendentes generalmente a ampliar el ámbito de la tentativa. Por otra parte, pone de manifiesto, una vez más, la falta de unificación de criterios existentes en esta materia en la jurisprudencia. Más bien cabe observar que en esta sentencia se procede, como en otras ocasiones, a la simple enumeración de algunos de los criterios doctrinales existentes, sin que se pretenda orientar, a través de alguno de ellos, la solución del problema concreto. Ciertamente no es esperable que algún criterio doctrinal pueda aportar, en este ámbito, algo más que simples orientaciones a la solución del caso concreto. El desoír a la dogmática significa, sin embargo, el renunciar de antemano al mínimo de seguridad jurídica que aquélla nos puede aportar en la determinación del comienzo de la tentativa.

