

# Conceptos fundamentales de la responsabilidad por tentativa

JOAQUÍN CUELLO CONTRERAS

Catedrático de Derecho Penal. Universidad de Extremadura (Cáceres)

## I. LA DEFINICIÓN LEGAL

El artículo 16. 1 CP establece que «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» (1).

Con esta definición, el legislador de 1995 ha simplificado considerablemente la regulación de la tentativa por comparación a lo que ocurría con anterioridad a esa fecha (2), llevando a cabo una redacción muy exacta de lo que sí es su competencia que, sin embargo, deja

---

(1) Y el artículo 62, que lo complementa, 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».

(2) En la redacción anterior del CP (de 1973) se distinguía entre tentativa y frustración y se contemplaba expresamente la tentativa inidónea: «Hay frustración cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad de aquél». «Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento»: artículos 3, II y III. «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley al delito consumado». «La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito»: artículos 52, II y III. «A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la ley para el delito consumado»: artículo 51.

abierta la puerta para que los tribunales de Justicia y la doctrina científica la llenen de contenido y resuelvan los problemas emergentes de la práctica, sin que el legislador se inmiscuya (como no lo hace con otras categorías también genuinas de la teoría del delito, p. ej. el error) (3), conforme a la teoría del delito que se revele como la que propicia soluciones más justas y armónicas con sus propias premisas, dentro, siempre, de los amplios límites que sí establece la Ley.

La definición legal de la tentativa pivota sobre tres pilares fundamentales que deben respetarse por todas las teorías que los precisen en armonía, lógicamente, con la noción de injusto que sustenten, con la que tan imbricadas están aquéllas. Estos tres pilares son:

1.º El autor ha de haber realizado *hechos exteriores que representen el comienzo de ejecución del tipo delictivo directamente*, lo que, obviamente, excluye que la tentativa, su responsabilidad, se sustente sólo sobre la voluntad (la resolución) delictiva si ésta todavía no se ha concretado en *hechos exteriores*, como que los hechos externos realizados sólo aparezcan remotamente conectados con la *genuina realización del hecho típico*. Con este criterio, pues, se impide la ampliación del ámbito de la tentativa (punible) a costa de la preparación (por lo general impune).

2.º Los hechos exteriores, comienzo de realización del hecho típico, han de ser *objetivamente adecuados para la producción del resultado*. Con este elemento de la definición legal se alude claramente a la *causalidad*. La tentativa sólo existe cuando se ha puesto en marcha un nexo causal adecuado para la producción del resultado; lo que no tiene nada de extraño porque el tipo de los delitos de resultado (la sede por antonomasia de la tentativa) incluye también como elemento esencial la causalidad conforme a ley (4). Con este criterio, se excluyen del ámbito de la tentativa los supuestos de la denominada tentativa irreal o supersustitiosa, caracterizada, precisamente, porque en ella el autor se ha representado un nexo causal que sólo en su mente, pero no conforme al saber nomológico acuñado, es susceptible de causar el resultado.

3.º El nexo causal adecuado puesto en marcha por el autor *no ha de haber desembocado en la producción del resultado* (por causa ajena a la voluntad del autor: desistimiento), pues, de otra manera, no estaríamos ante una tentativa sino ante un delito consumado. Por tanto, si el autor ha puesto en marcha un proceso causal adecuado y, no

---

(3) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, El Derecho penal español, Parte general, 3.ª ed., 2002, VIII, p. 301.

(4) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 135.

obstante, el resultado no se ha producido, resulta que en toda tentativa hay un *error sobre la tipicidad*, sobre la causalidad, es decir, que falta la concreta causalidad a través de la cual las representaciones del autor sobre la propiedad de sus actos para modificar la realidad en la línea querida por él y prohibida por el ordenamiento jurídico pueden producir sus efectos.

## II. EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Como consecuencia de la presencia de un error en los casos de tentativa podemos ver que si tomamos el grado más avanzado de la progresión del delito previo a la consumación, nos encontramos con lo que la doctrina denomina tentativa acabada, caracterizada porque en ella el autor cree haber realizado todos los actos necesarios para que sobrevenga el resultado perseguido y, sin embargo, éste no se produce (sin que haya sido él quien lo haya impedido). Aquí resulta evidente que, como decimos, lo que el autor ha sufrido ha sido un error. *Ejemplo*: El autor ha entregado a la víctima el vaso que contiene el veneno letal y, en el momento de llevárselo ésta a la boca, se le resbala de la mano y se rompe en el suelo (5).

Desde el punto de vista del bien jurídico «vida humana», ¿qué ha ocurrido en este caso?

Sin duda no se ha producido la lesión (evidenciada en el resultado muerte). La presunta víctima de este homicidio intentado está antes, durante y después de los acontecimientos igual de viva, con tanta o tan poca salud en un momento como en los otros. No ha habido, pues, lesión del bien jurídico y, sin embargo, hay delito: un delito de homicidio en grado de tentativa. De ahí que el delito no se puede definir como lesión de un bien jurídico (6), ya que *ex definitione* en ninguna tentativa hay lesión del bien jurídico y sí delito.

Ahora bien, admitido que no ha habido lesión (esto es: una alteración del estado de cosas en el mundo exterior, por oposición a las intenciones o propósitos con los que se actúa sin llegar a modificarlo), ¿no

---

(5) De la misma forma que en la tentativa inacabada el autor sufre un error referido no a la producción definitiva del resultado, pero sí a alguno de los escalones intermedios necesarios para ello; *ejemplo*: el autor ha comenzado a suministrar dosis de veneno en escasa cuantía, para que no se note que está envenenando, pero antes de causar la muerte, un examen de rutina permite detectar que la víctima está siendo envenenada.

(6) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 14.

ha habido un peligro de lesión (entendido en el mismo sentido que la lesión: o sea, como alteración del mundo exterior que haya aumentado las posibilidades, considerablemente quizá, de que sobrevenga la efectiva lesión)?

Durante mucho tiempo, ciertamente, de manos de una concepción puramente objetiva del injusto, éste ha sido un planteamiento muy extendido en la doctrina penal sobre el concepto y fundamento, a la vez, de la punición de la tentativa, que, entre sus muchas virtualidades, se ha venido empleando para fundamentar el injusto de la tentativa de una forma objetiva (teoría objetiva de la tentativa) (*vid. infra*), en el sentido antes mencionado, de «alteración del mundo exterior».

Así pues, ¿ha habido peligro de lesión en el ejemplo considerado?

La respuesta a este interrogante, a su vez, obliga a distinguir: Si se procede a una consideración *ex post*, es decir, una que se sitúa tras el ocurrir de los acontecimientos, la respuesta ha de ser negativa: La vida de la víctima a envenenar nunca ha estado en peligro, porque la cadena causal que habría debido producir la muerte se ha roto antes de que la integridad de la víctima haya experimentado menoscabo alguno. Si se admite este razonamiento parece claro concluir que allí donde no ha habido lesión no hubo peligro alguno de lesión. Esta conclusión se puede formular igualmente en los siguientes términos (7): Para poder afirmar el peligro hay que constatar su única manifestación fidedigna que es la lesión de que va seguido.

No obstante, este planteamiento tiene actualmente todavía muchos seguidores, que entienden que siendo cierto que *ex post* ninguna tentativa ha sido peligrosa, no se excluye que, *también* «*ex post*», pueda comprobarse que la tentativa en algún momento de su realización sí fue peligrosa, frente a la que nunca lo fue, debiéndose trazar ahí la línea entre la tentativa punible y no punible: el disparo dirigido al ya cadáver nunca fue peligroso, el disparo dirigido al vivo que en última instancia esquivó ser alcanzado, sí; punibilidad del segundo caso e impunidad del primero.

En realidad, si se observa bien, esta teoría no es una de la peligrosidad *ex post* sino, más bien, de la exclusión de la *peligrosidad* «*ex post*» cuando se ha conocido un factor que hizo absolutamente imposible la consumación en algún momento, pero en ausencia del cual no podría asegurarse nunca que otro factor, desconocido, también la habría impedido (*vid. infra*). Luego por lo tanto sigue siendo necesario encontrar un fundamento a la tentativa cuya no peligrosidad aún

---

(7) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 66.

no ha sido comprobada, que la teoría de la peligrosidad *ex post* no proporciona.

Por contra, parece, a primera vista, más verosímil otra consideración de la peligrosidad que, a diferencia de la anterior, tiene muchos seguidores en la actualidad, con Mir Puig (8) como su principal exponente, la llamada peligrosidad *ex ante*.

Efectivamente, un sector de la doctrina (*vid. infra*), que está dispuesto a admitir que, *ex post*, toda tentativa se ha revelado ineficaz para representar una lesión del bien jurídico, en cuanto que el resultado lesivo no se ha producido (por la razón que sea), considera que la genuina tentativa es aquella en la que, en el momento de actuar el autor, esto es, *ex ante*, se creó un peligro de lesión que, después, no se materializó, residiendo en tal peligrosidad *ex ante* el disvalor-resultado (más exactamente: disvalor-peligro) al que se añade el disvalor-acción, constituido por el dolo de consumir el delito que, juntos, proporcionan el injusto de la tentativa, definida como la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico; con lo que se evitaría el temido *subjetivismo* de la tentativa en que, a su parecer, cae el *finalismo* cuando afirma que en la tentativa sólo se da un disvalor-acción no seguido de disvalor-resultado alguno.

El ejemplo más utilizado para demostrar la peligrosidad *ex ante* es el constituido por la tentativa de homicidio de quien se cree que reposa en la cama cuando, en realidad, la cama fue abandonada por su ocupante unos instantes antes, disparándose sobre el bulto que forma la almohada en la creencia de que se trata de la víctima. En este caso, sostiene la doctrina comentada, lo que *ex post* se mostró como tentativa inidónea, *ex ante* fue una idónea, ya que el acto pudo ser apto para lesionar el bien jurídico, para lo cual hubiera bastado que, como el autor creyó, la cama hubiese estado ocupada.

Esto, sin embargo, no es del todo exacto. Como ya se dijo, el peligro es un estado real previo al de lesión, esto es, que existe o no existe, careciendo de fundamento fijar un momento u otro (el de realizar la acción, el de la producción hipotética del resultado u otro) para determinar que se ha constatado o no el peligro. En el ejemplo considerado no cabe hablar de peligro, ni *ex post* ni *ex ante*; lo que sí ha habido, por eso es un caso de tentativa, ha sido una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha, que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad.

---

(8) Santiago MIR PUIG. Derecho penal, Parte general, 5ª ed., 1998, pp. 139 ss.; 7ª ed., 2004, p. 350.

Poco importa que el homicidio no se haya consumado porque la víctima ni siquiera ha dormido esa noche en la cama (deshecha desde el día anterior), o porque sólo unos instantes antes de la entrada del homicida la hubiese abandonado, o porque, en fin, estuviese allí y el disparo no le alcanzó, si todo ello lo ignora el autor por creer que la víctima estaba en el lugar hacia donde disparó.

*Lo decisivo son los conocimientos del autor.* Por tanto, cuando la doctrina de la peligrosidad *ex ante* habla de *peligrosidad objetiva*, sólo está aludiendo a las representaciones subjetivas del autor que, en estos casos de tentativa «inidónea», está aplicando un saber nomológico adecuado a una realidad inadecuada por desconocimiento de alguno de los innumerables y nunca plenamente dominables factores que influyen sobre un proceso causal real, que imposibilita la eficacia de la acción.

Esta doctrina, a la postre, no se distingue en nada, y es su formulación, en términos objetivos (juicio de adecuación), de los conocimientos que el autor ha de aplicar a la realidad para que se pueda hablar de dolo de resultado o finalidad, y que constituye el injusto o disvaloración en la concepción personal del injusto. En ese saber nomológico puesto en práctica reside la objetividad finalista que permite resolver, mejor que otras concepciones, cuándo hay injusto intentado y cuándo actos jurídicamente irrelevantes porque faltó el dolo, que abarca un nexo causal real y un objeto de ataque adecuados a finalidad.

Si se aceptan las anteriores premisas, cabe llegar a la conclusión de que, a la luz de la doctrina del injusto personal, carece de sentido distinguir (conceptualmente) entre tentativa *idónea* e *inidónea* (*vid. infra*). La tentativa, toda tentativa, se fundamenta en la aplicación de leyes causales idóneas que, debido a la imposibilidad de prever todos los acontecimientos, a veces no causan el resultado.

Claro que para ello hay que creer en la posibilidad de establecer una distinción entre *conocimiento nomológico* y *conocimiento ontológico*, lo que recientemente está siendo contundentemente cuestionado en la doctrina (*vid. infra*).

De esta manera, además, se desvirtúa otra dicotomía característica de la teoría de la tentativa como la que distingue entre *inidoneidad absoluta* y *tentativa irreal*, impunes, por un lado, e *inidoneidad relativa*, punible, por otro (*vid. infra*): Sin conocimientos de las leyes causales idóneas (dolo) no hay tentativa. Los casos de inidoneidad relativa tampoco son, en puridad, casos de tentativa, y requieren un título de imputación específico (situado en la órbita de la ampliación de la esfera de punición en el ámbito de la preparación y la tentativa para proteger adecuadamente la seguridad de los bienes jurídicos).

De todo lo anterior habrá que ocuparse en lo que sigue; pero antes hay que mencionar otro intento de fundamentación de la tentativa que desplaza su problemática desde el mundo naturalístico en que siempre ha discurrido la cuestión al plano normativo de los fines regulativos en el contexto de lo que se ha dado en llamar *normativización del derecho penal*, con Günther Jakobs como su principal exponente.

### III. LA NORMATIVIZACIÓN DE LA TENTATIVA

En su línea, de *normativizar* el sistema penal más allá del naturalismo imperante en doctrina y legislación, lo que se evidencia muy bien en esta materia de tentativa, Jakobs (9) supera la discusión reinante en torno al fundamento de punición de la tentativa con el contrapunto del delito consumado, apelando a lo que ha sido su piedra de toque del sistema penal total desde el principio: tanto se rebela contra el ordenamiento jurídico el autor del delito consumado como el del intentado. En este aspecto, no hay diferencia (Jakobs se ahorra, así, buscar una fundamentación a la tentativa).

A su vez, el límite de la responsabilidad por tentativa, lo esclarece por contraposición a la tesis subjetivista de Armin Kaufmann, para quien también la tentativa supersticiosa es punible (*vid. infra*), con un criterio objetivo de cuño socio-comunicativo: de ahí que la tentativa burdamente supersticiosa carezca de relevancia penal, pues los demás no verán condicionadas por ella sus planes vitales.

Pero, a su vez, qué sea comunicativamente relevante lo proporciona el contexto: disparar en dirección a la víctima es relevante, colocar un imán en la pared para provocar dolor de cabeza en quien escucha al otro lado del tabique, no; salvo que el contexto introduzca el caso en la tentativa: se encontró en la casa de quien quiso envenenar con un método irrisorio un libro de plantas venenosas, o volverlo a sacar: el autor del disparo en dirección a la víctima acostumbra a dar bromas tan pesadas como disparar a rozar. Etcétera.

Ante este parecer tan sugestivo de Jakobs, hay que hacer notar lo siguiente: Que tan vulneración de la fidelidad al derecho lo es la tentativa como el delito consumado, no es más que manifestación de la simetría reinante entre lo que ocurre desde la perspectiva del orde-

---

(9) *Vid.* Günther JAKOBS, Representación del autor e imputación objetiva (trad. de Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en: Günther JAKOBS, Estudios de Derecho penal (trad. de Enrique PEÑARANDA RAMOS y otros), 1997, pp. 229 ss.

namiento jurídico y lo que ocurre desde la perspectiva del destinatario de la norma. Aquí se encuentra la coherencia de un sistema lógico-funcional como el que defiende (10).

Lo mismo ocurre con el criterio objetivo de delimitación entre la tentativa inidónea e irrisoria. El criterio de Jakobs (defendido también por otros en España) (11) es mejor que el de Kaufmann, pero peor que el de Struensee, para quien sólo la causalidad adecuada a ley fundamenta la tentativa (*vid. infra*). Es más, su aplicación al contexto comunitario es una vuelta a Armin Kaufmann: Existen contextos colectivos supersticiosos. Además, el contexto fluctúa. Ni el libro de setas venenosas debe meter al sujeto en la tentativa, ni su desaprensión (bromas pesadas) sacarlo. Es preferible el criterio científico de Struensee. Claro que, para ello, hay que creer en la distinción entre conocimiento de hechos y conocimiento de leyes causales (*vid. infra*).

La cuestión del contexto para la distinción tentativa inidónea/tentativa irrisoria, que es la misma que la del dolo, de Jakobs, es una aportación capital en la teoría, y puede ser decisiva en contextos estandarizados muy propios del delito imprudente; pero de difícil inclusión en el delito doloso, donde es más difícil contextualizar (como evidencia el desafortunado ejemplo de Jakobs, del cazador acostumbrado a disparar a rozar como broma). Ocurre algo semejante a lo que ocurre con la imputación objetiva (12). En cualquier caso, es una gran aportación que dará frutos en el futuro.

El planteamiento de Jakobs es una buena manifestación del acercamiento perspectiva del autor-perspectiva del ordenamiento jurídico, de ninguna de las cuales se puede prescindir, pues se implican en un sistema lógico-funcional, en contra de lo que pretenden, innecesariamente por lo demás, los actuales normativistas, temerosos de contaminarse del naturalismo al que las ciencias penales del siglo xx deben sin embargo sus mayores logros.

---

(10) *Vid. al respecto, CUELLO CONTRERAS, Fundamentos para un sistema lógico-funcional de Derecho penal. Más allá del ontologismo y el normativismo*, Revista electrónica de Ciencia penal y Criminología, 08-01 (2006), <http://criminol.ugr.es/rcepec>.

(11) *Vid. Enrique BACIGALUPO, Principios de Derecho penal*, Parte general, 5ª ed., 1998, pp. 338 ss.; Luis Carlos REY SANFIZ, *La tentativa jurídico-penal. Acercamiento al tratamiento doctrinal del fundamento de los criterios de imputación entre naturalismo y normativismo*, 2001.

(12) CUELLO CONTRERAS, *Aspectos sustantivos y procesales del dolo*, Cuadernos de Derecho judicial, VII, 2005, pp. 15 ss. y 30 s.; *Ambito y límites de la doctrina de la imputación objetiva*, Cuadernos de Política criminal, 89, 2006, pp. 5 ss.

#### IV. LA CUESTIÓN DEL CONCEPTO Y EL FUNDAMENTO DE LA TENTATIVA EN LA DOCTRINA CIENTÍFICA

A continuación, y para reflejar el estado actual de la discusión doctrinal en torno al *fundamento de punición de la tentativa*, se pasará revista a una serie de aportaciones recientes (13), basadas en otras tantas formas diversas de fundamentar el injusto, sobre lo que al final habrá que decir algo.

##### A) Teorías de la peligrosidad objetiva *ex post*

1. González Cussac (14), que sigue a su maestro Vives Antón, defensor, junto con Cobo del Rosal, de una concepción puramente objetiva del injusto (objetiva = necesidad de constatar un resultado-peligro *ex post* para que haya siquiera tentativa) (15), la tentativa requiere «una conexión entre comportamiento y lesión o peligro», que obliga, a la postre, a comprobar «si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro» [20].— Es cierto que González Cussac distingue entre un juicio de idoneidad abstracta, que incluiría los supuestos de tentativa inidónea relativa (dosis insuficiente de veneno, p. ej.) y tentativa idónea, a las que exigirle un cierto nivel de peligrosidad (*ex ante*), siempre que supongan un comienzo de ejecución [22], y un juicio de idoneidad concreta o genuina peligrosidad, conforme al principio, por él desarrollado, de lesividad. Ahora bien, los ejemplos que utiliza para ilustrar dicha distinción muestran que, en su concepción, no cabe más noción de tentativa que la que incluye un peligro comprobado *ex post*: Sólo es de tentativa idónea el supuesto de la dosis suficiente de veneno que se le suministra a la víctima viva (peligro concreto para la vida), mientras que son de tentativa inidónea tanto el supuesto de envenenar con bicarbonato (que además es impune) como el de envenenar con una dosis insuficiente de sustancia (punible), mientras que constituye tentativa idónea (punible) el disparo a la persona viva que ésta esquiva (peligro concreto) y tentativa inidónea (pero punible) el disparo a persona viva que no

---

(13) En ningún caso exhaustiva; pero que da cuenta del interés en la materia de la ciencia penal española, a la que se limita la consideración, con exclusión pues de la fecunda doctrina alemana.

(14) José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal*, Poder judicial, 28, 1992, pp. 7 ss.

(15) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de estos autores, *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 28.

le alcanza por haber cambiado ésta su posición (peligro relativo) e inidónea (y no punible) el disparo a una persona muerta (un cadáver no puede ser soporte de un peligro para la vida).

2. Para Torío López (16), que parte también de una concepción objetiva de la tentativa, acciones cuya falta de peligrosidad se ha constatado *ex post* no constituyen tentativa, esto es, la infracción de la prohibición establecida *ex ante* [178]; «la percepción de que toda arma está cargada o de que toda víctima vive es un expediente que la teoría subjetiva» introduce subrepticamente en un sistema, como el penal, objetivo [178 s.]. Lo que no quita para que algunos casos de falta de peligrosidad, en ese sentido, merezcan punición [170. 182].— Citando un ejemplo de Feuerbach, sostiene Torío López [179] que si en un pelotón de fusilamiento unas armas están cargadas con munición real y otras con balas de fogueo, sin que ninguno de sus integrantes conozca la naturaleza de la suya, conforme al concepto material de delito, sólo habrá tentativa en la conducta de quienes dispararon con munición real, pues sólo ellos crearon un peligro comprobado *ex post*, mientras que los restantes no realizaron la acción propia de la tentativa.

3. Estas teorías, que parten del delito consumado, donde, *ex definitione*, se ha comprobado la causación de un resultado, que es manifestación de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo delictivo de resultado, sostienen que, yendo precedida toda lesión de una fase previa de peligro, como corrobora la efectiva lesión posterior (causación del resultado = resultado-lesión), cabe aislar su fase previa, que estará constituida por el resultado peligro (objetivo) a cuya causación denomina tentativa.— El principal argumento contra este intento (fallido) de fundamentar la tentativa estriba precisamente en lo que da por probado: Aplicando el criterio que maneja, que es válido, sólo que no sirve para la tentativa, lo que considera prueba de la peligrosidad constitutiva de la tentativa en realidad no es tal, sino prueba de que no está ausente aún la peligrosidad, como demuestran todos sus ejemplos (por mencionar sólo el más paradigmático: el disparo a la persona muerta sólo demuestra su falta de peligrosidad, por conocimiento de una circunstancia que impide el resultado; en ausencia de la cual nada se opone a que otra circunstancia, desconocida, también lo hubiera impedido). La única prueba de que ha habido peligro, en el sentido preconizado por la teoría objetiva, debe insistirse: plenamente compartible (*vid. supra*), es que haya sobrevenido la lesión, esto es, el delito consumado.— Por tanto, si las teorías criticadas se basan, no en la demos-

---

(16) Ángel TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa*, en: *Propuestas para la Reforma Penal* (JOSÉ CEREZO MIR y otros), 1992, pp. 169 ss.

tración del peligro (tal como ellas lo conciben), sino en la no demostración de la ausencia de peligro, llegarían a la absurda conclusión (desde sus propias premisas) de que el fundamento de la tentativa no estriba en el peligro de lesión sino en la no exclusión de dicho peligro, que, a mayor abundamiento, se deriva (¿de dónde si no?) del nexo causal puesto en marcha por el autor. Luego, por lo que se castiga la tentativa es por la «denostada» peligrosidad abstracta de la conducta consistente en comenzar a desarrollar la conducta típica (prohibida en atención a su peligrosidad, basada en la experiencia general).

4. En la órbita de la consideración objetiva *ex post* de la tentativa se encuentra la presentada por Serrano-Piedecosas Fernández (17), en desarrollo de lo apuntado en Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre (18), y para quien un derecho penal contenido [104] debe exigir peligro objetivo para los bienes jurídicos. Según Serrano-Piedecosas Fernández, el peligro penalmente relevante se acota en dos planos: En uno primero, aparece la conducta como potencialmente idónea en abstracto para lesionar el bien jurídico conforme a las valoraciones del legislador (concepto normativo de peligro) [113 ss.]; conforme al segundo, la conducta anterior ha de haber creado un estado (resultado) que permita constatar que el bien jurídico ha sido realmente puesto en peligro. Este último peligro es el característico de la tentativa [41, 43 ss., 46 ss., 83, 86 ss.]. Tras la redacción dada a la tentativa en 1995 (especialmente con la alusión al «peligro inherente al intento») (19) [48, 81], debe llegarse a la conclusión de que la tentativa inidónea, en contra de las teorías subjetivistas y de la peligrosidad objetiva *ex ante*, ha de quedar impune en nuestro derecho [137 ss.].— Comentando la SA-Zaragoza, de 24 de mayo 1996 (*vid. infra*), llega Serrano-Piedecosas Fernández a sostener [122 ss.] que, puesto que el alcance del arma con la que se intentó matar era muy inferior a la distancia a la que se encontraba la víctima, hizo bien el tribunal en considerar impune el comportamiento, bastando con la punición por tenencia ilícita de armas.— Serrano-Piedecosas Fernández dedica todo un apartado [140 ss.] a demostrar que su tesis no supone desprotección de los bienes jurídicos, dado que la peligrosidad real para el bien jurídico permite incluir ya los casos más relevantes, que no deben quedar impunes.

---

(17) José Ramón SERRANO-PIEDECASAS FERNÁNDEZ, *Fundamentación objetiva del injusto de la tentativa en el Código Penal*, Anuario de Derecho penal y Ciencias penales, 1998, pp. 35 ss.

(18) Ignacio BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE/Luis ARROYO ZAPATERO/Nicolás GARCÍA RIVAS/Juan Carlos FERRÉ OLIVÉ/José Ramón SERRANO PIEDECASAS, *Lecciones de Derecho penal*, Parte general, 2ª ed., 1999, pp. 276 ss.

(19) *Vid. supra* nota 1: (art. 62).

5. La mejor crítica al pensamiento de Serrano-Piedecasas Fernández sobre el fundamento de la tentativa la ha hecho Demetrio Crespo (20). Por varias razones. En primer lugar porque pese a partir [22] de la misma concepción del injusto que Serrano-Piedecasas Fernández y Arroyo Zapatero/Berdugo Gómez de la Torre, y la muy parecida de Quintero Olivares, reconociendo en ella una doble componente de disvalor-acción y disvalor-resultado, pone en duda que no pueda haber ningún supuesto de tentativa sin disvalor-resultado (peligro concreto) [49, 51 s.], y lo hace, certeramente, a través de alguno de los casos de tentativa propuestos por Serrano-Piedecasas Fernández (la víctima que sabe va a ser objeto de un disparo a matar se esconde en el armario, el arma se encasquilla, la obesidad de la víctima impide que el cuchillo afecte a un órgano vital, la dosis de veneno resulta insuficiente dada la vitalidad de la víctima, etc.) en los que sin embargo difícilmente puede verse peligro alguno *ex post*. Y, en segundo lugar, es particularmente afortunada la concepción crítica de Demetrio Crespo porque no dramatiza sino que concilia, reduciendo al mínimo la preponderancia entre los aspectos *ex ante* y *ex post* en la materia, sin desvirtuarlos. Además, en tercer lugar, según él, el reconocimiento de algunas tentativas sin disvalor-resultado no amplía desmesuradamente la punición (el fantasma de los objetivistas) y siempre cabe recortar el ámbito de la tentativa a algunos grupos de delitos particularmente graves [57].

6. Quintero Olivares (21), distingue entre tentativa inidónea (lo que en terminología de Struensee constituiría causalidad putativa) y delito imposible o inidoneidad del objeto por inexistencia previa, para, a continuación descartar tanto la tentativa absolutamente inidónea como la absolutamente imposible, esta última por ausencia del disvalor-resultado constitutivo del injusto; celebrando lo que para él es un acierto del CP 1995, que, al derogar el artículo 52 a.r., deja impune ambas figuras: delito imposible y tentativa inidónea, si bien el hecho de que toda tentativa evidencia que en cierta medida el objeto o el medio elegidos han sido inidóneos, celebra poder partir de su impunidad inicial, compatible con admitir que algunas tentativas inidóneas quepan en la fórmula del artículo 16 n.r.— En suma, al parecer de Quintero Olivares, es necesario para la punibilidad por tentativa que la

---

(20) Eduardo DEMETRIO CRESPO, *La tentativa en la autoría mediata y en la actio libera in causa. Una contribución al estudio del fundamento de punición y comienzo de la tentativa*, 2003.

(21) Gonzalo QUINTERO OLIVARES, *Manual de Derecho Penal*, Parte general, 3ª ed., 2002, pp. 602 ss.

acción no sea «absolutamente ajena a la órbita del tipo»; con lo que se confirma la vía adecuada de solución del problema de la tentativa en estos casos: la acción que según el tipo no es que no sea ajena sino que es la adecuada incluso en términos restrictivos por la vocación del derecho penal a no intervenir es la que por *experiencia general* acarreará el resultado.

## B) Teorías de la peligrosidad objetiva *ex ante* desde una perspectiva interpersonal

### a) Teorías que, además, otorgan relevancia fundamentadora del injusto a la peligrosidad *ex post*

1. Baldó Lavilla (22), abundando en el concepto de injusto y de tentativa propuesto por su maestro Mir Puig, que defiende una concepción del injusto y de la tentativa basada en lo que denomina «consideración *ex ante*» (= peligrosidad de la acción para el observador objetivo, además del autor, aunque después, *ex post*, se demuestre la no peligrosidad) (23), entiende que el disparo al bulto de la cama es una tentativa inidónea, pero punible [118]. Es inidónea, porque, comprobada *ex post*, conforme a las leyes científicas conocidas (leyes científicas = parte integrante del tipo con independencia de lo que piense el observador objetivo), nunca pudo acabar con la vida de un cadáver. Pero es punible porque el observador objetivo *ex ante*, en el lugar del autor, con sus conocimientos y desconocimientos, no habría excluido tal peligrosidad, debido a que el objetivo sobre el que se dispara podría ser una persona viva, encontrándose el autor en un error sobre el tipo al revés inevitable = creencia fundada en la peligrosidad [119].

2. Esta argumentación es correcta en la conclusión, pero no en su fundamento. Es lo primero porque, ciertamente, quien es consciente, llámese autor, llámese observador objetivo en su situación, de que una determinada acción es el medio apto para causar un resultado desaprobado por el derecho, en ausencia de mejores conocimientos (¡lo que ya sería situación distinta!), debe abstenerse inmediatamente de acometerlo. Es lo segundo, porque la imputación (a título de tentativa de lo que nunca pudo causar el resultado por presencia de una circunstancia preexistente incluso al comienzo de la actuación) no se basa en la

---

(22) FRANCISCO BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, pp. 114 ss.

(23) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 29.

no exclusión del peligro de lesión inevitable, sino en la puesta en marcha de un nexo causal apto, conforme a las leyes causales generales, para producir el resultado, como se deduce directamente, sin necesidad de la ayuda del observador objetivo, que nada aporta a la tentativa, salvo excluir a la tentativa irreal si no la excluyese ya la propia redacción del precepto definidor de la tentativa en el CP español.

3. Por eso, es más sencilla y coherente la tesis que, desde la misma perspectiva, defiende Farré Trepát (24), que considera que el disparo al bulto de la cama, pese a su comprobación *ex post* como no peligrosa, constituye *ex ante* una tentativa idónea por la presencia del peligro (para la autora sólo la tentativa irreal constituiría una tentativa inidónea), y ello puesto que también el observador objetivo se habría representado la peligrosidad (lo que no ocurre con la tentativa irreal); cifrando, pues, el injusto de la tentativa en las representaciones subjetivas del autor, que son las del observador objetivo [275].

4. Más recientemente, siguiendo también la «consideración *ex ante*» de Mir Puig, Silva Sánchez (25), ha hecho un esfuerzo (fallido) de superación del hiato, insalvable, entre la perspectiva *ex ante*, de la que parte, con su correspondiente concepto de peligrosidad, y la perspectiva *ex post*, con su correspondiente concepto, distinto al anterior, de peligrosidad (= resultado) [125]. Para ello, prescindiendo de la distinción entre errores nomológicos y ontológicos [127], por entender que los errores ontológicos pueden tener su origen en defectos de la capacidad estimativa del sujeto, quiere sustituir la dicotomía real-putativo por la dicotomía «más putativo» = irreal y «menos putativo» = real, mediante el criterio del consenso social, menor o mayor, acerca de lo real = peligroso.— Conforme a tales premisas, concibe cuatro formas de tentativa [128 ss.]: 1. Tentativa *ex ante* peligrosa para todos, y *ex post* también, salvo para el muy experto (= muy consciente de hechos y leyes en el caso concreto). 2. Tentativa *ex ante* peligrosa para el autor y para el hombre medio en su lugar, pero no para el muy experto (en general). 3. Tentativa *ex ante* no peligrosa incluso para el hombre medio, y sí sólo para hombres con «configuración cognitivo-emocional inferior a la media». 4. Tentativa irreal: Sólo quien comparta una visión aberrante del mundo, como el autor, la estimará peligrosa. De ellas,

---

(24) Elena FARRÉ TREPAT, Consideraciones dogmáticas y de *lege ferenda* en torno a la punición de la tentativa inidónea, en: Estudios de Derecho penal y Criminología en homenaje al Profesor José María Rodríguez Devesa (ed. Alfonso SERRANO GÓMEZ), tomo I, 1989, pp. 259 ss.

(25) Jesús María SILVA SÁNCHEZ, La regulación del *iter criminis*, en: SILVA SÁNCHEZ, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 121 ss.

Silva Sánchez sólo considera constitutivas de auténticas tentativas a las del primer grupo, en tanto que las del segundo y el tercero lo serían por extensión (seguridad de los bienes jurídicos) [131].

5. Para poder llevar a cabo el experimento de Silva Sánchez: por qué en la genuina tentativa todos estarían de acuerdo en que no se sabe por qué no se ha producido el resultado [128], que es un criterio válido, entre otros, para determinar la pena de la tentativa en el artículo 62 (*vid. infra*), es imprescindible que se afirme previamente (*ex ante*) que algo, por lo general, es adecuado para causar el resultado, y sólo después susceptible de prueba de la no peligrosidad en el caso. Luego, por lo tanto, el criterio no sirve para proporcionar un concepto de tentativa.— Por lo demás, tampoco es afortunada la idea de prescindir de la distinción error de hecho-error nomológico, y menos los ejemplos aducidos para ilustrarlo. El paranoico que confunde a un árbol con su enemigo, o quien presa de los nervios cree que va a ser atacado, no dejan de responder si disparan contra un árbol creyendo que es un hombre por no haber realizado el tipo de tentativa de homicidio, sino por el estado en que se hallan (culpabilidad). Quien se encuentra en tal situación sufre un error de hecho, no nomológico, como no lo sufre quien, en la noche, cree que tiene en frente a su enemigo, tratándose de un árbol. Todos ellos lesionan la norma del homicidio, cometiendo tentativa. La persona miope que apunta en la dirección inadecuada comete tentativa (como la persona ciega que dispara en la dirección de donde proceden las voces que resultan ser una grabación magnética, circunstancia ignorada por él), y, al igual que la persona que observa un palo parcialmente introducido en el agua, lo percibe doblado pero puede corregir su percepción por saber que sólo se trata de un efecto óptico, puede aquél corregir la puntería contando con su defecto óptico.

6. Molina Fernández (26), que encuentra en la imposibilidad de distinguir nítidamente entre antijuricidad y culpabilidad la necesidad de punir la tentativa desde una consideración, además, *ex ante* entiende, no obstante, que puesto que el peligro, subjetivo además de *ex ante*, dado que no se puede prescindir de la perspectiva del autor, puede ser de mayor o menor grado, no puede ser establecido en el tipo para todos los casos en que el autor asigne un peligro a la acción que emprende, debiéndose establecer el grado de peligro inherente al intento necesario para poder hablar de tentativa punible; lo que Molina Fernández consigue utilizando el criterio de Mir Puig sobre la intersubjetividad, criterio que, además, le permite a Molina Fernández excluir la

---

(26) Fernando MOLINA FERNÁNDEZ, *Antijuricidad penal y sistema del delito*, 2001, pp. 641 s. y 679 s.

punición de la tentativa irreal y el delito putativo.— Sólo la tentativa de algo que para un observador objetivo medio en lugar del autor constituirá un peligro de que sobrevenga el resultado será tentativa idónea. Al respecto, Molina Fernández construye el siguiente ejemplo [830]: De la misma manera que quien ha creído disparar sobre una pieza de caza y ha alcanzado a otro cazador en una situación en la que el observador objetivo habría evitado el error, actúa imprudentemente (en error evitable sobre la lesión), quien ha creído disparar sobre una persona y ha alcanzado a una pieza de caza en una situación en la que un observador objetivo habría apreciado la imposibilidad del proyecto *ex ante*, lleva a cabo una tentativa impune por irreal.— Esto es así, según Molina Fernández, porque si alguien ha creído matar a una persona a la que ha confundido con un animal allí donde cualquiera habría percibido que se trataba de un animal y no de una persona, ha sido porque su atolondramiento fue tan grande que él mismo pudo darse cuenta de que el peligro que está creando es muy pequeño, muy remoto (no ha comprobado suficientemente que se trata de un hombre y no de un animal).— Por otra parte, aunque, en puridad, al parecer de Molina Fernández, no se puede distinguir entre error sobre el tipo y error de prohibición [836], a lo que no es ajeno (y consecuentemente en este autor, a diferencia de otros autores que sostienen lo mismo) que no admite la distinción última entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, sostiene Molina Fernández que incluso en los casos de las normas secundarias, donde no hay conocimiento de lo prohibido sin conocer la prohibición, es más difícil que el autor yerre sobre el disvalor social del hecho, por el aprendizaje social, a que yerre sobre su desaprobación jurídica, lo que puede justificar dejar impune el segundo caso antes que el primero [837].

7. A Molina Fernández hay que contraponerle (de forma semejante a como se hizo con Silva Sánchez) que por muy importante que sea la figura del observador objetivo en lugar del autor para calibrar si sus intentos son peligrosos, antes de eso, hay que establecer un modelo, a la medida de quien actúa en cualquier situación, para poder decir que ha querido (y creído actuando así) crear el peligro al que llamar tentativa. Siendo ésta una de las consecuencias lógicas de la premisa, acertadamente destacada por Molina Fernández en numerosos pasajes de su magna obra, según la cual no se puede prescindir inicialmente de la perspectiva del autor. Situados en esta tesitura, el experimento de Molina Fernández, que puede ser válido en la imprudencia (un amplio sector doctrinal lo maneja: infracción del deber de cuidado objetivo), no sirve para la tentativa; por la sencilla razón de que hay errores del autor que también cometería el observador objetivo. Si Molina Fer-

nández aceptara realmente la diferencia entre errores ontológicos y nomológicos, tendría que llegar a la conclusión de que los errores ontológicos cometidos por el autor también los cometería el observador objetivo; prueba de ello es la cantidad de imprudencias de hecho en las que cualquiera en cualquier momento dado puede incidir. Otra cosa ocurre con los errores nomológicos; sin que ello minimice la dificultad de la distinción (sólo que no debe prescindirse de la misma): *vid. infra*.— Por todo ello, la tentativa irreal casi nunca ofrece problemas: por las mismas razones que el hombre normalmente socializado yerra menos sobre el disvalor social del hecho que sobre la desvalorización jurídica, incluso en caso de normas secundarias, como bien dice Molina Fernández. Por su parte los casos de inidoneidad absoluta (caso que se puedan distinguir de la tentativa irreal) y relativa son los más interesantes y difíciles, precisamente por estar a caballo entre el error ontológico y el error nomológico. Finalmente, tiene que haber casos, los genuinos de tentativa imposible, que sólo contienen errores ontológicos, que no pueden quedar impunes bajo ningún concepto; citando, si se quiere, la fórmula de Molina Fernández: ¡porque cualquiera, también el observador objetivo habría incidido en el mismo error!

8. Alcácer Guirao (27), que parte: 1) de la contraposición de un modelo de Derecho penal basado en la lesión del bien jurídico a la teoría de Jakobs, de la lesión de la confianza en la vigencia de la norma jurídica [326 ss., 350 ss.], 2) de la premisa acuñada por Mir Puig, del observador objetivo *ex ante* que adopta una posición interpersonal y debe estimar la peligrosidad de la acción para que sobrevenga la lesión del bien jurídico [215 ss., 220 s., 322 s.] y 3) de que el injusto lo fundamentan un disvalor-acción y un disvalor-resultado [383 ss.], entiende que el juicio de peligrosidad del observador objetivo *ex ante* es presupuesto mínimo para que haya injusto de tentativa (al que puede sumársele la peligrosidad *ex post*, en cuyo caso el injusto es más grave, pero no se contradice con el mínimo de la tentativa basado en la peligrosidad *ex ante*) [357, 364, 457, ss.], negándose a considerar de tentativa cualquier otro caso que vaya más allá de los casos claros de peligrosidad objetiva *ex ante* para el ciudadano medio, con exclusión expresa de otros casos, para él todos subjetivistas, que se basen en conocimientos inferiores, ni siquiera como extensión de la responsabilidad por tentativa al estilo de Silva Sánchez [365], volviendo a traer a colación (por su semejanza) el caso Thyren [473], del que ya había dicho que no es delito consumado, caso de producirse el resul-

---

(27) Rafael ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del ilícito*, 2000.

tado (28), ni de tentativa, caso de no producirse, porque el observador objetivo habría considerado improbable la causación.

9. Si reducimos a un par de cuestiones básicas los muchos razonamientos brillantes que Alcácer Guirao utiliza para defender su tesis sobre el fundamento de la tentativa, nos encontramos con lo siguiente: 1. El autor dice muy claramente que para él, el injusto en un Derecho penal protector de bienes jurídicos tiene dos componentes esenciales, el disvalor-acción y el disvalor resultado. Ahora bien, puesto que la protección de los bienes jurídicos no puede limitarse a aquellos casos en que está presente el disvalor-resultado, está bien y justifica las regulaciones de derecho positivo que, excepcionalmente, caso de la tentativa, se contemple injusto sin disvalor-resultado, sin que se pueda ver en ello contradicción alguna. Pero lo que se puede afirmar desde sus premisas, exactamente lo mismo, es imperdonable que lo puedan decir otras teorías que, partiendo como él de que los derechos positivos conocen casos de sólo disvalor-acción, lo que siempre ha de estar presente para que haya injusto ha de ser el disvalor-acción. 2. Admitiendo Alcácer Guirao casos de punibilidad sin peligrosidad *ex post*, considere, no obstante, que es un error tener en cuenta la peligrosidad *ex ante* en el momento en que actúa el autor, no cualquier otro [*vid.* también 169 ss.], y tener en cuenta, por supuesto, la representación subjetiva del autor, por muy semejante que sea a la que otro habría tenido en su lugar [*vid.* también 215 ss.]. Y, puesto que según él, el de peligro es un concepto elástico y adaptable al fin del derecho penal [*vid.* también 198 ss.], entiende que, en cualquier caso, se puede negar el peligro si no sirve al fin preventivo, por no ser muy elevado el peligro (caso Thyren) (de ahí que critique a su mentor, Mir Puig que, intentando superar la cesura insuperable entre disvalor-acción y disvalor-resultado, peligro *ex ante* y peligro *ex post*, ha concebido recientemente a la tentativa inidónea como un delito de peligro abstracto) (29) [231 ss.].

Refundiendo las anteriores premisas que resumen el pensamiento de Alcácer Guirao, cabe decir: 1. Por mucha flexibilidad que se le asigne al concepto de peligro en Derecho penal, que la tiene, en cuanto al momento de su constatación, grado a partir del cual considerarlo relevante para los fines del Derecho penal y quién deba enjuiciarlo, cuando hablamos de peligro *ex ante* todos, incluido Mir Puig, menos al parecer Alcácer Guirao, nos referimos al momento anterior a la eje-

---

(28) Sobre esta construcción de ALCÁCER GUIRAO *vid.* críticamente CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 251.

(29) Santiago MIR PUIG, *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*, Revista jurídica de Cataluña, 2001, pp. 691 ss.; PG<sup>7</sup>, pp. 354 s.

cución completa de la acción del autor, no después, aunque con independencia del resultado, y cuando hablamos de peligro *ex post* nos referimos a que la producción del resultado evidencia que hubo peligro. 2. Por muy objetivo que sea el juicio de peligro, y con independencia de quien lo emita: el observador objetivo, la comunidad científica, etc., los conocimientos o desconocimientos del autor en el momento de actuar jugarán un papel decisivo (perspectiva del autor). 3. Luego, por tanto, *ex ante* sólo cabe disvalor-acción, otra manifestación del primado del disvalor-acción frente al disvalor-resultado, consistente en la creación de un peligro conforme a las circunstancias existentes y conocidas entonces, a juicio del observador objetivo y del autor conforme al saber científico acuñado. La prevención de ese peligro para el bien jurídico puede fundamentar la punibilidad, que, ciertamente, se puede considerar insignificante para las necesidades de protección. Pero que no cabe la simplificación que pretende Alcácer Guirao lo prueba el caso Thyren. Nadie puede seguirle, a pesar de que es verdad, como él dice, que el peligro fue muy pequeño. Y, sin embargo, cuando se persiguió dolosamente no quedará impune: delito consumado o tentativa (30). Luego no es válido su concepto, aunque sí defendible. Lo cuestionable es que pretende haber demostrado que el único concepto válido de peligro es el defendido por él.

10. A pesar de denominar a su concepción del injusto como concepción subjetiva, inspirada en una determinada interpretación de la escuela de Bonn, concretamente Armin Kaufmann, a quien recurre constantemente, Sancinetti (31) no defiende una teoría subjetiva de la tentativa. Sólo la representación subjetiva errónea (imprudencia invertida) en la que puede caer también un «hombre razonable», que impide pueda hablarse de «burda insensatez» [177 ss.], puede constituir tentativa inidónea relativa (punible) y no tentativa irrisoria (impune) porque ya en algún aspecto es irracional [209].— En realidad, el supuesto subjetivismo de Sancinetti sólo se basa en que: 1) excluye al disvalor-resultado, manifestación de la responsabilidad por el resultado atávica, en la fundamentación del injusto; 2) asigna una importancia decisiva a la pérdida de control por parte del sujeto del curso causal que pone en marcha o tentativa acabada (*vid. infra*), lo que también es una forma de objetivismo (¡también el azar puede determinar que el intento se frustre antes!). Sancinetti es un «falso» subjetivista.

---

(30) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, CDJ, VII, 2005, p. 28.

(31) Marcelo S. SANCINETTI, Fundamentación subjetiva del ilícito y desistimiento de la tentativa. A la vez una investigación sobre la fundamentación del ilícito en Jakobs, 1993.

b) *Teorías que se conforman con esa peligrosidad para fundamentar el injusto*

1. En el mismo sentido que Farré Trepas, como la propia autora reconoce, Moreno-Torres Herrera (32), partiendo de la teoría de las normas [35 ss.] y de los posibles componentes del injusto (disvalor-acción y disvalor-resultado) [51 ss.], entiende que el fundamento de la tentativa, que es el mismo del injusto sin más, se basa sólo en el disvalor-acción, con exclusión del disvalor-resultado, que sólo lo gradúa; disvalor-acción que, a su vez, tiene una componente subjetiva (que a la postre se reduce al dolo) [97] y una parte objetiva, que, en el sentido de Mir Puig, evite el subjetivismo, consistiendo, al igual una vez más que en Mir Puig, en la peligrosidad objetiva *ex ante* para un observador medio en lugar del autor y con sus conocimientos [94 s., 95 ss., 98 ss.] o «peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción», a distinguir de la peligrosidad (o no peligrosidad) para el bien jurídico de la tentativa (tentativa idónea o tentativa inidónea), sólo comprobable *ex post*, pero irrelevante para el injusto (también el de la tentativa) [124 ss.], razón por la cual no hay diferencias entre tentativa idónea e inidónea en el plano del injusto, que es el mismo en ambas: peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción, común a ambas [143]. Ese juicio de peligrosidad objetiva *ex ante* de la acción lo emite el observador objetivo que evite los posibles despropósitos que lleven a alguien a imaginar que puede lesionar el bien jurídico [146], pero que, a la vez, no es omnisciente [161], que no sufre errores ontológicos burdos (Moreno-Torres Herrera no acepta la distinción de Struensee entre errores ontológicos y errores nomológicos) [161 ss.] y que emite un juicio de cierta peligrosidad, pues la insignificante no es suficiente. Moreno-Torres Herrera califica a su teoría, en mi terminología, como subjetivo-objetiva [235 ss., 335 ss.].— A Moreno-Torres Herrera puede objetársele lo mismo que a Molina Fernández: 1) Que el observador objetivo sólo puede corregir el concepto de tentativa, que ha de ser previo; 2) Que para distinguir dentro de ese concepto de tentativa, a elaborar dogmáticamente, entre los casos de punibilidad e impunidad, hay que acudir a la distinción error ontológico-error nomológico, clave en algunos casos (*vid. infra*).

2. Muñoz Lorente (33), siguiendo a su maestro Gómez Benítez (34), que ya había defendido una tesis original sobre la relación

---

(32) M.<sup>a</sup> Rosa MORENO-TORRES HERRERA, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999.

(33) José MUÑOZ LORENTE, *La tentativa inidónea y el Código penal de 1995*, 2003, p. 227.

(34) José Manuel GÓMEZ BENÍTEZ, *El ejercicio legítimo del cargo (Discrecionalidad administrativa y error en Derecho penal)*, 1980, pp. 147 ss.; La realización

disvalor acción disvalor-resultado, según la cual, en contra de lo que dicen las teorías dualistas, el disvalor-resultado no es un añadido al disvalor-acción sino «la realización del peligro implícito en el desvalor de la acción (*nota bene*)», entiende [211 ss.] que «el injusto primigenio y básico» lo constituye la tentativa inidónea [215], «suficiente para que haya injusto, «por su capacidad (*ex ante*) de resultado» pese a carecer de «poder para poner en peligro real y concreto bienes jurídicos» –de ahí que esta teoría sea tildada de subjetivista = primado del disvalor-acción que, él sólo, ya puede fundamentar el injusto, lo que otras teorías (las dualistas) niegan– lo que no es obstáculo (ésta es su peculiaridad) para que Muñoz Lorente, siguiendo a Gómez Benítez, considere que cuando además de la capacidad de resultado *ex ante*, se añade el peligro real (tentativa idónea) y la lesión (delito consumado) conectados con el inicial disvalor-acción, en tanto que la tentativa irreal se excluye por la ausencia del mero disvalor-acción, el injusto aumenta, lo que explica la diferencia de pena entre las tres categorías [228]. Gómez Benítez y Muñoz Lorente no conciben, pues, un disvalor-resultado separado del disvalor-acción.– Muñoz Lorente, de otra parte, que considera, impropriamente por lo demás, subjetivista a la tesis de Gracia Martín (*vid. infra*), dado que por poner el acento de la fundamentación de la tentativa en el sujeto, tan de tentativa es la tentativa imposible como la irrisoria, siendo así que la perspectiva del sujeto no obliga a equiparar tentativa imposible y tentativa irrisoria, le reprocha, ahora sí con razón, que pretenda distinguir *ex ante* entre tentativa peligrosa (= idónea) y tentativa no peligrosa (= inidónea), dado que *ex ante* todas las tentativas son idóneas, lo cual es correcto [30 ss.]. De la misma manera, continúa este autor, siendo válida la perspectiva intersubjetiva *ex ante* de Mir Puig, que él comparte, lo que hace de su teoría una teoría objetiva, frente a la subjetiva, en la que él engloba a todos los finalistas, por la razón antes dicha, le reprocha al mismo Mir Puig, muy acertadamente también, que pretenda resolver el problema de la tentativa idónea desde una perspectiva *ex post*, y que convierta, como recientemente ha hecho, a la tentativa inidónea en delito de peligro abstracto, con lo cual acaba dándole la razón a los «subjetivistas» [61 ss., 65] (no se explica, por lo demás, por qué entiende Muñoz Lorente que mientras que el conocimiento del hombre medio remite a una consideración *ex ante*: correcto, el subjetivo especial del autor lo haga a uno *ex post*: 69: incorrecto).– Lo único que

---

del peligro en el resultado y la imputación al dolo en las desviaciones causales, en: Enrique GIMBERNAT ORDEIG y otros (eds.), Omisión e imputación objetiva en Derecho penal, 1994, pp. 91 ss.

ocurre es que la vía de salida al dilema de la consideración *ex ante/ex post* para la fundamentación de la tentativa inidónea, que no es otro que el de cómo entender la peligrosidad, aspecto, éste, en el que los defensores de la peligrosidad *ex post* lo que no quieren reconocer es que en la tentativa no hay peligrosidad de esa índole, y que lleva a Mir Puig a un callejón sin salida: por no querer reconocer que en la tentativa sólo hay peligrosidad *ex ante*, no jugando papel alguno el disvalor-resultado, lo que le ha llevado a intentar salvar el hiato insalvable entre consideración *ex ante* y consideración *ex post* en experimentos siempre fallidos, lo intenta resolver Muñoz Lorente [34 ss., 155, 211 ss.], siguiendo a su maestro Gomez Benítez, y partiendo de una peculiar concepción del disvalor-resultado como complemento del disvalor-acción, haciendo que el disvalor-resultado, si se produce (*ex post*) es porque ya estaba implícito y es plasmación del disvalor-acción (*post hoc ergo propter hoc*), es decir, mediante una falacia.– Reténgase, sin embargo, lo importante: *ex ante*, toda tentativa es idónea, salvo la irreal, que nadie la considera idónea.

### C) Teorías de la peligrosidad objetiva «ex ante» desde la perspectiva del autor

1. Para Gracia Martín (35), que comparte el concepto de tentativa de Cerezo Mir, quien admite, junto al injusto pleno (disvalor-acción más disvalor-resultado = delito consumado), la posibilidad de un injusto basado «sólo» en el disvalor-acción, caso de la tentativa, incluida la *ex ante* no peligrosa o inidónea, por no serlo para el observador objetivo en lugar del autor (36), tan de tentativa es la tentativa idónea, que lo es por su peligrosidad *ex ante*, como la tentativa inidónea, caracterizada, a diferencia de la anterior, por su no peligrosidad, también apreciada *ex ante* [353], estribando el fundamento de punición de esta última en que se basa en «una errónea representación de los datos ontológicos» pero con sentido social típico [351]. Gracia Martín descarta determinar la inidoneidad con criterios obtenidos *ex post* [352]: para él, p.ej., el disparo al hombre que después se ha sabido era sólo un bulto, es un supuesto de tentativa idónea, para lo que basta situarse en la perspectiva *ex ante*.

---

(35) LUIS GRACIA MARTÍN, Política criminal y Dogmática jurídico penal del proceso de reforma penal en España (II), Actualidad penal, 18, 1994, pp. 345 ss.

(36) Sobre la concepción del injusto y la tentativa de este autor *vid.* CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 30.

2. En la misma línea se pronuncia Sola Reche (37) para quien el prototipo de la tentativa (idónea) lo proporciona la tentativa *ex ante* peligrosa, que lo es porque el autor, y el observador objetivo en su lugar, sin conocimiento de lo que ocurrirá después, la consideran capaz de causar el resultado [178]; mientras que la tentativa inidónea lo es la tentativa *ex ante* no peligrosa, porque el observador objetivo, a diferencia del autor, no la considera capaz de producir el resultado. P. ej.: Querer matar apuntando a mucha distancia de la víctima, a un maniquí, etc. [185]. Para Sola Reche, tanto la tentativa idónea como la inidónea pertenecen al concepto de tentativa del artículo 16 [196].

3. La argumentación de Gracia Martín y Sola Reche, como la de Cerezo Mir, de quien ambos parten, se debe compartir. *Ex ante* y desde las representaciones subjetivas del autor, tanto la tentativa idónea como inidónea encajan en el concepto de tentativa. Lo que, en cambio, no convence es la distinción que tratan de establecer entre tentativa *ex ante* peligrosa y *ex ante* no peligrosa, entre las representaciones subjetivas del autor y las del observador objetivo, que no sufra el error de hecho del autor y, por tanto, está situado ante un hecho distinto al que se enjuicia. Para que el experimento funcione, el observador objetivo *ex ante* debe situarse en la posición del autor, es decir, con sus mismos conocimientos y desconocimientos. A esa luz, disparar al bulto de la cama es un supuesto de tentativa idónea tan claro como disparar a lo que parece una persona tratándose de un maniquí o disparar en la dirección que se cree correcta tratándose de una persona miope. Todos ellos son errores de hecho que no excluyen la tentativa. Sólo mediante una consideración *ex post* resulta posible distinguir entre tentativa idónea e inidónea, peligrosa o no peligrosa en tal sentido, con independencia de que, entonces sí, se compruebe que la falta de peligrosidad preexistía incluso al momento de acometer la tentativa. Los de «tentativa *ex ante* peligrosa» son, pues, términos redundantes (podemos añadir: y los de «tentativa *ex ante* no peligrosa» contradictorios). El comportamiento típico es ya peligroso. Sólo el comportamiento peligroso, que lo es por la representación por parte del autor de circunstancias capaces de causar el resultado conforme a las leyes causales conocidas, realiza el tipo delictivo. No existe un peligro «*ex ante*» a añadir a y a comprobar junto a la realización del peligro (general) típico.

4. Detrás de la construcción de la escuela de Zaragoza está su concepción sobre la *peligrosidad de la acción*, según la cual puesto que *ex ante* sólo se encuentra la perspectiva del autor, basta la repre-

---

(37) Esteban SOLA RECHE, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, 1996.

sentación subjetiva sobre la peligrosidad para que, al menos durante un instante, se constituya un injusto de índole subjetivista, que sus defensores se apresuran a corregir inmediatamente con el criterio del hombre medio en su lugar (y con la ayuda de la distinción entre errores ontológicos y nomológicos), y explica tanto el hecho de que se le haya reprochado que no distinguen entre tentativa imposible y delito putativo (38), como que se defienda diciendo que a la postre coinciden en las conclusiones a que llega Mir Puig y su escuela (39).— En realidad, se puede construir inicialmente el injusto circunscribiéndolo a la representación subjetiva de un curso causal objetivo científicamente adecuado, con lo que se supera la falsa dicotomía objetivo-subjetivo que alienta la discusión sobre la tentativa en España, con lo que se evidencia que: 1) no es necesario ni posible concebir un injusto de manera puramente objetiva, y 2) no hay que corregir la representación subjetiva del autor con la representación de ningún otro en su lugar.

#### D) Teorías de la peligrosidad subjetiva

1. Una *teoría subjetiva* de la tentativa lo es aquella que da por válida cualquier representación del autor mediante la cual cree posible causar el resultado. Arrancando de la definición legal de tentativa del StGB alemán, que parece conformarse con eso (debido a la exclusión sólo facultativa de la punibilidad de la denominada tentativa «burdamente insensata»), muchos autores alemanes, defensores por lo demás de una concepción objetiva del injusto, intentan recortar su ámbito precisamente con criterios objetivos que apelan a las representaciones del observador objetivo, que (¡siendo también subjetivas!) devendrían decisivas.

2. Armin Kaufmann (40), incluso, fundamenta la concepción subjetiva de la tentativa en que la resolución de cometer un delito y la exteriorización de esa voluntad (inidónea) revelan que la próxima vez ese sujeto escogerá un medio idóneo, por lo que debe prevenirse su conducta [169 s.].

3. Aparte de que caben otras formas de regular la tentativa distinta a la del StGB alemán —Struensee (41), incluso, ha tratado de recor-

---

(38) Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa inidónea*, pp. 11 s.

(39) GRACIA MARTÍN, El «iter criminis» en el Código penal español de 1995, Cuadernos de Derecho judicial, XVII, 1996, pp. 259 ss. y 273 s.

(40) Armin KAUFMANN, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal* (trad. de Leopoldo H. SCHIFFRIN), *Doctrina penal*, 4, 1975, pp. 159 ss.

(41) Eberhard STRUENSEE, *Dolo de causar y causalidad putativa* (trad. de JOSÉ LUIS SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), ADP, 1990, pp. 933 ss. y 956 ss.

tar la interpretación del StGB de forma bastante convincente y viable (*vid. infra*)—, como demuestra el CP español, que bajo ningún concepto permite albergar una noción subjetiva de la tentativa, tampoco se puede decir que haya querido matar quien no se ha representado un medio idóneo para matar. Los medios idóneos para matar forman parte del tipo de homicidio del artículo 138 y los establece la ciencia mediante leyes causales. No hay ninguna necesidad de prevenir lo que no se ajusta a las leyes causales; cuestión distinta (*vid. infra*) es la de qué ocurre con conocimientos nomológicos colindantes con los de las leyes causales.

#### E) **La teoría del ataque a la vigencia de la norma común al delito consumado y la tentativa de Jakobs y su escuela**

A efectos de lo que se trata, *expresar* con el injusto la infidelidad al ordenamiento jurídico, para Jakobs (42), tan pleno injusto es el delito consumado como la tentativa. La tentativa es la errónea planificación de una lesión debido a la libertad de que dispone el sujeto de cara a la elección de la vía para la lesión del bien jurídico. Ahora bien, cuándo la errónea planificación es relevante penalmente (delito putativo) y cuándo no (tentativa) se decide con criterio objetivo, lo que hace que p. ej. la tentativa (burdamente) supersticiosa carezca de relevancia comunicativa en un contexto determinado: en el sentido de que los demás vean condicionado por ella sus planificaciones. Más allá de la exclusión de la tentativa supersticiosa, es el relato de lo planificado lo que permite diferenciar entre una planificación relevante: voy a disparar en dirección a la víctima, y otra irrelevante: colocaré un imán en la pared con el que le causaré dolor de cabeza al vecino que escucha al otro lado; con lo que se amplía el ámbito de exclusión de la tentativa, salvo que, a su vez, el contexto permita introducir el caso en ella: en casa del envenenador irrisorio se ha encontrado un libro de plantas venenosas (o, incluso, excluirla: el autor del disparo acostumbra a dar bromas pesadas).

#### F) **Teorías dualistas**

Sobre todo entre aquellos que exigen en la tentativa peligro *ex post* (*vid. supra*), como consecuencia de su concepción objetivista del injusto,

---

(42) JAKOBS, *Estudios penales*, pp. 229 ss. (*vid. supra*).

y para salvar la existencia en los Códigos penales de regulaciones positivas que no excluyen, sino todo lo contrario, la llamada tentativa imposible, e, incluso, porque se dan cuenta de la desprotección en que se puede dejar al bien jurídico en caso contrario, algunos autores sostienen que hay dos grandes clases de tentativa: la idónea *ex post* y la inidónea, que se fundamentaría como una especie de delito de peligro abstracto contra la paz social. El ejemplo paradigmático de la ciencia penal española al respecto es el de Torío López (43), partiendo (*vid. ya supra*) de un modelo puramente objetivista de injusto. En cambio, hay otro modelo de concepción dualista de la tentativa, cuyo ejemplo paradigmático en la ciencia penal española es Bustos Ramírez (44), que partiendo de la concepción del injusto que se conforma con la puesta en peligro *real* para el bien jurídico (mientras que la tentativa inidónea se fundamentaría sólo subjetivamente), estima que, constatado el peligro real pero estando ausente el resultado, la responsabilidad será por tentativa (*idónea*); y, puesto que sería perjudicial para el bien jurídico dejar impune la tentativa inidónea (con exclusión sólo de la tentativa absolutamente inidónea o irreal), ve su fundamento de punición, separado del de la anterior tentativa o genuina tentativa, en un delito contra la seguridad de los bienes jurídicos.

## V. CONCLUSIÓN SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA

Detrás de toda discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa está la cuestión del fundamento del injusto. Es más, las auto-denominadas teorías objetivas de la tentativa, a las que se opondrían las teorías subjetivas, entre las que no dudan en colocar a la concepción finalista, representan un intento de salvar su propia pretensión de ver en todo injusto un disvalor-resultado exclusivo o todo lo más complementado por el disvalor-acción (con la excepción de Cerezo Mir y su escuela, que sí parten del disvalor-acción: ¡Hay al menos algún caso de responsabilidad penal pese a la ausencia del más mínimo disvalor-resultado!), confundiendo lastimosamente el disvalor-acción, a que tanta importancia le concede el *finalismo*, con la teoría subjetiva de la tentativa; y ello pese a haber procedido del *finalismo* el ataque

---

(43) TORÍO LÓPEZ, Reforma penal, pp. 169 ss.

(44) JUAN BUSTOS RAMÍREZ, Castigo o impunidad de la tentativa inidónea, en: BUSTOS RAMÍREZ, *Control social y Sistema penal*, 1987, pp. 309 ss.

más contundente a dicha concepción de la tentativa (sin duda que la interpretación de Armin Kaufmann ha podido propiciar en parte, sólo en parte, dicho equívoco).

En la tentativa no hay disvalor-resultado alguno, y, sin embargo, hay injusto. El *finalismo* explica mejor y más coherentemente que otras teorías el injusto y la tentativa, sin pérdida, por otro lado, de lo que se pretende por esas otras teorías con el disvalor-resultado, en el delito consumado, e incluso en el intentado (*vid. infra*).

La noción de tentativa de la doctrina del injusto personal garantiza: a) la relevancia que pueda tener el disvalor-resultado (a efectos de determinación de la pena) (*vid. infra*), b) un concepto unitario de injusto común al delito consumado e intentado (basado en el disvalor-acción) y c) una objetividad basada en las leyes causales (de validez general); lo que no hacen las restantes teorías; concretamente: la exclusión de la tentativa irreal (¡por vía del «observador objetivo», el «consenso social»: existen supersticiones colectivas!).

Si de poner etiquetas se trata, la teoría de la tentativa de la doctrina del injusto personal sería una teoría de la peligrosidad inherente a la acción típica (45).

## VI. LA SAP ZARAGOZA DE 24 DE MAYO 1996 COMO PIEDRA DE TOQUE DEL DEBATE DOCTRINAL SOBRE LA TENTATIVA (IMPOSIBLE)

Silva Sánchez (46), primero, y Gracia Martín (47), sobre todo, después, han tenido el acierto de llamar la atención sobre la SAZ de 24 de mayo 1996, que hubo de ocuparse de un caso de tentativa en el que

---

(45) No es necesario el circunloquio de CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I. Introducción, 5ª ed., 1996, p. 11, y, siguiéndole, SILVA SÁNCHEZ, *Cuestiones fundamentales*, pp. 138 s., que requieren peligrosidad de la acción además del dolo para fundamentar la objetividad de la tentativa, cuando ya la acción típica sólo la realiza una de esas características según el saber científico-natural, y que para lo único que sirve es para dar argumentos a tesis como la de Margarita MARTÍNEZ ESCAMILLA, *Las imputación objetiva del resultado*, 1992, p. 1.213, y Rafael ALCÁ CER GUIRAO, *El juicio de adecuación de la conducta. Consideraciones sobre la teoría de la imputación objetiva y sobre la tentativa*, ADP, 1996-II, pp. 473 ss. y 491 ss.; *vid.* al respecto, críticamente, CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 251.

(46) *Cuestiones fundamentales*, pp. 137 s.

(47) Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código Penal español de 1995 (Comentario a la SAP Zaragoza 24-05-96), *Revista de Derecho penal y Criminología*, 3, 1999, pp. 335 ss.

alguien quiso matar con un arma de fuego sumamente rudimentaria, tanto que a partir de los seis metros de distancia (la víctima estaba mucho más lejos) los proyectiles incluso sólo incidirían en el blanco de costado (o sea sin capacidad de atravesar la piel de un ser humano). La sentencia estimó inidoneidad absoluta para causar la muerte, por lo que no condenó por tentativa, conformándose con calificar los hechos de tenencia ilícita de armas (algo, como se comprenderá, kafkiano y con el sólo objeto de tranquilizar a la sociedad).

Más instructiva que la sentencia, que lo es por incidir en la idea, a la que es proclive una parte de la jurisprudencia española, de que la tentativa inidónea *ex post* ha dejado de ser punible en nuestro derecho después de 1995, son los comentarios doctrinales que ha suscitado, concretamente los de Gracia Martín, Silva Sánchez y Serrano-Piedecasas, incardinados todos ellos en diversas perspectivas de fundamentación de la tentativa, evidenciando las limitaciones de todas ellas frente a la que aquí se quiere defender.

Así, Gracia Martín, que, en el espíritu de la escuela de Zaragoza, no exige que además de la realización de una acción peligrosa ésta cree un peligro de lesión del bien jurídico (frente a la doctrina que lo exige con criterio, además *ex post* y frente a la propia SAZ, que se inspira en ella) [341, 342 ss.], sigue matizando su posición dentro de esa escuela, distanciándose ahora de Cerezo Mir [354], que extrae de la nueva regulación de la tentativa en 1995 la conclusión de que ha dejado impune la tentativa imposible (lamentando, ciertamente, la decisión legislativa), sosteniendo, Gracia Martín, que los actos que el autor se representó han de ser subsumibles en el tipo [345] (Gracia Martín prescinde ya de toda referencia a la peligrosidad de la acción, lo que no había hecho hasta ahora) [347 ss.], existan o no en la realidad: p. ej., disparo a un cadáver, estribando ahí la objetividad o sentido social típico a que apela el tipo, ése es el significado de la objetividad de que habla el artículo 16. 1, lo que hace compatible la tentativa inidónea con la regulación legal, frente a la interpretación ya aludida de Cerezo Mir, que entiende que el CP exige ahora que la acción, siempre, además de típica, sea peligrosa, lo que no ocurre con el caso Thyren (cualquier observador objetivo en lugar del autor se habría dado cuenta de que la distancia hacía muy improbable que el disparo alcanzara a la víctima), frente a lo que Gracia Martín quiere defender ahora siguiendo a Struensee [354 ss.], que tanto el caso Thyren como el de la SAZ son de tentativa, pues en ambos actuó el autor con los conocimientos de los que depende que la acción tenga el sentido típico requerido: En el caso Thyren, porque el autor se representó un curso causal adecuado aunque improbable, y en el caso de las SAZ, porque

el autor se representó una pistola preparada para disparar balas del calibre 22, desconociendo el mecanismo que lo hacía inviable a más de dos metros [352 s., 358 s.].

Silva Sánchez (48), por su parte, critica que la SAZ se basara en el criterio del peligro objetivo *ex post* (apelando al supuesto tenor literal de la nueva regulación de la tentativa en 1995); pero reconoce que, de acudirse a otro criterio *ex ante*, que apelara al experto en balística, al lego, etc., volvería a determinar una muy diversa gama de conclusiones sobre la punibilidad de la tentativa en este caso [138]; crítica que también es aplicable, podríamos decir, a sus criterios de distinción entre las tentativas (*vid supra*).

Serrano-Piedecasas (49), finalmente, simpatiza con la SAZ, que armoniza con su propia concepción de la tentativa, de creación de un peligro real de lesión del bien jurídico (*vid. supra*), lo que no ocurre en el caso. Aún así, es consciente de lo arriesgado de esta concepción de la tentativa, lo que en el caso le lleva a aferrarse, como la SAZ, al burdo expediente de la tenencia de armas.

Como muestra de la «confusión de lenguas» reinante en la materia, incluso dentro de la misma escuela, como ocurre con la de Zaragoza, recientemente Sola Reche (50) está de acuerdo con Cerezo Mir en que el legislador de 1995 ha dejado impune la tentativa inidónea (aunque discrepa, a su vez, de él en cuanto que 1) considera correcto lo que ha hecho el legislador, 2) estima que no alcanza la impunidad al caso Thyren, y 3) alcanza la impunidad de la conducta no peligrosa, p. ej.: disparar a tal distancia que es imposible acertar a la víctima, lo que ya podía derivarse de la regulación de la tentativa anterior a 1995), en contra de Gracia Martín, que defiende lo contrario [781 s.]. Pero, a su vez, en contra de Cerezo Mir, no considera (como acabamos de ver) de tentativa inidónea impune al caso Thyren, coincidiendo en la conclusión con Gracia Martín, que quiere lo mismo: la punición, pero no en el fundamento, porque al parecer de Sola Reche, Gracia Martín estima que en el caso Thyren no ha habido peligrosidad y pese a ello, contradiciéndose, da racionalidad al plan del autor [782 s.]. A su vez, respecto al caso de la SAZ, estima Sola Reche que, salvo que se hubiera constatado que, por la manipulación del arma, uso anterior, etc., el autor supiese que a esa distancia el arma no es mortalmente peligrosa,

---

(48) *Cuestiones fundamentales*, p. 137.

(49) *ADP*, pp. 51, 123 y 144.

(50) *Sobre el concepto de tentativa inidónea*, en: *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Gonzalo QUINTERO OLIVARES y Fermín MORALES PRATS (coords.), 2001, pp. 773 ss.

y como él el observador objetivo hipotético, aspectos en los que no incide la sentencia, la creencia de ambos en el poder letal del arma, da lugar a tentativa, aspecto en el que está de acuerdo con Gracia Martín, pero vuelve a discrepar de él, recordándole la incoherencia de no exigir peligrosidad de la acción [784 ss.].

No deja de ser sintomático del desconcierto doctrinal y jurisprudencial en torno a la tentativa inidónea el hecho de que la SAZ no se cuestionara el aspecto más esclarecedor del caso planteado: concretamente aquel que hace referencia a los conocimientos del autor sobre las características del arma de fuego que tenía en sus manos y con la que realizó los disparos. No basta con situarse en la perspectiva *ex post* del experto en balística. Tampoco basta con remitir a los conocimientos más generales del ciudadano medio que cree tener ante sí un arma de fuego. Ni resuelve nada el propósito que el autor tuvo en el momento de realizar los disparos sobre la víctima.

Lo importante es que el autor, y cualquier otro en su lugar, y con sus conocimientos, sería consciente de que estaba utilizando un objeto sumamente rudimentario (en comparación con un arma de fuego apta para matar a una persona a cierta distancia). Ésta es la consideración que merece esta SAZ, que al menos obligaría a reflexionar a quien no tiene prejuicios sobre el fundamento de punición de la tentativa e, inicialmente, quiere distinguir unas de otras.

No se trata ahora de pronunciarse sobre el fallo de la SAZ; pero sí de poner énfasis en el hecho de que cuando se afirma desde la concepción del injusto defendida aquí que la tentativa la constituye la puesta en marcha de un curso causal adecuado conforme a las leyes científicas, se está insistiendo en que la objetividad de la tentativa, en el plano legislativo y en el plano del destinatario de la norma, la proporciona el hecho de que el autor haya sabido representarse (subjétivamente) una situación (real) susceptible de ser transformada en el sentido no querido por el ordenamiento jurídico, conforme a leyes causales adecuadas a esa transformación también reales (= acuñadas por la comunidad científica) y representación subjetiva de la ley causal (ciertamente adaptadas a las capacidades del lego, no del experto).

En la SAZ motivo de la reflexión sobre la tentativa, lo que al menos hace dudar de que estemos ante una tentativa inidónea punible, sin partir sin embargo de una consideración *ex post*, es precisamente el hecho de que el autor sabía (en el sentido de que disponía de datos en esa dirección) que lo que tenía en sus manos era un arma muy rudimentaria para matar a esa distancia.

## VII. TENTATIVA IDÓNEA Y TENTATIVA INIDÓNEA

La doctrina científica alemana, partiendo de la regulación legal del StGB, cuyo § 22 define la tentativa como la conducta de quien inmediatamente comienza a realizar el tipo según su representación del hecho, se ha visto obligada a distinguir dos modalidades de tentativa inidónea, de las que una, la absolutamente inidónea, resulta difícil de excluir de la punición (a pesar de lo aconsejable que sería) debido a que, al parecer, aquel texto legal parte de una concepción subjetiva de la tentativa. Con buen criterio, no obstante, esa doctrina ha hecho esfuerzos denodados y fructíferos para equiparar tal modalidad de inidoneidad absoluta a la tentativa irreal. La noción subjetiva de tentativa, sin embargo, nada tiene que ver con la noción de injusto personal finalista, de donde precisamente ha provenido el ataque más contundente a la doctrina subjetiva de la tentativa.

¿Por qué es punible el disparo al bulto de la cama en que se cree que descansa un hombre? ¿Dónde reside la peligrosidad de esta acción que justifique su punición? ¿Qué distingue este caso de otros en los que tampoco se puede producir el resultado típico y, sin embargo, no se punen? Evidentemente no en el peligro para el bien jurídico, inexistente en todos ellos. La diferencia estriba en que, en el ejemplo, el autor se ha representado y ha ejecutado (dolo) un proceso causal adecuado al tipo y un objeto de ataque idóneo (saber nomológico), a diferencia de lo que ocurre en la tentativa irreal y, en general, en los casos (vid. *infra*) de «causalidad putativa».

Al concepto de tentativa es inherente que el autor aplique un saber nomológico adecuado sobre la causalidad a una realidad sobre cuyas circunstancias yerra. El autor de la tentativa posee el saber nomológico requerido por el tipo (de no ser así no llevaría a cabo una tentativa de delito, punible, sino un delito putativo, impune) (vid. *infra*), pero carece del necesario saber fáctico para consumar el delito. Por eso hay en toda tentativa un error de hecho: la cama que el autor cree ocupada por la víctima, por eso dispara, está vacía. Por eso cabe hablar en estos casos de tentativa imposible, pero adecuada a la causalidad, dándose el elemento esencial del injusto, el disvalor-acción, o lo que es lo mismo: el dolo de hecho dirigido a la realización de todas las circunstancias requeridas por los elementos del tipo. Si el autor se ha representado circunstancias que subsume adecuadamente en el tipo objetivo como susceptibles de producir el resultado típico, se dará el injusto, sancionándose como tentativa ese comportamiento a pesar de que no ha llegado a lesionar ni poner en peligro el bien jurídico; aunque no se haya producido, pues, el resultado. El injusto de la tentativa, a diferen-

cia de lo que ocurre en el delito consumado, radica únicamente en el disvalor-acción.

Partiendo, precisamente, de la causalidad como elemento del tipo, que obliga a comprobar si el dolo del autor abarcó circunstancias idóneas para, conforme a una ley causal válida, producir el resultado, distingue Eberhard Struensee (51) los casos que él denomina de *causalidad putativa* frente a los casos de *causalidad idónea*, para poner de relieve que los primeros (en contra de la teoría subjetiva de la tentativa) nunca dan lugar a tentativa, porque si bien el autor creyó que podía causar el resultado, era a través de una ley causal inexistente; y ello tanto si la inidoneidad causal es *absoluta* (matar mediate conjuros) o sólo *relativa* (matar mediante una dosis insuficiente de veneno). Por contra, aquellos otros casos en los que lo que el autor sufre es un error sobre las circunstancias fácticas (el autor se ha representado perfectamente el efecto letal del veneno que quiere emplear pero, al confundir el recipiente donde se encuentra con otro situado a su lado que contiene una sustancia inocua, no ha logrado envenenar a la víctima), es decir, aplicando correctamente una ley causal válida (matar con veneno letal), causalidad idónea, sí darán lugar a responsabilidad penal por tentativa.

De admitirse las premisas de que parte Struensee, resultará que muchos casos que la doctrina mayoritaria sólo logra excluir del ámbito de la tentativa (tentativa irreal) mediante difíciles circunloquios (derivados en buena medida de la regulación legal alemana), se excluyen fácilmente si se consideran casos de causalidad putativa (matar mediante conjuros), mientras que otros, los de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno), necesitan un fundamento específico de punición.

¿Qué ocurre en el derecho español?

El Derecho penal español nunca ha sido un Derecho penal subjetivista (antes al contrario, si de algo ha pecado ha sido de un excesivo apego al resultado). Nunca ha cabido plantear en su seno la punición del intento de matar mediante conjuros o a seres inexistentes como el unicornio (vulneración de la Ley de Caza). No era esa la inidoneidad en la que pensaba el artículo 52.II.a).r) («imposibilidad de ejecución o de producción del delito»). Pero el derecho español tampoco ha sido un Derecho penal puramente objetivista, en el sentido de la peligrosidad *ex post*, como lo muestra el hecho de que siempre haya castigado la tentativa.

La punición de la tentativa avala la doctrina del injusto personal. Tampoco la tentativa «relativamente inidónea» (dosis insuficiente de

---

(51) ADP, 1990, pp. 942 ss. *Vid.* respecto al pensamiento de este autor sobre este aspecto crucial de la tentativa CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 33.

veneno) está necesariamente incluida en el concepto de tentativa (ni en la a. r., art. 52.II, donde la «imposibilidad de ejecución o producción del delito» nombraba expresamente supuestos de tentativa inidónea *anteriores al comienzo de ejecución del hecho delictivo*, pero de causalidad idónea; ni mucho menos en la n. r., donde si alguna función cumplen los términos «actos que objetivamente debieran producir el resultado» es la de exigir causalidad idónea, no putativa), y habrá que buscarle un fundamento de punición específico que no pase por forzar el concepto de tentativa (probablemente el mismo que justifica la ampliación de lo punible a algunos casos de preparación del delito y a la tentativa inacabada) (*vid. infra*).

En cambio, la tentativa imposible era objeto de punición expresa en la a. r. (art. 52.II) y es objeto de punición implícita en la n. r. (art. 62 «peligro inherente al intento»), porque que la imposibilidad de consumación del delito surja antes de comenzar a actuar el autor o después es fruto del azar, o imposibilidad de prever todos los detalles del curso causal, y porque sería desaconsejable conforme al fundamento de punición de la tentativa dejar impune a quien ha tenido la suerte de que la víctima abandonase la cama instantes antes de producirse el disparo. Todo ello, claro está, sobre la base de la concurrencia de todos los elementos que sí son constitutivos de la tentativa (el disvalor-acción).

## VIII. LA DISTINCIÓN ENTRE CONOCIMIENTO ONTOLÓGICO Y CONOCIMIENTO NOMOLÓGICO

Con motivo de la propuesta de Struensee, de utilizar para la distinción entre tentativa imposible y tentativa irreal la vieja distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, un amplio sector doctrinal ha recuperado y abundado en las críticas que se hicieron en su día a ese intento de distinción, a su parecer fallido. En este sentido, los argumentos que se esgrimen para corroborarlo, acompañados de ejemplos gráficos, pueden reducirse, simplificando mucho una cuestión compleja, a estos dos: La distinción es inviable, dado que detrás de cada cuestión fáctica hay una cuestión nomológica, no pudiéndose explicar la una separada de la otra, o bien siendo viable, o si lo fuera, es sin embargo inútil para el fin propugnado, distinguir entre tentativa inidónea e irrisoria, no comprendiéndose que todo error ontológico, por craso que sea, dé lugar a tentativa inidónea punible, mientras que el error nomológico no craso dé lugar a tentativa irrisoria impune. En su lugar, esta doctrina sostiene criterios de distinción entre tentati-

va imposible e irrisoria que, con matices y fórmulas heurísticas distintas, remiten todas al criterio dominante de la intersubjetividad, según el cual con independencia de que el error sufrido sea ontológico o nomológico, si se cree en la posibilidad de distinguir, lo importante es si constituye un error en el que habría caído cualquier otro en su lugar, en cuyo caso habría tentativa imposible, o no, en cuyo caso la tentativa sería irrisoria.

1. El primero en ocuparse en España de esta cuestión ha sido Sancinetti (52), para quien no se explica porqué haya de ser punible el intento de envenenamiento con una sustancia inocua en la dosis suficiente para matar si hubiese sido, como el autor creyó, arsénico, y no haya de serlo el autor que suministró arsénico, sabiéndolo, en la dosis casi necesaria para haber matado [187]. En contraposición a esta forma de intentar distinguir la tentativa imposible de la tentativa irreal, incluida la tentativa irreal que Struensee quiere reintroducir en la punición por tentativa, procede Sancinetti a distinguir entre tentativa inidónea, o la de aquél que bajo ningún aspecto lleva a cabo un proyecto burdamente insensato, explicándose su fracaso como producto de lo que él llama una «imprudencia invertida», en la que cualquier persona razonable puede incurrir, y tentativa irrisoria, burdamente insensata en la terminología del StGB, cuando sea irracional en algún aspecto, aunque por lo demás contenga un comportamiento razonable [193 s., 201 ss.].

2. También se ha ocupado ampliamente de la cuestión Molina Fernández (53), que parte de la premisa según la cual: 1) cabe distinguir, como pretende Struensee, entre errores nomológicos y errores ontológicos, y además, con el mismo significado y función, o muy próximos, que aquél le asigna a la distinción; 2) pero, sin embargo, todas las tentativas, idóneas, inidóneas e irrisorias, cumplen los requisitos que invitan a prevenir su realización (ello es así porque para Molina Fernández, a la hora de acuñar el concepto de antijuricidad penal no se puede prescindir, inicialmente, de las representaciones subjetivas del autor, a corregir después objetivamente) (*vid. supra*), pues en todas ellas hay alguien, al menos el autor (y todos quienes creen en la misma superstición), que la cree adecuada, que es lo que precisamente le lleva a considerar inútil la distinción de Struensee [819 ss.]; Molina Fernández, como decimos, partiendo de estas premisas, entiende que, de la misma manera que el homicidio imprudente se basa en que, *como el propio autor imprudente sabe*, si hubiese sido

---

(52) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 177 ss.

(53) *Antijuricidad penal y sistema del delito*, pp. 810 ss. y 816 ss.

más cuidadoso se habría dado cuenta de que lo que tiene enfrente es una persona y no un animal, la punición de quien ha creído matar a un hombre cuando ha matado a un animal (allí donde cualquier otro en su lugar se habría percatado de que no se trataba de un hombre sino de un animal) sólo puede basarse en un burdo error que incluso desde su percepción sólo entraña un pequeño peligro (en el sentido de que él mismo puede percatarse de que por prestar tan escasa atención está creando sólo un peligro muy remoto de que lo alcanzado será [con seguridad] un hombre), que unido a la falta de resultado (que hace impune en la imprudencia el caso inverso antes aludido) justifica la impunidad de la tentativa irrisoria. El conocimiento supersticioso siempre es muy difuso [829 ss.].

3. Por su parte, finalmente, según Alcácer Guirao (54), ni se pueden distinguir ambos errores, ni, como consecuencia, se pueden delimitar en la práctica (si el sujeto cree poder matar con aspirina hervida en agua destilada, sufre un error nomológico, pero si cree que al hervirla la aspirina se convierte en arsénico, entonces el error es ontológico); de ahí la flexibilidad que propugnan sus defensores (intentar derribar una puerta con un ariete demasiado ligero, puede interpretarse como error ontológico, si se considera por separado la robustez de la puerta o la ligereza del ariete, o como nomológico, si se piensa en la cantidad de fuerza necesaria para derribar una puerta de ese grosor) y que se favorezca al autor calculador (quien quiso envenenar con siete gotas del veneno, cuando eran precisas diez para matar, sufre un error nomológico, quien no calculó las gotas necesarias sufre un error ontológico). Más importante que la artificialidad de la distinción es que excluya de la punición por tentativa casos que no deben excluirse y que no excluya casos que no la merecen. Ejemplos de lo primero son el del experto que puede saber que una cantidad de explosivo estratégicamente colocada puede causar más daño del que creería el hombre medio y el llamado doble error: el autor emplea munición inadecuada para traspasar un cristal blindado, pero suficiente para atravesar otro no blindado. Ejemplo de lo segundo son los casos que precisamente los partidarios de la distinción quieren volver a introducir en la punición por tentativa por tratarse de casos de no burda insensatez; siendo de destacar el argumento que aduce Alcácer Guirao para ello: en realidad, a su parecer, con el criterio subjetivo que está detrás de la distinción, son estos errores ontológicos (la mujer que se cree embarazada por un beso toma un abortivo) si se parte de prestar atención a lo que el sujeto se representa

---

(54) *Tentativa inidónea*, pp. 92 ss.

desde una posición muy estática de la representación (la que se tenga, y no cómo se ha llegado a ella) [98].

Ante pronunciamientos críticos tan profundos sobre la imposibilidad de distinguir entre conocimiento ontológico y nomológico, ha de decirse lo siguiente: Es cierto, como sostienen los críticos de la distinción entre conocimiento ontológico y conocimiento nomológico, que detrás de todo conocimiento ontológico hay un caudal de conocimiento nomológico, de manera que en el plano abstracto no cabe distinguir entre uno y otro. No hay algo así como «conocimiento de la realidad» y «conocimiento de las leyes que regulan la realidad». Ambos conocimientos forman una unidad. Ahora bien, si encontrásemos un plano en el que la realidad apareciera como susceptible de transformación para el hombre, precisamente aplicando los conocimientos que de la misma realidad ya tiene, quizá podría separarse provisionalmente la distinción buscada, supuesto que fuese útil para algún fin. Ambas cosas pueden hallarse en Derecho penal.

Conocimiento ontológico, conforme a este enfoque, sería el requerido por los tipos delictivos para su desarrollo por alguien. Al tipo de homicidio, p. ej., sin duda pertenece la exigencia de que el autor quiera hacer algo concerniente a una persona humana viva. Qué es una persona humana viva, dirán los críticos de la distinción, incluye conocimiento nomológico. Lo cual es cierto. Sin ese conocimiento nomológico no puede afirmarse el conocimiento requerido que aquí hemos llamado ontológico: quien cree que su enemigo se ha convertido en la foca que tiene enfrente no dispone del conocimiento sobre «persona humana viva» requerido por el tipo de homicidio. Ahora bien, esto no es incompatible con la admisión de que o se tiene ese conocimiento, con lo cual se tiene el conocimiento requerido por el tipo de injusto y se puede cometer el delito, dependiendo de factores ulteriores que se quede en fase de tentativa o evolucione hasta la consumación, o no se tiene, con lo que sólo se puede cometer un delito putativo o una tentativa irrisoria. Quien dice lo anterior sobre el objeto idóneo o putativo del delito, podrá decir lo propio de la causalidad, idónea o putativa. En conclusión: Llamamos conocimiento ontológico al que siendo idóneo además estuvo presente en el momento de actuar el autor transformando la realidad. A un conocimiento así constituido ha aludido siempre Struensee cuando, siguiendo a Armin Kaufmann, ha sostenido que las leyes causales forman parte de los tipos delictivos de resultado (55).

Por otra parte, los críticos de la distinción conocimiento ontológico-conocimiento nomológico, le reprochan a Struensee lo pronto que

---

(55) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 138.

expulsa del Derecho penal al conocimiento nomológico, para después volverlo a recoger ampliando *extra legem* la tentativa. Lo importante no es que la dosis necesaria para matar sea trece y no doce y medio, ni el alcance del arma setenta metros y no setenta y cinco, sino que también otro en su lugar habría considerado muy peligroso disparar o envenenar en esas circunstancias. También determinados errores nomológicos deben permanecer en el Derecho penal. Ahora bien, siendo cierto que el autor que ha sufrido un pequeño error nomológico debe permanecer abarcado por el Derecho penal, ello no quiere decir que su error tenga que ser medido por los mismos parámetros del error al que hemos denominado ontológico. Por la sencilla razón de que posee el suficiente conocimiento ontológico en el sentido del que aquí hemos partido: Quien sabe que el arma con que dispara tiene un alcance de setenta metros y dispara a un objetivo situado a setenta y cinco, dispone del conocimiento ontológico suficiente para actuar con dolo. Por la misma razón, lo hará quien ignora que el alcance es de sólo setenta metros porque cree que es mayor.

Se explica así la fórmula de Sancinetti para resolver el problema de la distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal o burdamente insensata: En la tentativa inidónea el autor sufre un error en el que podría haber incurrido cualquiera. Los únicos errores en que puede incidir cualquiera, y frecuentemente incidirá (no siempre con consecuencias penales, pero sí en los más diversos ámbitos), son aquellos que se derivan de lo limitado del conocimiento humano sobre los múltiples factores que influyen en cualquier acontecimiento (de lo que el desvío entre la tentativa y la consumación respecto a la forma concreta de producción del resultado da buena cuenta). En la tentativa irrisoria o delito putativo, lo intentado es en algún aspecto, no en los otros, irrisorio.

Como, asimismo, se explica de este modo que no pueda ser un criterio válido de distinción entre tentativa inidónea y tentativa irreal, el propuesto por Molina Fernández, para quien es irrisorio el error en que no habría caído el hombre medio, pues el hombre medio, por lo que a errores ontológicos se refiere no es inmune nunca, como lo prueba el hecho de que nadie es inmune a la imprudencia de hecho. Para lo que sí sirve el criterio, aunque es mejor el científico, es para los errores nomológicos: no es fácil que cualquiera sufra un error nomológico craso.

Se explica así, finalmente, la necesidad de tener en cuenta la representación que se tenga en el momento de actuar y no el cómo se ha llegado a ella, que preocupa a Alcácer Guirao, como asimismo que los casos de doble error no dejen de constituir un caso de error ontológico y la flexibilidad que admite el tratamiento de los errores nomológicos

frente a los ontológicos, que toda la vida han excluido la responsabilidad por delito doloso, aún en el caso de mediar negligencia.

En suma. Es superable la polémica entablada: Error ontológico es el que puede sufrir cualquiera pese al conocimiento nomológico adecuado. Conocimiento nomológico es el que habiéndolo de tener todo aquel que acomete un comportamiento típico (si no, no puede siquiera comenzar a realizar el tipo: las leyes causales forman parte de los tipos de resultado), puede llevar a un error en el mismo sujeto que lo aplica, de mayor o menor relevancia a efectos de punición: la tentativa irrisoria se basa siempre en un craso error nomológico.

¿Para que sirve esta distinción en Derecho penal? Pues para hacer que se cumpla la armonía que debe reinar entre la perspectiva del ordenamiento jurídico y la perspectiva del destinatario de la norma jurídica (56). Nadie domina todos los nexos causales que están presentes en un acontecimiento. Por lo tanto, el ordenamiento jurídico tiene que partir de la representación que de la realidad tiene el destinatario de la norma. Sin situarnos en su posición, con sus conocimientos y desconocimientos, la norma no es capaz de motivar a nadie. Lo que ese sujeto haga para transformar la realidad, en cambio, puede ser valorado por el derecho atendiendo a los conocimientos nomológicos sobre cómo hacerlo que pueda tener o no tener, pues salvo el insensato todo el mundo sabe que no hay leyes causales exactas: quien cree que el arma de fuego tiene veinte metros cuando realmente tiene veinticinco, contó con la posibilidad de alcanzar la víctima, pudo motivarse a dejar de disparar por miedo a matar a una persona. Quien ha confundido negligentemente a la víctima con una pieza de caza, no.

#### IX. TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO PUTATIVO. LA CUESTIÓN DE LA IDONEIDAD DEL SUJETO. LA TENTATIVA IRREAL O SUPERSTICIOSA

En la medida en que la tentativa es comienzo de realización del tipo delictivo, no consumado [por ausencia bien del resultado a pesar de haberse realizado todos los restantes elementos capaces de dar un delito completo (congruencia entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo) (tentativa acabada) bien de algún acto anterior al último, después del cual el resultado sobrevendrá por sí mismo con presencia también de

---

(56) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, RECPC, 08-01 (2006), pp. 1 ss.

los restantes elementos típicos (tentativa inacabada)] (57), y en la medida en que toda tentativa es inidónea, dada la imposibilidad de producción del resultado, se suele especificar [el art. 52.II.a).r) lo hacía expresamente] que la inidoneidad de la tentativa puede estribar en la inidoneidad del *objeto* o en la inidoneidad del *medio* (pudiendo estar presentes ambos a la vez).— *Ejemplos*: El autor realiza un disparo a la cama vacía en la creencia de que está ocupada (inidoneidad del objeto: inexistente).— El autor realiza un disparo a la cama ocupada, pero el arma no funciona porque se encasquilla (inidoneidad del medio).— El autor realiza un disparo a la cama que está vacía encasquillándosele el arma (inidoneidad del medio y del objeto).

De la tentativa inidónea o *imposible*, de inidoneidad del medio o del objeto, debe distinguirse la denominada inidoneidad del *sujeto*, caracterizada porque en ella el error del autor versa sobre una cualidad de la autoría que él cree concurre en su persona, sin que sea el caso.— *Ejemplo*: Un árbitro de fútbol que pita un penalty inexistente para beneficiar al equipo de sus simpatías, cree haber cometido un delito de prevaricación (art. 446) dado que al fin y al cabo se trata de un «juez».

Puesto que sobre el autor inidóneo no pende deber alguno de evitar la conducta bajo amenaza penal, el error que sufre no es un error sobre la tipicidad sino de prohibición (él cree que el comportamiento que realiza está prohibido, lo que no es el caso). Por lo tanto, no lleva a cabo una conducta de tentativa sino lo que se denomina (*vid. infra*) un *delito putativo* o *error de prohibición invertido o al revés* (consistente no en que el autor del delito crea que su comportamiento no está prohibido: error de prohibición directo, sino en que cree que está prohibido un comportamiento que no lo está realmente). Por tanto, el autor inidóneo no lleva a cabo una tentativa inidónea (punible) sino un comportamiento penalmente irrelevante, no susceptible de convertirse en relevante penalmente por la simple creencia del autor. Por eso se habla también, para referirse a estos casos, de *delito imaginario*. El tratamiento penal del sujeto inidóneo comienza a ser objeto de una nueva discusión.

Sáinz de Robles (58) combate muy bien la tesis de los defensores de la tentativa de autor inidóneo (Bruns) [622], del error sobre el tipo al revés, que sería una *petitio principii* (Welzel, Jakobs) [626], soste-

---

(57) Limitando la cuestión a la genuina de la tentativa en los delitos de resultado, o ausencia del resultado típico.

(58) Celia SÁINZ DE ROBLES, Sobre la tentativa del sujeto inidóneo, en: *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro Homenaje al Profesor Antonio Beristain* (comps. José Luis de la CUESTA y otros), 1989, pp. 621 ss.

niendo muy certeramente que si la tentativa inidónea por inidoneidad del medio o del objeto es un error del tipo al revés, es también algo más [625], es el producto de comprobar el estado de cosas existente antes y después de actuar el autor: si el peligro (como quiera que se conciba el peligro a estos efectos *ex ante*) que se representó desencadenar el autor no ha causado el resultado *ex post* ni, como se comprueba después, pudo producirlo nunca (por inidoneidad del medio o del objeto desconocido *ex ante*), la tentativa es inidónea, e idónea en caso contrario; todo ello basado en la experiencia y la ciencia [631 s.]. Nada de eso ocurre con la «tentativa» de autor inidóneo. En los delitos especiales [626 ss.], la cualidad de la autoría acota el círculo de quienes, además, si lesionan el bien jurídico (no hay delitos basados en puros y exclusivos deberes jurídicos), y esa acotación se realiza con criterio normativo [632], habrá delito aún en grado de tentativa.

Alcácer Guirao (59), por el contrario, después de criticar a la doctrina dominante, proclive a distinguir entre tentativa imposible por inidoneidad del medio o el objeto, punible, y «tentativa» imposible por inidoneidad del sujeto, que no será punible por no constituir siquiera tentativa y sí un supuesto de ausencia de tipo, siendo así que, como está aceptado generalmente y el propio Alcácer Guirao ha demostrado concienzudamente aquí [18 ss., 24 ss., 28] y en su libro sobre la tentativa imposible, la teoría de la ausencia de tipo está ya superada, siendo eso: aplicarla, lo que hacen autores, como Frisch en Alemania, y Sáinz de Robles en España: circunscribir la tentativa al error sobre los elementos relacionados con el curso causal, en tanto que el error sobre los restantes elementos remitiría al delito putativo (diverso tratamiento del error sobre el tipo al revés), por considerar que no cabe admitir mayor o menor probabilidad de que se realice el tipo respecto a elementos relacionados con el proceso causal y negarlo, en cambio, respecto a otros elementos del tipo como la edad de la víctima o la cualidad de funcionario [28 ss.], llega a la conclusión de que no debe distinguirse entre el tratamiento de uno u otro elemento del tipo, y menos aún acudir a la superada teoría de la falta de tipo para excluir artificialmente de la punición por tentativa a la de autor inidóneo [33 s.].— A continuación, pasa revista Alcácer Guirao a opiniones, como la de Roxin, que, sin distinguir entre unos y otros elementos del tipo, todos tienen en común el habérselos debido representar el dolo del autor y todos, por tanto, pueden dar lugar a un error del tipo al revés, sin embargo niega la tentativa de autor inidóneo con argumentos derivados de la teoría del delito especial [34 ss.], de cuya natu-

---

(59) Rafael ALCÁCER GUIRAO, Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, RDPC, 7, 2001, pp. 11 ss.

raleza, pese a lo obscura que todavía es la discusión, deduce la mayoría de la doctrina que por basarse en la contemplación de la lesión del bien jurídico desde una posición especial de deber, parece claro que no puede contemplarse la tentativa de quien no posee esa cualidad especial; postura frente a la que Alcácer Guirao sostiene que si *ex ante* cualquiera habría caído en el mismo error al revés que el funcionario, que creía serlo y no lo es, no existe razón para excluir la punición de una tentativa de autor inidóneo.— Y, puesto que no cabe argumentar en contra de la punición de estos casos desde puntos de vista relacionados con las ideas de merecimiento y necesidad de pena y la redacción del CP de 1995 ha prescindido de la referencia expresa a la imposibilidad del objeto y el medio como únicos supuestos de tentativa imposible punible, aboga Alcácer Guirao por considerarla punible en el CP vigente.

A Alcácer Guirao cuyo mérito de haber planteado esta espinosa cuestión no cabe negar, hay que oponerle, sin embargo lo que, en la misma línea que Sáinz de Robles, dice Gladys V. Romero (60), en palabras que merece la pena transcribir: «Aun cuando se admita que desde el punto de vista del tipo objetivo, todas las condiciones son “equivalentes”, sin embargo, de esto no puede obtenerse como consecuencia que también para el dolo serían iguales la totalidad de las características del tipo. Como ya hemos visto, sólo las circunstancias de hecho, es decir, referentes a la acción, deben ser alcanzadas por el dolo. En cambio, las características del autor, por ser especiales elementos de la antijuricidad, no requieren ser alcanzadas por el dolo del tipo».— Ciertamente, no cabe decir ya que los elementos de la autoría no forman parte del tipo (no existen tipos abiertos) (61). Ahora bien, ello no quiere decir que el tratamiento del error sobre los elementos del tipo haya de ser en todos los casos el mismo; siendo ahí donde sin representación de un curso causal ni siquiera cabe empezar a hablar de tentativa; de la misma forma que es perfectamente posible y asumible, más que la igualación indiferenciada de todos los elementos del tipo que pretende Alcácer Guirao, que para comenzar a hablar de tentativa además de la representación de un curso causal adecuado sea necesaria una determinada cualidad de la autoría.

Puesto que el autor inidóneo no puede realizar el tipo delictivo, no puede tampoco comenzar la ejecución característica de la tentativa.

---

(60) Gladys V. ROMERO, La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo, en: *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del Derecho en Homenaje al Prof. Jiménez de Asúa* (ed. Mariano JIMÉNEZ HUERTA y otros), 1970, pp. 233 ss. y 239.

(61) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 40.

Lo mismo cabe decir de los restantes elementos del tipo que han de existir desde el comienzo de la ejecución: El problema fundamental en este aspecto lo representan los *elementos normativos* (62), caracterizados como es sabido por el hecho de que, en ellos, el autor ha de proceder a una correcta, aunque no técnica (saber profano), subsunción de los hechos que realiza en las valoraciones del legislador. La cuestión que se plantea es la de si comete tentativa el autor que no subsume correctamente los hechos en la valoración por no haber alcanzado el conocimiento de lego requerido.

El criterio para dilucidar este dilema depende decisivamente de que el autor se haya representado correctamente el significado de la prohibición. Cuando el autor se ha representado correctamente dicho significado, estribando su error en la creencia de que existe un hecho, inexistente en la realidad, que de existir daría lugar a la plena realización del hecho punible, su conducta será de tentativa. Cuando, en cambio, el autor crea que un hecho de la realidad, que se ha representado correctamente, es subsumible en el tipo, sin serlo, estaremos en presencia de un delito putativo (impune).

*Ejemplos:* El deudor tributario que se ha representado estar incurso en un hecho impositivo, que, de existir, habría dado lugar a una deuda tributaria, ha cometido el delito fiscal del art. 305 en grado de tentativa.— El deudor tributario que ha creído, erróneamente, que determinados hechos están sometidos a tributación, sin estarlo, ha cometido un delito putativo (impune).

A esta figura del delito putativo puede reconducirse, finalmente, el supuesto de la *tentativa irreal o supersticiosa*, que, por tanto, no es un supuesto de tentativa (punible). En efecto, en la medida en que en ella el autor se ha representado una ley causal absolutamente apartada de lo que la experiencia general más elemental dice que puede ser la forma de causar un resultado, puede entenderse que su autor no ha comprendido para nada el significado de la prohibición que, p. ej., en el homicidio es inescindible de las formas posibles (racionalmente) de matar a un hombre. De ahí que se hable en estos casos de *tentativa irrisoria*, con lo que se pone gráficamente de relieve que resulta innecesario punirla porque la comunidad no se ve afectada ni tiene necesidad de reaccionar (fines de la pena) frente a semejante forma de «atentar» contra los bienes jurídicos.— *Ejemplo:* Intentar matar mediante conjuros, suministrando té a un bebé o mediante una dosis irrisoria de veneno.

En cambio, y por las mismas razones que llevan a punir otros casos periféricos a lo lógica y necesariamente punible, los supuestos deno-

---

(62) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, VIII, p. 104.

minados de *inidoneidad relativa*, submodalidad, como ya se vio, de la causalidad putativa, inadecuada al juicio de causalidad cuya representación forma parte del dolo de tentativa, por esas mismas razones (proximidad a la causalidad adecuada y necesidad de reaccionar contra lo periférico pero próximo a lo punible), deben ser objeto de punición, al menos en los casos más graves.— *Ejemplo*: Intentar matar mediante una dosis de veneno no irrisoria pero sí insuficiente.

En el CP español, que no lo contempla expresamente (más bien parte de lo contrario), la única forma de perseguir estos hechos pasa por una interpretación extensiva en perjuicio del reo, algo que, aunque con cautelas, no está prohibido cuando se trata de preceptos de la PG (63).

## X. TENTATIVA ACABADA Y TENTATIVA INACABADA

Del artículo 16. 1 2 (64) se deriva que el CP, aunque no les asigne nombre propio, distingue entre lo que la doctrina conoce como tentativa acabada y tentativa inacabada. Hay *tentativa acabada* cuando el «sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *todos los actos* que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor».— Hay *tentativa inacabada* cuando el «sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *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» (65).— A su vez, a los

---

(63) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, PG<sup>3</sup>, V, p. 10.

(64) «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»: artículo 16.2. El artículo 16.1 está transcrito en la nota 1 (vid. *supra*).

(65) ¿Es lo mismo frustración que tentativa acabada?, En contra de lo que sostiene una abrumadora mayoría de la doctrina española (excepción: MIR PUIG, PG<sup>7</sup>, p. 349; ya antes, en: Hans-Heinrich JESCHECK, Tratado de Derecho penal, trad. de Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE, volumen II, 1981, p. 751), que equipara tentativa inacabada/tentativa y tentativa acabada/frustración, en los Códigos españoles de 1995 y 1973 (vid. *supra* nota 1), no. Cabe una tentativa inacabada frustrada y una tentativa acabada no frustrada. Es cierto que la redacción anterior del CP español (art. 3.II) aludía a una tentativa acabada frustrada: aquella en la que además de haber realizado el autor todo lo que en su representación debió producir el resultado, ni éste se produjo ni dejó de producirse por acto alguno del autor en orden a evitarlo (desis-

efectos del desistimiento de la tentativa (temática que aquí no podemos abordar), para lo que tiene una importancia capital que la tentativa de la que se desiste se encuentre en la fase de tentativa acabada o inacabada, desde el punto de vista de los requisitos que deben cumplirse para estimar relevante el desistimiento, se exige que «se evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada (tentativa inacabada), bien impidiendo la producción del resultado» (tentativa acabada).

La definición legal de la tentativa acabada da cumplida cuenta del fundamento de su punición y de su identificación con el injusto penal, el disvalor-acción. Dicho de otra forma: ¿En qué, además de que el autor practique todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado, puede estribar la imputación de unos hechos a título de responsabilidad penal?

Con esta definición legal se corrobora que el legislador puede, si quiere, circunscribir la responsabilidad penal al delito consumado, en el bien entendido de que, si así lo hiciera, en un Derecho penal de la culpabilidad, esa responsabilidad se basaría, desde la perspectiva del autor, en lo que el CP define hoy como tentativa acabada, aunque a ello tendría que añadirse, por imperativo legal, el resultado para que hubiera responsabilidad penal, pero sería un resultado que sin la presencia del disvalor-acción constitutivo de la tentativa acabada, carecería de significado, al menos en un Derecho penal que pretende prevenir el delito. Ese supuesto CP que sólo castigara el delito consumado no convertiría en lícita a la tentativa acabada, como dice acertadamente Zielinski (66) sino en meramente no punible; y ello porque si es ilícito (y punible) la causación del resultado no puede dejar de serlo (ilícito) el comportamiento del autor que hace todo lo posible para causarlo (tentativa acabada). Así pues, el fundamento de punición de la tentativa acabada es el fundamento de punición del injusto.

Más peliaguda se plantea la cuestión en la tentativa inacabada. Armin Kaufmann (67) y Eberhard Struensee (68) han sido los autores más conspicuos a la hora de poner de relieve el déficit de fundamenta-

---

timiento), sino por cualquier otra circunstancia. Por su parte, también en la tentativa inacabada cabe la frustración: cuando tras el primer acto de tentativa, que necesita de otros posteriores para la consumación, se ha convertido en inviable el proyecto (el primer acto de envenenamiento, p. ej., es descubierto).

(66) Diethart ZIELINSKI, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito* (trad. de Marcelo A. SANCINETTI), 1990, p. 159.

(67) DP, 1975, p. 170.

(68) Tentativa y dolo (trad. de José Luis SERRANO GONZÁLEZ DE MURILLO), *Cuadernos de Política criminal*, 38, 1989, pp. 405 ss. y 420.

ción en esta figura de imputación penal. Mientras que si bien en la tentativa acabada el discurrir de los acontecimientos ya ha salido de las manos del autor y puede producir por sí mismo el resultado que el Derecho penal desea evitar no ofrece duda sobre la existencia de una norma que le dice al ciudadano que debe abstenerse de hacer aquello que, precisamente por escapar ya a su control, puede suponer la lesión del bien jurídico, en cambio, la tentativa inacabada, de tener un fundamento de punición, tiene que ser distinto al de la tentativa acabada, ya que, como decía Armin Kaufmann, sería extender demasiado el fundamento de la tentativa acabada, que al finalismo, por las razones vistas, no le plantea duda alguna, a la tentativa inacabada, pues, estructuralmente, es muy distinto prohibir lo que ya puede producir el resultado (tentativa acabada) que prohibir lo que puede ser condición necesaria, pero no suficiente, por requerir actos ulteriores que hacen que todo el proceso esté bajo control del autor, de producción del resultado (tentativa inacabada). Hay pues un déficit de fundamentación de la tentativa inacabada.

Sin embargo, lo que la tentativa inacabada sí muestra claramente es que el Derecho penal preventivo no puede limitarse a extender la protección penal de los bienes jurídicos a los actos que suponen ya inmediatamente su lesión, y que para evitar que hasta el último momento, momento en que ya puede ser tarde para reaccionar, el infractor pueda moverse libremente, asegurándose así, en cierto modo, de la consecución de su propósito delictivo, debe ampliarse el ámbito de lo punible. Es lo que ocurre con la punición de la tentativa inacabada, y, con más cautela, en los actos preparatorios punibles.

Puede incluso afirmarse que *no hay peligro de lesión de más necesaria prevención por lo persistente de su continuación hasta la lesión, desde la óptica del ordenamiento jurídico y del destinatario de la norma, que el originado por un proceso humano consciente dirigido desde el principio a ese fin*. Que la cuestión, sin embargo, no es pacífica en la doctrina, precisamente por no percibir ésta la relatividad de la distinción entre las diversas fases del «*iter criminis*», puede ilustrarse con algunos posicionamientos extremos.

Así, según Bacigalupo (69), si se es consecuente con la irrelevancia del disvalor-resultado, se debería poner el acento de la punibilidad en el comienzo de la tentativa, momento a partir del cual se da íntegro el disvalor-acción, eliminándose toda diferencia entre tentativa, frustración y consumación.

---

(69) PG<sup>5</sup>, p. 97.

Moreno-Torres Herrera (70), con críticas a las consideraciones de Struensee sobre los conceptos de Fiedler de cara a la concreción del dolo: el dolo de la tentativa acabada no es el mismo de la tentativa inacabada: tras la primera dosis de veneno el autor todavía no ha comenzado a desarrollar, con su consiguiente representación concreta = dolo concreto, el siguiente acto (71), por el contrario, sostiene que si bien desde el comienzo de la tentativa hay disvalor-intención o dolo, la peligrosidad de la acción, el elemento objetivo del disvalor-acción en su concepción [175 ss.], se ha desarrollado paulatinamente, alcanzando su punto álgido en la tentativa acabada, que sí contiene ya todo el disvalor-acción, porque también en su concepción, el resultado (delito consumado) no añade nada al ilícito, constituido sólo conforme al disvalor-acción, aunque, ciertamente, aquel disvalor-resultado puede agravar la punibilidad por razones ajenas a la constitución del ilícito y sí relacionadas con la necesidad político-criminal de pena.

Por el otro extremo, Sancinetti (72), fiel a su concepción del injusto, que elabora partiendo de la escuela de Bonn, y de algunas manifestaciones ocasionales de Jakobs, que otras veces modificaría, no sólo niega al disvalor-resultado valor constitutivo del injusto, otorgándose sólo al disvalor-acción, que además concibe de manera muy peculiar, tan peculiarmente que, de forma parecida a lo que él hace con Jakobs, lo que parece una concepción netamente subjetiva, se convierte en otra objetiva, de una manera ciertamente propia, el injusto sólo lo constituye, pero entonces ya completo, la tentativa acabada.- Por decirlo brevemente: Para Sancinetti, el injusto por antonomasia lo proporciona la tentativa acabada, aquella donde la exteriorización del disvalor-acción ha alcanzado el punto en el que, sin haberse convertido todavía necesariamente en el desdeñado disvalor-resultado (*ex post*), ya ha escapado al control del autor, pudiendo producir el resultado en función de circunstancias ajenas a su voluntad [126].- Para fundamentar normológicamente su posición sobre la atenuación de la tentativa (que él resuelve dogmáticamente con su expediente de la burda insensatez incrementable con lo inacabado del proyecto subjetivo) [157 ss] (*vid. infra*), acude Sancinetti a los argumentos de Armin Kaufmann y Struensee (*vid. supra*), quienes ya habían planteado la naturaleza de la norma subyacente a la tentativa acabada [140 ss.], frente a la de la

---

(70) *Tentativa de delito*, pp. 169 s. y 215 s.

(71) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, *Sobre el tipo de tentativa*, en: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo (Miguel BAJO FERNÁNDEZ y otros), 2005, pp. 253 ss.

(72) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 3 ss., 31 ss., 43 ss. y 53 ss.

tentativa inacabada, en el caso de que ambas fuesen distintas; de donde deducir que el fundamento de la tentativa inacabada se parece más al de los actos preparatorios que el de la genuina tentativa o tentativa acabada.– Entre las consecuencias a extraer de aquí, como después habrá de verse, se encuentran las de obligar a atenuar la pena de la tentativa inacabada frente a la consumación (idea con la que Sancinetti no simpatiza por su origen en la atávica responsabilidad por el resultado) [150 ss.], mientras que sólo sea facultativa la atenuación de la tentativa acabada, y la de impedir en la tentativa acabada la posibilidad del desistimiento [70, 72, 72 ss.].– Frente a este elaborado parecer, debe tenerse en cuenta la siguiente consideración crítica: Especulaciones esclarecedoras sobre el fundamento de punición y la naturaleza de la norma que prohíbe no sólo dejar escapar de las propias manos que lo han elaborado anteriormente un proceso causal peligroso para el bien jurídico, no son incompatibles con la consideración de que tan prohibido como el último acto que ya escapa de las manos del autor deben serlo los anteriores, especialmente los que suponen ya inequívocamente el comienzo de ejecución del delito (comienzo de la tentativa). Los que en su contexto sólo pueden verse como comisión de un delito. Así lo han hecho y lo hacen todos los Códigos penales. ¿Por qué? Pues por la sencilla razón de que no hay solución de continuidad entre el primer acto de ejecución de un delito y el último; de ahí que la determinación de los momentos de comienzo de la tentativa frente a la mera preparación, y de la tentativa inacabada respecto a la acabada sólo quepa establecerlo con criterios normativos, axiológicos, de lo que naturalísticamente constituye una unidad inescindible, en el sentido de que una parte no tiene sentido desgajada de las otras (73). De ahí, también, lo que podemos denominar inevitabilidad del elemento subjetivo, por más que el ordenamiento jurídico persiga metas de regulación establecidas objetivamente.

Enfoques como el de Sancinetti estimulan aportaciones como la realizada por Benlloch Pettit (74), que, no por esclarecedoras son menos desafortunadas: Según Benlloch Pettit, a la dicotomía tentativa acabada-tentativa inacabada, debe añadirse, dado que no coinciden, la dicotomía tentativa perfecta-tentativa imperfecta [CXLIV ss.]. Ilustrándolo

---

(73) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, *Iter criminis*, en: *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. D. José Cerezo Mir*, (ed. José Luis Díez Ripollés y otros), 2002, pp. 617 ss.

(74) Guillermo BENLLOCH PETITT, *De cómo el injusto de la tentativa va variando según avanza la ejecución y de cómo esto incide en la fundamentación de la impunidad por desistimiento*, Revista Peruana de Jurisprudencia, 24, 2003, CXLI.

con un ejemplo: Mientras que quien ya ha suministrado en la bebida de la víctima el veneno que causará su muerte cuando la ingiera varias horas después, cuando vuelva, es una tentativa acabada (no requiere actos ulteriores del autor para que sobrevenga la consumación), como quiera que todavía puede evitar aquella, dado que la tentativa no ha salido de sus manos, la tentativa es aún imperfecta, frente a la perfecta, que es aquella en la que el autor no puede hacer ya nada por evitarlo [CXLIX s.]. La cuestión, así planteada, que por lo demás no se diferencia nada de la de un mayoritario sector doctrinal, encabezado por Roxin (75), que ve en casos como éste uno de tentativa inacabada, no sería descabellada si no fuera por cómo quiere fundamentar Benlloch Pettit la punición de una y otra tentativa, perfecta e imperfecta. Según Benlloch Pettit, en la tentativa imperfecta estamos presumiendo que el autor no hará nada por evitar la consumación, presunción que en Derecho penal está prohibida, aunque en el caso de la tentativa imperfecta esté justificada. Pero no porque la tentativa imperfecta constituya un peligro real para el bien jurídico, cosa que sí ocurre con la perfecta, sino porque ha mediado un peligro hipotético [CLII].

## XI. LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA

Hasta aquí, el concepto de tentativa. Lo que cae dentro del concepto de tentativa es punible en nuestro derecho. Ahora bien, ello no quiere decir que la graduación de la responsabilidad por tentativa no dependa de criterios relacionados con lo que la doctrina española ha utilizado, fallidamente, para acuñar su concepto de tentativa; ni significa, tampoco, que supuestos excluidos del concepto de tentativa no puedan dar lugar a responsabilidad penal por aplicación extensiva de la norma sancionatoria de la misma, algo que no debe escandalizar tratándose de normas de la PG donde, como sostiene Hassemer (76), las construcciones dogmáticas constituyen incluso criterios de Justicia que dicen más de una cultura jurídica que todas las formas delictivas juntas. De ser esto viable, que lo es, se alcanzará uno de los principales objetivos de la dogmática: precisión conceptual, de un lado, y amplitud de miras teleológica, de otro.

---

(75) Claus ROXIN, *El comienzo de la tentativa en la intervención de un intermediario lesivo contra sí mismo* (trad. LUIS ROCA AGAPITO), Actualidad Penal, 1999-2, pp. 589 ss.

(76) Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO), 1984, pp. 252 ss.

Que la causalidad putativa no pertenezca al concepto de tentativa de que parte el artículo 16.1, no significa que la necesidad de protección de los bienes jurídicos no permita ni justifique que, por razones de política criminal, basadas en dicha necesidad de protección, resulte conveniente hacer una interpretación extensiva de aquella norma.

De esta manera, al igual que ocurre con el establecimiento del momento de comienzo de la tentativa (por lo general punible) frente a la preparación (por lo general impune), donde es conveniente adelantarlo para que la lesión no sea ya irreversible, temática, ésta, en la que aquí no podemos entrar (77), es conveniente extender también la norma sancionadora de la tentativa a los casos de causalidad putativa conocidos como de «inidoneidad relativa» más próximos a la causalidad legal o real.

Es cierto que su ámbito no debe abarcar sólo a los casos en que la causalidad se basa en un criterio cuantitativo (dosis insuficiente de veneno); pero este supuesto ilustra muy bien sobre los límites en que debe realizarse la extensión: sólo lo colindante con la causalidad legal, desapareciendo el fundamento que justifica la extensión de la punibilidad por tentativa a medida que el caso se aparta de dicho límite.

Por lo demás, que el prototipo del injusto lo constituya la tentativa acabada, no excluye, sino todo lo contrario, la necesidad de prevenir ya el comienzo de la tentativa o tentativa inacabada. Es más, llegados a este punto, puede y debe insistirse en el hecho de que en la tentativa inacabada si bien es cierto que el autor puede todavía detener la continuación de lo necesario para consumar el delito (desde su posición: llegar a la tentativa acabada), ello no debe ocultar que incluso objetivamente, además de subjetivamente: plan del autor, hay ya un peligro elevado de consumación del delito: Que hay pocas situaciones tan peligrosas para la lesión de un bien jurídico, consumación, como el representado por una persona que ha decidido e iniciado la comisión de un delito poniendo en marcha un proceso causal idóneo que lo lesionará, es algo tan evidente como para comprender que la interpretación contraria, a la que nos hemos acostumbrado, se basa en el mito de la libertad, según el cual quien inicia algo siempre puede evitarlo si está en sus manos, sin tener en cuenta la inmensa cantidad de factores que ha puesto en marcha con la iniciación del delito, como para que sea más improbable que se detenga a que continúe.

---

(77) Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, LH-Cerezo Mir, p. 624 s.

## XII. LA ATENUACIÓN DE LA PENA EN LA TENTATIVA. CRITERIOS DE MEDICIÓN

El artículo 62, al establecer que «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», ha simplificado considerablemente el sistema de determinación de la pena que se preveía en la a. r., cuyo tratamiento específico de la tentativa, la frustración y el delito imposible tenía efectos inmediatos sobre la determinación de la pena: la inferior en un grado para el delito frustrado (art. 51), la inferior en uno o dos grados (el segundo facultativo) para el delito intentado e imposible (art. 52.I y II respectivamente) (*vid. supra*).

Lo que ha hecho el legislador de 1995, como ya se dijo, no ha sido prescindir de esas categorías, aunque ha dejado de nombrarlas expresamente, sino proporcionar un único criterio unitario: atenuación en un grado prescriptivamente para todos los casos, y facultad del segundo, también para todos los casos, que marca la diferencia con el régimen anterior, siendo el nuevo más flexible; proporcionando, además, una serie de criterios para su fijación, siendo a través de esos criterios por donde siguen jugando las categorías tradicionales, pues a nadie se le oculta que cuando el legislador habla de «peligro inherente al intento», está pensando en la mayor o menor idoneidad de la tentativa para producir el resultado (el criterio que antes determinaba la atenuación del delito imposible), y cuando se refiere «al grado de ejecución alcanzado», está pensando, entre otras cosas, en lo que antes se conocía como «tentativa» y «frustración».

Del nuevo artículo 62, por tanto, puede decirse: El primer criterio, «peligro inherente al intento», es el criterio de graduabilidad a efectos de la punición por tentativa de su *disvalor-resultado*; el segundo, «grado de ejecución alcanzado», es el criterio, a esos efectos, basado en el *disvalor-acción*.

Alcácer Guirao (78), que se ha ocupado reciente y brillantemente del tema, no separa nítidamente estos criterios porque ya en el segundo criterio pretende resolver, *ex ante*, lo que ha de resolver el primero, *ex post*; como consecuencia, todo ello, de su errónea concepción de la peligrosidad (*vid. supra*). Un ejemplo del autor permitirá comprender mejor su compleja construcción: Quien intenta envenenar con X dosis

---

(78) Tentativa inidónea, pp. 477 ss.

de veneno, comienza una tentativa idónea, suministrando auténtico veneno hasta llegar a la dosis X/2, momento a partir del cual, el farmacéutico, que se ha dado cuenta de su propósito, le ha proporcionado un falso veneno, que el autor sigue suministrando, convirtiéndose su tentativa en inidónea, no ha llevado a cabo una tentativa, y, por tanto, no ha agotado el segundo criterio de penalidad. Evidentemente, en contra de lo que dice Alcácer Guirao, el autor ha llevado a cabo una tentativa acabada típica; y lo que ha faltado, a efectos de penalidad, a partir de un momento determinado, no antes (menor peligrosidad) ni después (mayor peligrosidad), ha sido el primer criterio de medición. Este segundo criterio, además, sólo se puede constatar en una consideración *ex post*. El primero, como el ejemplo corrobora, con una consideración *ex ante*.

En cualquier caso, lo que no ha hecho el legislador español ha sido flexibilizar la punición de la tentativa hasta el extremo que lo hace el CP alemán, cuyo § 23 no sólo castiga como tentativa tanto la idónea como la inidónea, pero de causalidad adecuada, como la inidónea absoluta y relativa, de causalidad putativa, incluida la tentativa supersticiosa, sino que además somete a la discrecionalidad del tribunal prescindir de la pena en la tentativa supersticiosa y atenuar la pena (o no) de cualquier tentativa frente a la del delito consumado, con lo que relativiza la diferencia de injusto entre el delito intentado y el delito consumado.

El Derecho español no va tan lejos, y no sólo descarta la tentativa de causalidad putativa (sólo por extensión sería incluíble la inidoneidad relativa) (*vid. supra*), sino que para todos los casos de tentativa punible exige preceptivamente la atenuación del primer grado, quedando al arbitrio del tribunal sólo el segundo; pero éste para todas sus modalidades, no sólo para la inacabada ni para la inidónea, que, a su vez, pueden no beneficiarse de él.

¿Cuándo estará justificado este segundo grado de atenuación? Antes de eso: ¿Por qué no es preceptivo en ningún caso el segundo grado?

Como ha revelado la dogmática de la tentativa, no existe ninguna razón para distinguir entre tentativa idónea e inidónea, ya que no sólo toda tentativa es *ex post* inidónea sino que, además, que la inidoneidad sobrevenga en el último momento, después incluso de que la tentativa esté acabada, o lo haga en cualquier momento anterior, de tentativa inacabada, preparación o incluso antes de que el autor comience a actuar, depende del azar, y no afecta para nada a lo que sí es determinante de la gravedad del hecho, esto es, el comportamiento realizado. Es más, tampoco cabe distinguir, a efectos de lo que sí es importante, la gravedad del comportamiento, entre el delito consumado, la tentativa acabada e inacabada y la preparación, ya que todas son fases que forman un *continuum* difícil de desentrañar, dependiendo también mu-

chas veces del azar que la ejecución se haya detenido en una fase u otra (ni siquiera la distinción tentativa acabada-tentativa inacabada en que tanto insistió Armin Kaufmann es decisiva) (*vid. supra*).

Si se aceptan estas premisas tenemos respondida la segunda cuestión que se planteaba: El legislador español hace bien al establecer que en ningún supuesto de tentativa sea prescriptivo el segundo grado de atenuación, o que esté proscrito para alguno de ellos (en contra de lo que hacía la a. r.).

Ante esta situación, y para responder al primer interrogante (cuándo estará justificado aplicar el segundo grado de atenuación), cabe decir que, no obstante lo anterior, en atención a criterios muy relacionados con los que han llevado al legislador y a un sector de la doctrina a otorgar un significado especial al disvalor-resultado, que la doctrina del injusto personal no niega aunque no le otorga significado constitutivo del injusto ni de su gravedad, en atención a las repercusiones exteriores del delito: fundamentalmente alarma social, de la misma forma que el delito consumado se castiga más severamente que el delito no consumado, debe tenerse en cuenta que la inidoneidad de la tentativa haya sobrevenido antes o después, agravándose la responsabilidad a medida que la inidoneidad haya sobrevenido más tarde, que la tentativa haya avanzado más en la representación del autor respecto a lo necesario de su parte para que el delito se consume y que los medios empleados hayan sido más o menos idóneos para la producción del resultado, cayendo dentro de la tentativa los supuestos denominados de inidoneidad relativa (dosis insuficiente de veneno) pero con la máxima atenuación posible.

Cabe, incluso, que estos criterios se combinen: p. ej., conceder el segundo grado porque, aunque la tentativa estaba acabada, se emplearon medios sólo relativamente idóneos, o negarlo porque, a pesar de el inacabado de la tentativa, la preparación demostró gran energía criminal y los medios fueron muy peligrosos, etc. Es más, los criterios generales de determinación de la pena (atenuantes y agravantes), combinados con los específicos de la tentativa, pueden ser determinantes de la aplicación o no del segundo grado de atenuación de la tentativa.

El planteamiento aquí expuesto y defendido no coincide con otro que, desgraciadamente se está imponiendo en la doctrina española y que pretende restringir el máximo posible de libertad para el intérprete, tan esencial en la fase de determinación de la pena (79).

---

(79) *Vid. al respecto CUELLO CONTRERAS, Circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y sistema de determinación de la pena*, en: *Derecho y justicia penal en el siglo XXI. Liber amicorum* en homenaje al Profesor Antonio González-Cuellar García, ed. Julio DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, 2006, pp. 123 ss. y 124.

En efecto, en la doctrina española comienza a imponerse la idea de que algunos casos p. ej., tentativa inidónea y tentativa inacabada, recibían directamente el primer grado de atenuación:

Con la r. a. simpatizaba con esta atenuación preceptiva Farré Trepapat, Tentativa, 490: tentativa acabada, 492: delito frustrado, 194: tentativa inidónea, con el argumento añadido de que la atenuación facultativa dañaría la seguridad jurídica: 493.

Con mejor criterio, aboga por una aplicación lo más flexible posible de las normas de determinación de la pena en la tentativa Moreno-Torres Herrera, Tentativa de delito, 391 ss, si no fuese por el hecho de que sus precisiones sí le llevan a proponer un argumento reforzado de atenuación por la tentativa inacabada.

Ya con la n. r. las valiosísimas sugerencias sobre la forma de determinar la pena en la tentativa al hilo de los marcos y los criterios dados por el legislador al efecto como consecuencia de lo anteriormente dicho sobre el concepto de tentativa, en cuyos detalles ahora no podemos entrar, si bien un tanto centradas unilateralmente (en coherencia con los desarrollos conceptuales del autor) en la peligrosidad objetiva, que, además, aisladamente considerados son casi siempre válidos, nunca deben, en contra de lo que Alcácer Guirao propone [494 ss.], operar como criterios rígidos, esto es, que fuercen, con su sola presencia, al juez a aplicar el segundo grado de atenuación. Ni siquiera los casos más claros con los que la doctrina comienza a simpatizar, y en los que Alcácer Guirao insiste erróneamente, de la tentativa idónea hasta el final y acabada (¡ni siquiera la concurrencia de ambas simultáneamente!) debe forzar necesariamente al juez, aunque sí puede ser ese el caso, en ausencia de otras razones que lleven a fijar la pena de otra forma. En contra de lo que dice Alcácer Guirao, el elemento subjetivo y la impresión social pueden jugar un papel decisivo en la concreción de la pena. Ni el concepto de tentativa, es uno puramente objetivo, como propugna Alcácer Guirao, ni los criterios de determinación de la pena en la tentativa están así polarizados en la voluntad del legislador. Antes bien, si algo indica el artículo 62 es una voluntad de máxima flexibilidad (como el propio Alcácer Guirao reconoce a veces), en atención a la determinación de la pena (¡en contra de lo que históricamente ha ocurrido en este ámbito con la rigidez de atenuantes y agravantes!) (80), en un contexto conceptual de máximo respeto a las concepciones reinantes, ninguna de las cuales puede pretender que el legislador le ha dado la razón y sí esperar de ellas los mejores argumentos.

---

(80) CUELLO CONTRERAS, LAH-González-Cuéllar García, pp. 127 ss.

González Cussac (81), por su parte, arrancando de la concepción objetiva de la tentativa (*vid. supra*), ha reproducido ese esquema en el capítulo de la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios en el artículo 62. Así, quiere entender que sobre la base de que lo que se pune en la tentativa es la peligrosidad objetiva cuanto menos abstracta medida conforme a la experiencia general (peligrosidad potencial), dicha peligrosidad, plena en el delito consumado, e incompleta en el delito intentado, se desdobra, como el injusto, en un disvalor-acción y un disvalor-resultado, de ahí los dos criterios del artículo 62 para graduar la tentativa: peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, criterios que González Cussac, con otra doctrina muy extendida en la materia, concibe, ambas, objetivamente, por cuanto la experiencia general antes aludida dice a las claras que mientras más haya avanzado la ejecución mayor será el peligro para el bien jurídico y, por supuesto, mientras mayor haya sido el peligro creado más justificada estará la agravación de la pena por tentativa (con interesantes consideraciones, desde su perspectiva, sobre el juego del grado de ejecución en la determinación de la pena en los delitos de peligro).— Ahora bien, hay que responderle a González Cussac, si el grado de ejecución juega un papel tan importante en la graduación de la pena por tentativa (para González Cussac puede justificar el segundo grado de atenuación en la tentativa inacabada), aunque no haya creado el peligro que evalúa el criterio del grado de peligro, y aunque sólo sea a efectos de asegurar función propia al criterio que hace hincapié (también para los objetivistas) en el disvalor acción, no está tan claro que el criterio decisivo del concepto de tentativa y la determinación de su punibilidad se base sólo en la peligrosidad *ex post*.

Estos intentos olvidan por momentos que estamos hablando de criterios de determinación de la pena.

Un excelente estudio sobre la determinación de la pena de la tentativa y sus criterios es el de Doval País (82), de cuya riqueza de matices no podemos dar cuenta ahora, debiéndonos limitar a resaltar críticamente algunos aspectos destacados. Doval País, que comparte la fundamentación de la tentativa de Mir Puig, del peligro para el bien jurídico conforme a una consideración intersubjetiva *ex ante* [30], pero que extrae de la alusión legal a la adecuación objetiva de los actos para producir el resultado que en el CP no tienen cabida los intentos que en una consideración *ex post* no supusieron ninguna posibilidad de pro-

---

(81) GONZÁLEZ CUSSAC, en: Tomás S. VIVES ANTÓN (coord.), Comentarios al Código penal de 1995, volumen I, 1996, com. artículo 61 ss., pp. 371 ss.

(82) Antonio DOVAL PAÍS, *La penalidad de las tentativas de delito*, 2001,

ducción del resultado [50 s.], considera que: 1. El artículo 62 establece con carácter necesario la atenuación de la pena de la tentativa respecto a la del delito consumado [53]; ahora bien, los grados de la atenuación y su coordinación con las circunstancias genéricas modificativas de la responsabilidad penal son de carácter dispositivo para el tribunal [65]. 2. Los criterios de punición de la tentativa del artículo 62, de peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado, son: a) manifestaciones comunes del peligro característico de la tentativa [75 s., 77 s.], pero al mismo tiempo (b) manifestaciones específicas y distintas de determinar ese peligro: una tentativa puede estar más avanzada pero ser menos peligrosa que otra, p. ej. [79] 3. El peligro inherente al intento o probabilidad de consumación del delito emprendido, que es el mismo del fundamento de la tentativa, excluye una consideración *ex post*, o circunstancias sólo conocidas *ex post*, como, p. ej., que el disparo no pudo matar porque la víctima portaba un chaleco antibalas [80 ss., 84]. 4. El grado de ejecución alcanzado se basa en el plan del autor medido objetivamente, de manera que cuando los actos constituyan una secuencia suficiente para la consumación, la tentativa será acabada, y cuando sea necesario pero todavía no suficiente lo hecho, la tentativa será inacabada [91 ss., 105, 109], con consideraciones ulteriores sobre la armonización de las reglas de determinación de la pena en la tentativa con la existencia de tipos que contemplan ya agravaciones típicas específicas basadas también en el peligro (mayor de producción del resultado) [85 ss.]. 5. Finalmente, aborda Doval Pais el caso en el que los criterios de determinación de la pena en la tentativa se crucen [117 ss.]. En este aspecto, después de criticar a Alcácer Guirao, por su inclinación a exigir la doble atenuación en caso de tentativa idónea acabada [127 s.], sosteniendo que obligatorio sólo debe serlo el primer grado, acaba dándome la razón cuando concluye que será el caso concreto el que decida cómo desarrollar y aplicar los módulos que ofrece la ley [63, 128 ss.].— Este parecer, más adecuado al fin de la norma a interpretar que el de Alcácer Guirao, y muy semejante al de González Cussac (peligrosidad objetiva del grado de ejecución), sigue sin embargo demasiado polarizado al peligro (objetivo) de consumación, convertido en el único macrocriterio en la materia, que puede empañar otros: p. ej., alarma producida o especial intencionalidad.

Muy esclarecedor para el sistema español de determinación de la pena en la tentativa: mixto (preceptivo siempre el primer grado de atenuación y facultativo el segundo) puede ser lo que dice Frisch (83)

---

(83) Wolfgang FRISCH, *La atenuación del marco penal de la tentativa* (trad. de MARCELO S. SANCINETTI), ADP, 1994-II, pp. 159 ss.

del sistema alemán (atenuación siempre facultativa). Para llenar de contenido el sistema alemán, sin caer en la arbitrariedad, propone Frisch las siguientes pautas: 1. Debe huírse de una valoración total del caso que, p. ej., lleve al juez a la conclusión de no atenuar la pena por los motivos del hecho [164]. No se trata de otorgar discrecionalidad absoluta, pero sí de negar también que quepa una decisión legal estricta [170]. 2. La distinción entre tentativa acabada e inacabada, a estos efectos, debe ser matizada: a) En primer lugar, porque hay tipos delictivos que lo que realmente tipifican (delito consumado) es una tentativa acabada, en los cuales, por tanto, la distinción entre tentativa = atenuación, y consumación = no atenuación, se viene al traste [171 s., 173, 174 ss., 187], sin que, por lo demás, quepa dudar del sentido que tiene el hecho de que el legislador haya creado esos tipos ni pensar en «enmendarle la plana» por vía interpretativa. En cambio, no está justificada la atenuación automática ni siquiera en los propios delitos de resultado, los que tipifican la creación de un resultado lesivo definitivamente de un bien jurídico, en los que aparece un especial disvalor-resultado que justifica la atenuación de la tentativa respecto al delito consumado [176 s., 178 ss.]. b) En segundo lugar, no tiene sentido privilegiar la tentativa inacabada frente a la acabada, en general, ya que ambas forman un *continuum* en los delitos de resultado y en los que tipifican tentativas acabadas, su ámbito de tentativa, todo, coincide prácticamente con el de la tentativa acabada, con lo que la atenuación se convertiría en preceptiva [187]. 3. Está perfectamente justificada la atenuación de la tentativa inidónea [184 s.]. Es más, las dudas constantes acerca de su punición se basan en su menor gravedad respecto a ese aspecto de la valoración a que antes se aludía (en este caso desde el principio) del disvalor-resultado.

Sancinetti (84), después de criticar a Frisch, por: 1) volver a introducir la atenuación (obligatoria) en los delitos de resultado, siendo así que la reforma alemana que convirtió la atenuación obligatoria de la tentativa en facultativa precisamente lo hizo huyendo de ese pseudo-axioma: que la mera ausencia de resultado justifique necesariamente la atenuación; 2) excluir la posibilidad de estimar la atenuación por tentativa en los delitos de actividad, siendo así que su resultado (cortado): p. ej., la denuncia falsa no seguida de condena, al fin y al cabo se ha producido y si está tipificada expresamente (en lugar de limitarse el legislador a agravar la pena si el resultado último se produjera) es porque tiene un contenido material propio. 3) excluir la atenuación en los delitos de actividad; lo que vulnera el principio de igualdad que Frisch

---

(84) *Fundamentación subjetiva del ilícito*, pp. 123 ss. y 134 ss.

defiende, ya que si el delito de mera actividad está apenas iniciado (comienzo de la tentativa) y sólo se permite una atenuación del marco penal, pero no, además, una individualización de la pena especialmente favorable (por constituir, según Frisch una doble atenuación), se está impidiendo en los delitos de actividad lo que no se impide (una supuesta doble atenuación) en los delitos de resultado. Sancinetti, como decimos, después de criticar la teoría de Frisch, sostiene la suya propia, caracterizada, muy someramente, por razones de espacio, así: 1. Tanto en los delitos de resultado como en los de actividad, la tentativa inacabada debe dar lugar a la atenuación de la tentativa, marco general, y dentro de él, a su vez, nada se opone a una segunda atenuación a modo de individualización de la pena [140 ss.]. 2. En la tentativa acabada, en cambio, la atenuación del marco de la pena sólo está justificada cuando se trate de una tentativa inidónea lindante con la burda insensatez, en aplicación de su fórmula, que ya conocemos (*vid. supra*), de «imprudencia invertida» (85), lo que le lleva a construir una escala de gravedad que puede ser ilustrada con un ejemplo de Jakobs modificado: El autor quiere envenenar a un niño con valeriana (no peligrosa), pero por error le suministra *valium* (peligroso), lo que da lugar a una tentativa burdamente insensata junto a un homicidio imprudente [150 ss., 160, 161 s.].

De este valiosísimo ensayo de Sancinetti, que puede operar y operará muchas veces en la práctica, con los argumentos y conclusiones que el propio Sancinetti propone, lo único cuestionable es que pretenda axiomatizarlo, esto es, aplicar el esquema con la rigidez propia de los elementos del tipo, que persiguen la igualdad de los casos, siendo así que la norma en cuya aplicación se tienen en cuenta es una norma de determinación de la pena, que obliga a individualizar, no a generalizar, para lo cual los criterios han de contemplarse simultáneamente (86). Baste pensar en lo que ocurriría si, p. ej., nos encontramos con una tentativa inidónea lindante con la burdamente insensata (en la terminología de Sancinetti), y, además, inacabada, para que haya necesidad de ponderar cada uno de estos dos factores de medición de la pena, ninguno de ellos preferente, con lo que los criterios de Sancinetti más allá de la mera sugerencia no vinculante, no absolutos, se van al traste.— Si se conciben los criterios de medición de la pena del artículo 62

---

(85) Para SANCINETTI, mientras que en la imprudencia el síndrome de riesgos contiene peligros cada vez más alejados de la lesión, en la tentativa inidónea el síndrome lo es de grados de peligro cada vez menores de lesión para el observador objetivo en lugar del autor.

(86) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LAH-GONZÁLEZ-CUÉLLAR GARCÍA, p. 129 s.

para la tentativa en el mismo sentido que las circunstancias modificativas genéricas nominadas: que obligan taxativamente a tomar la pena de un marco restringido, en lugar de someterlos al régimen de la circunstancias genéricas innominadas, que no restringen el marco fijado en el tipo (87), ése es el peligro de las tesis que se están defendiendo en España en torno al nuevo artículo 62, se estará perpetuando el catastrófico sistema español de determinación de la pena (88).

---

(87) «1. En la aplicación de la pena, tratándose de delitos dolosos, los jueces y tribunales observarán, según haya o no circunstancias atenuantes o agravantes [art. 21 y 22: circunstancias genéricas nominadas], las siguientes reglas: 1.<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una circunstancia atenuante, aplicarán la pena en la mitad inferior de la que fije la ley para el delito» ... «3.<sup>a</sup> Cuando concurra sólo una o dos circunstancias agravantes, aplicarán la pena en la mitad superior de la que fije la ley para el delito» ... «6.<sup>a</sup> Cuando no concurren atenuantes ni agravantes aplicarán la pena establecida por la ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho [circunstancias innominadas]» (art. 66 CP)

(88) *Vid.* al respecto CUELLO CONTRERAS, LAH-González-CUÉLLAR GARCÍA, p. 135.