

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO

# LA TENTATIVA INIDÓNEA

Fundamento de punición y configuración del injusto

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

# ÍNDICE

	Pág.
NOTA PRELIMINAR .....	7
ABREVIATURAS .....	9
INTRODUCCIÓN.....	11
I. OBJETO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN .....	11
II. SOBRE EL CONCEPTO DE TENTATIVA Y DE TENTATIVA INIDÓNEA.....	15

## PRIMERA PARTE TEORÍAS SOBRE EL FUNDAMENTO DE PUNICIÓN DE LA TENTATIVA INIDÓNEA

### CAPÍTULO PRIMERO FUNDAMENTO DE PUNICIÓN BASADO EN LA VOLUNTAD CONTRARIA A DERECHO

I. PUNICIÓN DE LA VOLUNTAD MANIFESTADA .....	23
1. Teoría subjetiva clásica.....	23
A. Introducción .....	23
B. La tentativa inidónea en el <i>Reichsgericht</i> : dos argumentos lógico-formales.....	25
a) La negación de la existencia del peligro.....	25
b) La conclusión inversa del § 59 <i>StGB</i> .....	29
C. Exigencias materiales y dogmáticas. Razones del auge de la teoría subjetiva. ....	31
a) Seguridad jurídica .....	32
b) Razones de carácter dogmático.....	33
c) «Le scandale de l'impunité». Razones político-criminales. ....	35
D. La tentativa irreal.....	38
2. La tentativa inidónea y el finalismo .....	40

	Pág.
A. Introducción .....	40
<i>a)</i> La teoría clásica del delito y la tentativa. Los elementos subjetivos del tipo .....	40
<i>b)</i> La tentativa inidónea como figura ajena a una concepción objetiva del injusto. Tres ejemplos de contradicción intrasistemática...	43
<i>aa)</i> Culpabilidad sin antijuridicidad .....	44
<i>bb)</i> Existencia de dos normas de conducta .....	45
<i>cc)</i> Espiritualización del concepto bien jurídico.....	47
B. El desvalor de acción como esencia del injusto. Posición de Welzel.	48
<i>a)</i> La ubicación sistemática de la tentativa inidónea .....	48
<i>b)</i> Los valores ético-sociales del acto y el fundamento material de punición de la tentativa inidónea.....	50
<i>aa)</i> El fundamento de punición de la tentativa inidónea en Welzel.....	50
<i>bb)</i> La tentativa supersticiosa como injusto no merecedor de pena .....	56
3. La teoría subjetiva extrema del injusto .....	60
A. Exposición doctrinal.....	60
<i>a)</i> La tentativa inidónea como prototipo del injusto.....	60
<i>b)</i> La tentativa supersticiosa como injusto eventualmente no necesitado de pena.....	63
B. Valoración crítica: concepción subjetiva <i>vs.</i> concepción objetiva de la norma .....	64
II. OBJETIVACIÓN DEL CONTENIDO DE LA VOLUNTAD .....	71
1. Introducción .....	71
2. Idoneidad de la representación del autor .....	72
A. Exposición de la evolución doctrinal.....	72
<i>a)</i> Teoría de la idoneidad del plan del autor.....	72
<i>b)</i> Teoría del error nomológico y ontológico .....	73
<i>c)</i> Teoría de la causalidad putativa (Struensee) y teoría del sentido social típico (Gracia Martín).....	75
<i>aa)</i> Teoría de la causalidad putativa.....	75
<i>bb)</i> La exigencia del «sentido social típico» .....	77
B. Consideraciones críticas sobre las teorías relativas a la idoneidad de la representación del autor .....	78
3. La racionalización de la representación del autor. Posición de Gimbernat .....	86
A. Exposición doctrinal.....	86
B. Consideraciones críticas .....	87

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**FUNDAMENTO DE PUNICIÓN BASADO EN LA PELIGROSIDAD**  
**DEL AUTOR**

I.	EXPOSICIÓN DOCTRINAL.....	91
	1. La peligrosidad del autor frente a la teoría subjetiva. Bases preventivo-especiales.....	91
	2. La tentativa inidónea como objeto de medida de seguridad.....	94
	3. La doble concepción del peligro: peligrosidad de la acción o del autor...	96
II.	VALORACIÓN CRÍTICA .....	101

**CAPÍTULO TERCERO**  
**FUNDAMENTO DE PUNICIÓN BASADO EN EL PELIGRO**  
**DE LA ACCIÓN PARA EL BIEN JURÍDICO**

I.	INTRODUCCIÓN. FEUERBACH Y EL CRITERIO DE LA CAUSALIDAD POTENCIAL.....	107
II.	TEORÍAS QUE PARTEN DE UN ENJUICIAMIENTO <i>EX POST</i> DEL PELIGRO .....	110
	1. Diferenciación entre inidoneidad absoluta e inidoneidad relativa. ....	110
	A. Exposición doctrinal.....	110
	B. Valoración crítica .....	113
	2. Teorías formales. La (moderna) teoría de la falta de tipo.....	118
	A. Exposición .....	118
	a) La ausencia de un elemento típico no perteneciente al curso causal.....	119
	b) Exigencia de un «comienzo de ejecución».....	120
	c) Una acción consumada no puede ser una tentativa .....	122
	B. Valoración crítica .....	123
	a) Consideraciones críticas sobre los diferentes argumentos formales .....	123
	b) Consideraciones sobre las bases materiales de la teoría de la falta de tipo: la teoría de las normas de Binding y la tentativa como «realización parcial» del delito .....	128
	3. Combinación de juicio <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> . Juicio <i>ex ante</i> «ontológico»....	131
	A. Exposición doctrinal.....	131
	a) Combinación de juicios <i>ex ante</i> y <i>ex post</i> : posición de Spindel ...	132
	b) Contemplación «ontológica» <i>ex ante</i> : posición de Núñez Barbero .....	133
	B. Valoración crítica .....	134

	Pág.
a) Spendel y Núñez Barbero, ¿nuevas concepciones de la teoría objetiva?.....	134
b) Modelos de enjuiciamiento sobre el peligro.....	137
c) Conclusiones críticas al juicio de peligro <i>ex post</i> del peligro en la tentativa. ....	145
d) ¿Identidad estructural entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto?.....	149
III. TEORÍAS QUE PARTEN DE UN JUICIO DE PELIGRO <i>EX ANTE</i> .....	155
1. Exposición doctrinal.....	155
A. Orígenes doctrinales. La prognosis posterior de von Liszt.....	155
B. La teoría de la peligrosidad en la actualidad .....	156
2. Consideraciones críticas .....	157
A. Introducción. Teoría de la imputación objetiva y juicio de peligrosidad <i>ex ante</i> .....	157
B. Lo objetivo y lo subjetivo en un plano ontológico. Cuestiones metodológicas.....	159
C. Lo objetivo y lo subjetivo en un plano sistemático. Los conocimientos especiales del autor .....	171
D. Críticas a la aplicabilidad práctica del principio de adecuación.....	174
IV. LA TENTATIVA COMO DELITO DE PELIGRO ABSTRACTO.....	176
1. Exposición doctrinal.....	176
A. Propuesta de Bustos de <i>lege ferenda</i> .....	176
B. Tesis de Kratzsch: la regulación de la tentativa en el <i>StGB</i> como un delito de peligro abstracto.....	179
2. Valoración crítica .....	181
3. ¿Identidad de la tentativa inidónea y los delitos de peligro abstracto? ...	184

CAPÍTULO CUARTO  
**FUNDAMENTO DE PUNICIÓN BASADO  
 EN EL QUEBRANTAMIENTO DE LA VIGENCIA  
 DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

I. INTRODUCCIÓN. EL FIN DE LA PENA EN LOS HEGELIANOS. ....	195
II. LA TEORÍA DE LA IMPRESIÓN .....	197
1. Exposición doctrinal.....	197
A. Orígenes doctrinales.....	197
B. La teoría de la impresión en la actualidad .....	200
2. Valoración crítica .....	205
III. EL QUEBRANTAMIENTO DE LA VIGENCIA DEL BIEN JURÍDICO. ....	216
1. El bien jurídico como ente ideal.....	216

	Pág.
A. Exposición doctrinal.....	216
B. Consideraciones críticas .....	218
a) Dos concepciones de bien jurídico: protección por la norma de conducta y protección por la imposición de la penal .....	218
b) Conclusiones críticas.....	229
2. Posición de Zaczyk: quebrantamiento de la relación interpersonal de libertad.....	232
A. Exposición doctrinal.....	232
B. Valoración crítica. ....	235
IV. LA TEORÍA DE LA EXPRESIÓN.....	238
1. Exposición doctrinal.....	238
A. Posición de Jakobs y Vehling .....	238
B. Posición de Kindhäuser.....	242
2. Valoración crítica .....	244

## SEGUNDA PARTE

### **EL DELITO COMO LESIÓN DE BIENES JURÍDICOS O COMO LESIÓN DE DEBER. CONSECUENCIAS PARA LA TENTATIVA**

#### CAPÍTULO PRIMERO

#### **DOS MODELOS DE DERECHO PENAL: PROTECCIÓN DE BIENES JURÍDICOS O PROTECCIÓN DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO**

I. RESUMEN DE LA PRIMERA PARTE Y PLANTEAMIENTO DEL TEMA.....	253
II. FINES DEL DERECHO PENAL Y METODOLOGÍA TELEOLÓGI- CO-VALORATIVA .....	256
III. DOS MODELOS DE PROTECCIÓN. PRESENTACIÓN ESTRUC- TURAL .....	257
IV. LOS FINES DEL DERECHO PENAL.....	260

#### CAPÍTULO SEGUNDO

#### **LESIÓN DEL BIEN JURÍDICO O LESIÓN DE DEBER. CONSECUENCIAS PARA LA TENTATIVA**

I. INTRODUCCIÓN. LA TENTATIVA COMO ACCIÓN PELIGROSA PARA EL BIEN JURÍDICO O COMO ACCIÓN LESIVA DE LA VI- GENCIA DE LA NORMA .....	263
II. EL CONTENIDO DEL INJUSTO Y EL FUNDAMENTO DE PUNI- CIÓN DE LA TENTATIVA .....	265

	Pág.
III. EL CRITERIO DE LESIVIDAD Y EL MARGEN DE RELEVANCIA PENAL DE LA TENTATIVA .....	269
IV. TOMA DE POSTURA. FINES DEL DERECHO PENAL Y TENTATIVA .....	276
1. El delito como lesión de bienes jurídicos.....	276
2. La peligrosidad <i>ex ante</i> como margen mínimo de punición. La mínima prevención necesaria.....	280
3. Fines del Derecho penal y fundamento de punición de la tentativa.....	283

**TERCERA PARTE**  
**EL INJUSTO PENAL Y LA NUEVA REGULACIÓN**  
**DE LA TENTATIVA**

**CAPÍTULO PRIMERO**  
**EL INJUSTO DEL DELITO CONSUMADO Y EL INJUSTO**  
**DE LA TENTATIVA**

I. LA NUEVA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA Y EL CONTENIDO DEL INJUSTO. INTRODUCCIÓN METODOLÓGICA .....	293
II. EL CONTENIDO DEL INJUSTO EN EL DELITO DOLOSO CONSUMADO.....	300
1. El peligro de lesión como fundamento del injusto penal .....	300
2. El contenido del injusto. Desvalor de acción y desvalor de resultado.....	302
A. Desvalor de acción y desvalor de resultado. Perspectiva <i>ex ante</i> y perspectiva <i>ex post</i> .....	302
B. El desvalor de acción. Concreciones.....	303
a) Elemento esencial del injusto. Tipo objetivo y tipo subjetivo. ...	303
b) El tipo subjetivo: la configuración del dolo.....	304
c) Desvalor de acción, creación de un riesgo típicamente relevante y la relevancia del dolo: el grado cuantitativo del peligro típico .....	313
C. El desvalor de resultado .....	327
a) Acepciones de resultado y desvalor de resultado.....	327
b) El desvalor de resultado como parte integrante del injusto.....	332
III. EL CONTENIDO DEL INJUSTO DE LA TENTATIVA .....	345
1. Introducción .....	345
2. Tentativa inidónea e injusto. Diversas acepciones de desvalor de acción y desvalor de resultado .....	346
3. El injusto de la tentativa .....	350
A. Ampliación de los grados del injusto objetivo en atención a las formas de enjuiciamiento del peligro.....	350

	Pág.
B. La tentativa inidónea como injusto sin desvalor de resultado, ¿una incongruencia sistemática? .....	353
C. El tipo subjetivo de la tentativa .....	354

**CAPÍTULO SEGUNDO**  
**LA REGULACIÓN LEGAL DE LA TENTATIVA**

I. LA TENTATIVA INIDÓNEA Y EL CÓDIGO PENAL .....	359
II. LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA.....	369
1. Introducción .....	369
2. El «grado de ejecución alcanzado» .....	371
3. El «peligro inherente al intento».....	382
4. Combinación de ambos criterios. Conclusiones sobre la penalidad de la tentativa .....	384
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	<b>397</b>

## NOTA PRELIMINAR

La presente edición que ahora publica Marcial Pons en Argentina es idéntica a la que, ya agotada, publicó en el año 2000 la editorial Comares en España. Como tras su relectura suscribo, en lo esencial, lo que entonces escribí, y como las similitudes entre la legislación argentina y española son, en lo que a la tentativa atañe, mayores que sus diferencias, he optado por mantener inalterado su contenido.

Agradezco a la editorial Marcial Pons la posibilidad de resucitar lo que constituyó el trabajo que presenté como tesis doctoral en la Universidad Complutense. Y a Héctor Alejandro David su insistencia en que estas páginas habrían de ser de interés para el lector latinoamericano.

# INTRODUCCIÓN

**SUMARIO:** I. OBJETO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN.—II. SOBRE EL CONCEPTO DE TENTATIVA Y DE TENTATIVA INIDÓNEA.

## I. OBJETO Y MÉTODO DE LA INVESTIGACIÓN

Como algún autor ha resaltado, la introducción de un nuevo Código Penal no puede conllevar únicamente la modificación de los números del articulado respecto del antiguo cuerpo legislativo, sino que es preciso realizar un detenido análisis de las implicaciones dogmáticas y político-criminales que la nueva legislación incluye, para lo que será necesario distanciarse, en lo posible, de los hábitos mentales vinculados al Código anterior<sup>1</sup>. Dicho esfuerzo exegético no implica, ciertamente, hacer *tabula rasa* y abandonar la construcción categorial y conceptual lograda a lo largo de los años por la ciencia jurídico-penal, pero sí asumir las consecuencias dogmáticas a que el nuevo Código Penal puede abocar, procediendo a su integración en el sistema del delito. Por lo demás, toda nueva regulación jurídico-penal obliga a tener muy en cuenta la clásica advertencia de Kirchmann, y a resignarse al hecho de que con el nuevo Código Penal algunas obras de nuestra biblioteca pueden acabar en la basura.

Ello es lo que, en primer lugar, ha de plantearse en relación a la *tentativa inidónea*, por cuanto respecto de la misma las modificaciones legales son, a primera vista, notables. Sabido es que el actual Código Penal omite toda referencia expresa a «los casos de imposibilidad de producción o de ejecución del delito», formulación establecida en el art. 52.2 del Código Penal derogado y donde un numeroso sector doctrinal consideraba recogida la regulación de la tentativa inidónea<sup>2</sup>. Junto a esa desaparición nominal, la nueva definición legal de la tentativa incluida en el art. 16 parece venir a imprimir, con respecto a la definición anterior, una mayor orientación a lo «objetivo» y —a tenor también del art. 62— al peligro efectivo de la conducta. Ambas circunstancias podrían llevar a concluir que la tentativa inidónea ha desaparecido del Código Penal actual. En otras palabras, que habría que arrojar al cesto de los papeles las obras que se habían venido ocupando de esta figura.

---

<sup>1</sup> MIR PUIG, PG (1996), *Prólogo*, p. XXIII.

<sup>2</sup> Cfr., por todos, FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 355 y ss. *Vid.* también *infra*, Parte tercera, capítulo segundo, I, 1.

Dicha modificación legal es el punto de arranque de esta investigación. En ella se intentará dilucidar si la tentativa inidónea *es* punible con arreglo al Código Penal vigente. No obstante, dicha cuestión habrá de ser resuelta al final de la obra, tras haberse analizado y tomado postura por la discusión relativa a si la tentativa inidónea *debería* o no ser, en abstracto, punible. En este sentido, la línea de argumentación no se asentará en el Derecho positivo, sino que se orientará primordialmente desde criterios *político-criminales*, a partir de determinados presupuestos axiológicos y valorativos, los cuales ofrecerán las razones que justifiquen la opción por la punición o impunidad de la tentativa inidónea.

Dicho criterio metodológico no debe extrañar si se asume que la interpretación del Derecho positivo no puede venir dada exclusivamente por la mera redacción gramatical de sus disposiciones, sino que, para concretar el marco semántico de las proposiciones lingüísticas establecidas en la ley, se hace precisa la determinación y aplicación de determinados presupuestos valorativos que informarán la exégesis de los tipos legales. Si se asume, en otras palabras, que la política criminal es parte integrante y esencial de la labor dogmática. En este sentido, veremos que la respuesta acerca de si la tentativa inidónea aparece incluida en el ámbito de punición establecido para la tentativa por el legislador no podrá obtenerse de la mera lectura de los artículos de referencia, la cual, dada su amplitud semántica, permitirá diversas interpretaciones al respecto, sino que ello, a la postre, dependerá de los presupuestos político-criminales que se considere hayan de informar el sistema del delito, siempre que la interpretación derivada de los mismos no contradiga el sentido literal posible de las disposiciones legales. Por ello, sólo una vez establecidos dichos presupuestos valorativos podrá darse una respuesta *fundamentada* a esa cuestión.

En el enconado debate doctrinal surgido sobre esta materia tras la introducción del Código Penal de 1995, algunos autores han afirmado efectivamente la desaparición legal de la tentativa inidónea, amparándose en que tal ha sido la intención que ha llevado al legislador a introducir esas modificaciones<sup>3</sup>. A este respecto, considero que la *voluntas legislatoris* no puede servir como exclusivo criterio interpretativo para dar solución a la discusión. Aparte de las dificultades inherentes a la pretensión de hallar en el texto legal el sentido de dicha intención del legislador, la cuestión relativa a la punición de la tentativa inidónea no podrá hacerse depender de la concreta —y supuesta— pretensión del legislador en lo tocante a la génesis de los arts. 16 y 62 del nuevo Código Penal, sino que ello habrá de venir inferido de los presupuestos político-criminales que informan todo el sistema, los cuales otorgarán un marco de sentido valorativo uniforme y coherente a todo el ámbito de la teoría del delito. Como ha afirmado Gimbernat, «la ley tiene su propia lógica objetiva, independiente de la voluntad subjetiva de quien en concreto ha redactado un determinado precepto»<sup>4</sup>. Y esa lógica objetiva de la ley habrá de venir, en gran parte, determinada por dichos presupuestos político-criminales: por los fines y principios del Derecho penal. Así, el orden metodológico habrá de ser el siguiente: en primer

<sup>3</sup> En esta línea se orientan las consideraciones de QUINTERO/MORALES/PRATS, PG, pp. 466 y ss., por ejemplo.

<sup>4</sup> GIMBERNAT ORDEIG, en el *Prólogo* a la segunda edición del Código Penal de Tecnos, p. 29.

lugar, establecer los fines del *ius puniendi* considerados legítimos; a partir de los mismos, habrá de darse respuesta a si la tentativa inidónea *debería* ser punible, y, en tercer lugar, confrontar si esa decisión político-criminal es compatible con la regulación positiva de la tentativa establecida por el nuevo Código Penal.

No es preciso entrar a aportar las razones que abogan por una *metodología teleológica* en la construcción dogmática del sistema del delito. Baste con afirmar que decisiones con tan relevantes implicaciones valorativas como son la de prohibir y (des)valorar una conducta: antijuridicidad, y la de determinar la imposición de una sanción penal: punibilidad, sólo pueden venir lógicamente inferidas de otra decisión valorativa, si no se quiere incurrir en una falacia naturalista<sup>5</sup>. Ello es, por lo demás, especialmente patente en materia de tentativa, cuya razón de ser última sólo se justifica a partir de un adelantamiento en la punición de las conductas, motivado precisamente en atención a necesidades preventivas<sup>6</sup>. Así, dado que son los fines del Derecho penal los que habrán de servir como presupuesto axiológico para la construcción del sistema del delito, estimo que toda obra que verse sobre una figura dogmática de la Parte General habrá de incluir en sus consideraciones una más o menos explícita toma de postura respecto de los fines que debe cumplir el Derecho penal, desde los cuales habrá de conformarse el ámbito y contenido de la figura en estudio. No obstante, un estudio detallado y crítico de las distintas concepciones que han intentado e intentan justificar la labor del Derecho penal excedería, dada su complejidad, del ámbito que esta obra pretende abarcar. Por ello, y sin que ello obste a que se emitan ciertas consideraciones sobre la cuestión<sup>7</sup>, la discusión en esta materia se centrará en sus implicaciones dogmáticas: a partir de las dos formas de concebir el injusto penal a que llevan lo que pueden considerarse los dos modelos genéricos sobre el fin del Derecho penal: protección de bienes jurídicos y protección de la vigencia del ordenamiento jurídico. De la oposición de estos dos modelos emanan dos concepciones opuestas del hecho punible: lesión de bienes jurídicos frente a lesión de deber —o de la norma—, las cuales habrán de llevar a diferentes conclusiones en relación con la tentativa. Ello es lo que justificará su análisis.

En este sentido, el ámbito de estudio de la obra no se agota en los dos primeros puntos citados: fundamento de punición de la tentativa y modelos genéricos del hecho punible, sino que también abarcará un más concreto análisis de la *configuración del injusto penal*, a partir de la concepción del mismo consideraba preferible de entre las dos en pugna que, adelanto ya, será la derivada del fin de protección de bienes jurídicos. La punición de la tentativa inidónea no sólo debe fundamentarse en los fines del *ius puniendi*, ni sólo debe ser compatible con la regulación positiva, sino que asimismo debe poder insertarse sin fricciones en el sistema global del injusto. Por ello, las implicaciones recíprocas entre fines del Derecho penal, configuración del injusto y punición de la tentativa inidónea obligan a un análisis de los tres extremos de la relación. Así, tanto el contenido

<sup>5</sup> Sobre ello, también *infra* Parte primera, capítulo primero, I, B, b), aa).

<sup>6</sup> Así, entre otros, MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG (1996), p. 37.

<sup>7</sup> Para un estudio exhaustivo sobre la justificación del Derecho penal, me remito a mi libro *Los fines del Derecho penal*, de próxima publicación en la editorial Comares.

y determinación conceptual del injusto como el fundamento de punición de la tentativa dependerán del modelo de fundamentación del Derecho penal, por lo que sólo cuando ambas cuestiones se infieran de un *telos* uniforme, podrá pretenderse esa inserción de la tentativa en el concepto del injusto. En este sentido, la tentativa inidónea presenta especial trascendencia para esta cuestión, por cuanto en muchas ocasiones la punición de la misma, si bien amparada en determinadas finalidades preventivas, ha sido considerada una *excepción* tanto material como sistemática en una concepción del injusto construido en torno al fin de protección de bienes jurídicos<sup>8</sup>. Por otra parte, no puede por menos que destacarse la propia relevancia que la figura de la tentativa ha tenido para la concepción del injusto. Así, es sabido que el principal argumento sistemático en que se ampararon los finalistas para introducir el dolo en el injusto no fue otro que el «argumento de la tentativa»<sup>9</sup>. De modo similar, quienes actualmente postulan un concepto de injusto como lesión de deber, o como «lesión de la vigencia de la norma», frente al clásico y mayoritario de lesión del bien jurídico, se sirven también de la presencia de la tentativa inidónea en el sistema de imputación, afirmando que sólo aquel concepto del delito es capaz de abarcar el injusto de dicha figura<sup>10</sup>.

Recapitulando, el orden expositivo de la obra es el siguiente:

La *Primera parte* está dedicada a la exposición y crítica de los diversos fundamentos de punición de la tentativa que ha venido manteniendo la doctrina. La ya citada importancia tanto de los fines del Derecho penal como de la configuración del injusto para esta cuestión nos obligará, a lo largo de dicha exposición crítica, a detenernos en distintos aspectos de la teoría jurídica del delito que trascienden de la mera discusión acerca de la tentativa, si bien muy vinculados a la misma; aspectos como el concepto y contenido de las normas jurídico-penales, el concepto del bien jurídico o los criterios de enjuiciamiento del peligro de las conductas, entre otros.

La *Segunda parte* está dedicada, junto a una breve toma de postura sobre los fines del Derecho penal, a la exposición crítica de las consecuencias que dichos fines conllevan para la concepción del injusto, oponiendo el clásico concepto de la lesión de bienes jurídicos al concepto de delito como lesión del deber, y se destacan, a su vez, las consecuencias de uno y otro para la legitimación y ámbito de punición de la tentativa inidónea.

Por último, en la *Tercera parte* se opta por el concepto y contenido de injusto que se considera dogmáticamente válido, a tenor de los fines defendidos, planteando la dependencia del injusto de la tentativa del injusto del delito consumado. Asimismo, se estudia la nueva regulación de la tentativa, deteniéndonos no sólo en el ámbito de punición que la misma dispone: es decir, en si la tentativa

---

<sup>8</sup> *Vid.*, por ejemplo, GALLAS, *Bockelmann-FS*, p. 159. Ello es especialmente patente entre los defensores de la teoría de la impresión: cfr. *infra* Parte primera, capítulo cuarto, II, 1, B. En nuestra doctrina, ese carácter excepcional de la punición de la tentativa inidónea dentro del sistema delictivo ha sido destacado sobre todo por TORÍO LÓPEZ, *Indicaciones, passim*.

<sup>9</sup> Cfr. *infra* Parte primera, capítulo primero, I, B, a).

<sup>10</sup> Cfr. *infra* Parte segunda, capítulo primero, I.

inidónea es punible con arreglo al Código Penal vigente, sino también en el análisis de los criterios de penalidad que el nuevo Código Penal establece para la determinación de la pena de la tentativa.

## II. SOBRE EL CONCEPTO DE TENTATIVA Y DE TENTATIVA INIDÓNEA

Antes de comenzar con el estudio del fundamento de punición de la tentativa inidónea, se hace preciso determinar el propio objeto de estudio, es decir, establecer qué ha de entenderse por «tentativa inidónea». En una primera aproximación, podría afirmarse que la noción de «inidoneidad» viene a significar la característica propia de las acciones que no son aptas para producir el resultado a que se dirigen. Pero con ello no llegaríamos muy lejos: precisamente, lo característico de la figura de la tentativa, idónea e inidónea, es que no llega a producir el resultado. En este sentido, se ha resaltado en alguna ocasión la imprecisión inherente al término «tentativa inidónea», imprecisión que viene dada, se afirma, porque «todas las tentativas son, por definición, inidóneas»<sup>11</sup>. La misma objeción se ha planteado respecto de dicho término por otro sector doctrinal, pero precisamente por la razón contraria: se afirma que «la tentativa, por definición, debe ser idónea»<sup>12</sup>, con lo que la tentativa inidónea sería, en realidad, una contradicción en los términos. Quizá en este sentido, un numeroso sector doctrinal español se ha venido sirviendo hasta la actualidad de la confusa noción del «delito imposible»<sup>13</sup> —que aquí no será empleada—; y quizá por ello también se ha podido afirmar que la tentativa inidónea no es, en realidad, una tentativa, sino una figura de naturaleza diversa<sup>14</sup>. En palabras de Torío, «la tentativa inidónea o imposible, al implicar una acción carente de peligrosidad para el bien jurídico, no es propiamente tentativa. Es un *constructum* con el que se pretende cerrar lagunas, una realidad independiente, *sui generis*, no reconducible al concepto originario, natural, de delito intentado»<sup>15</sup>.

No puede extrañar, a la vista de estos antecedentes, que la doctrina haya resaltado el notable desacuerdo conceptual existente en la discusión sobre la punición de la tentativa inidónea<sup>16</sup>. Dos cuestiones diversas, si bien íntimamente relacionadas, se plantean en relación al componente conceptual del problema. En primer lugar, el relativo a la relación entre la figura de la tentativa y la tentativa inidónea: ¿Cuáles son las diferencias existentes entre ambas? ¿Poseen ambas figuras una di-

<sup>11</sup> GIMBERNAT ORDEIG, en el *Prólogo* a la segunda edición del Código Penal de Tecnos, p. 24.

<sup>12</sup> Así, la STS de 28 de septiembre de 1994 (A 7230). En igual sentido, las SSTS de 30 de enero de 1992 (A 608) y de 25 mayo de 1997 (A 6492).

<sup>13</sup> Así, entre otros, NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*; RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA/RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios*, I, p. 83; ARROYO DE LAS HERAS, PG, p. 709; PUIG PEÑA, PG, p. 540; SAINZ CANTERO, PG, p. 788; QUINTERO OLIVARES, PG (1989), p. 530; el mismo, PG (1996), p. 466; SAINZ DE ROBLES, *Homenaje a Beristain*, p. 625; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal*, p. 222.

<sup>14</sup> Así, por ejemplo, BUSTOS RAMÍREZ, PG, p. 428; RODRÍGUEZ DEVESA, PG, p. 791.

<sup>15</sup> TORÍO LÓPEZ, *Acción peligrosa y dolo*, p. 373.

<sup>16</sup> GONZÁLEZ CUSSAC, *PJ*, 1992, p. 17; SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 3.

ferente naturaleza jurídica, como algunas de las posturas doctrinales citadas parecen sostener? ¿Y si es así, cuál es la índole de esa diversa naturaleza: es prejurídica o es valorativa? En segundo lugar, es necesario delimitar el ámbito de sentido de lo que ha de considerarse «tentativa inidónea»: ¿Qué características poseen las acciones que se califican de inidóneas? En realidad, esta segunda cuestión prejuzga la primera: sólo cuando hayamos delimitado el marco de lo inidóneo podremos deslindarlo de la tentativa idónea y plantearnos lo que las hace diferentes.

A mi modo de ver, dicho desacuerdo conceptual viene dado por una confusión entre los diversos planos —conceptual, valorativo y legal— que confluyen en el debate. Así, esa pretendida diferencia ontológica entre la tentativa inidónea y la tentativa «real» responde, en realidad, al diferente tratamiento *valorativo* que se postula entre ambas. De igual modo, cuando se afirma que la tentativa ha de ser, por definición, idónea, lo que se pretende aseverar es que la tentativa *punible* ha de ser idónea, relegando el ámbito de lo inidóneo a la impunidad. Ello resulta, además, patente, si atendemos a los diferentes fundamentos de punición barajados por la doctrina. Así, esa diferencia material entre tentativa idónea e inidónea sólo tendrá sentido en el marco de una teoría objetiva, que base el fundamento de punición en el peligro de la conducta, procediendo así a deslindar lo idóneo como peligroso y, por ello, merecedor de punición, de lo inidóneo como no peligroso y, por ello, impune. En cambio, para una teoría subjetiva, que parta de la manifestación de voluntad hostil al Derecho como razón del merecimiento de pena, la distinción entre lo idóneo y lo inidóneo carecerá de dicha relevancia, puesto que ambas figuras recibirán idéntico tratamiento penal.

Como puede apreciarse, parece que la cuestión conceptual no podrá analizarse sino es una vez establecidos los criterios que han de operar en la valoración jurídico-penal de las conductas, puesto que de los mismos dependerá la segregación entre lo idóneo y lo inidóneo. No obstante, resulta necesario determinar siquiera un concepto de tentativa inidónea que pueda servir como instrumento de trabajo, sin que ello prejuzgue, en cualquier caso, el tratamiento penal que haya de darse a la misma. Para ello, conviene plantear la controversia conceptual que ha venido teniendo lugar en los últimos años en la doctrina española, lo que servirá además para resaltar esa dependencia del plano conceptual de los criterios materiales de valoración<sup>17</sup>.

Dicha controversia parte de las relaciones entre la noción de idoneidad y la idea del *peligro* de la conducta. En principio, cabe afirmar que la idoneidad es sinónimo de peligro, de probabilidad de producción del resultado, de forma que no habría obstáculos conceptuales a identificar lo idóneo con lo peligroso, de una parte, y lo inidóneo, con lo inocuo, de otra. El problema, en este aspecto,

---

<sup>17</sup> Ello es resaltado, por ejemplo, por SOLA RECHE, *La tentativa inidónea*, pp. 6-7: «El componente *conceptual* del problema no puede verse desligado de lo que podríamos llamar *componente material*, que establecería las pautas de valoración del comportamiento delictivo en general; la utilidad de la distinción conceptual radica, en definitiva, en la correspondencia con un tratamiento delictivo desigual» (cursivas en el original).

es que —como posteriormente tendremos ocasión de estudiar<sup>18</sup>— el peligro de una conducta puede ser enjuiciado desde distintos criterios: básicamente, o bien desde una perspectiva *ex ante* o bien desde una perspectiva *ex post*, de forma que una conducta considerada peligrosa desde una perspectiva *ex ante* podría resultar inocua enjuiciado el peligro desde una perspectiva *ex post*. Por otra parte, dada esa posibilidad de un diverso enjuiciamiento, el fundamento de punición basado en el peligro, propio de las teorías llamadas «objetivas», no abocaría a un marco de punición unívoco, sino que ello dependerá de cuál sea el criterio de enjuiciamiento del peligro que se emplee. Como ya se ha sugerido, la relevancia de la diferenciación entre lo idóneo y lo inidóneo parece que habría de venir determinada en función de los presupuestos materiales de punición que se asocien a los mismos. Así, la barrera que separa la punición de la impunidad vendría determinada, en principio, por la barrera que delimita la idoneidad de la inidoneidad. Esta lógica implicaría que el término «idoneidad» habría de determinarse a partir del enjuiciamiento propuesto para establecer el límite de su punición, de igual forma que determina el ámbito de las acciones consideradas peligrosas para producir el resultado típico, término éste —peligro— sinónimo del anterior. Sin embargo, tal lógica no es la seguida por los autores que han entrado en la polémica. La peculiaridad de la misma consiste en que los conceptos de *peligro* e *idoneidad*, a pesar de su sinonimia, son empleados por un sector doctrinal para referirse a circunstancias diferentes, mientras que el opuesto prefiere ceñirse al uso del lenguaje cotidiano, asociando la idea del peligro con la de la idoneidad.

El primer sector doctrinal —encabezado por Mir Puig<sup>19</sup>— se caracteriza por partir de la peligrosidad *ex ante* como fundamento de punición; sin embargo, la cuestión relativa a la inidoneidad de la conducta es analizada desde una perspectiva *ex post*: «Aunque *ex post* toda tentativa demuestra, ciertamente, no haber sido suficientemente peligrosa para consumir el delito, pueden distinguirse entonces (*ex post*), una vez que se conocen todas las características del hecho, las acciones que *en un principio* eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquellas otras que aparecen como incapaces de lesión *desde un primer momento*. Sólo éstas constituyen tentativa inidónea»<sup>20</sup>. Así, el disparo a lo que resulta ser un bulto de ropa bajo las sábanas, a pesar de poder considerarse peligroso *ex ante*, será siempre una tentativa inidónea.

A esta clasificación se opone otro sector doctrinal —Cerezo Mir<sup>21</sup> y, siguiéndole, Gracia Martín<sup>22</sup>—, afirmando la identidad del empleo de los conceptos de idoneidad y peligrosidad: tentativa idónea será toda acción que resulte peligrosa,

<sup>18</sup> Cfr. *infra* Parte primera, capítulo tercero, II, 3, B, b).

<sup>19</sup> MIR PUIG, *Función*, p. 64, nota 95 (cursivas en el original); el mismo, PG 13/81. En igual sentido, GÓMEZ BENÍTEZ, PG, pp. 270-271; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, PG (1996), p. 440. Tal delimitación coincide con la empleada por ZIELINSKI, *Handlungs- und Erfolgsunwert*, pp. 129 y ss., entre poder de resultado (*ex post* idónea) y capacidad de resultado (*ex ante* peligrosa - *ex post* inidónea).

<sup>20</sup> MIR PUIG, *Función*, p. 64, nota 95.

<sup>21</sup> PG (1994), pp. 393 y ss., especialmente nota 150.

<sup>22</sup> AP, 1994, pp. 351-354; el mismo, *El «iter criminis»*, pp. 270 y ss.

tanto desde una perspectiva *ex ante* como desde una perspectiva *ex post*<sup>23</sup>. Así, el ejemplo del disparo a una víctima inexistente puede ser un caso de idoneidad si desde esa perspectiva *ex ante* resultaba ser peligrosa. A diferencia de los anteriores, se da la circunstancia que estos autores parten de un fundamento subjetivo de punición: la tentativa inidónea (*ex ante*) es, por tanto, también punible<sup>24</sup>.

Argumento empleado por estos últimos autores contra los primeros es que la delimitación de la idoneidad que éstos proponen no puede ser posible: *ex post* toda tentativa resulta ser inidónea desde el primer momento, se afirma<sup>25</sup>. Sin embargo, lo cierto —como tendremos ocasión de poner de manifiesto— es que cabe perfectamente establecer diferencias entre conductas peligrosas y no peligrosas a partir de un enjuiciamiento de la idoneidad desde una perspectiva *ex post*. Así, por ejemplo, el disparo con una pistola cargada que se realiza apuntando a la víctima es en ese momento idóneo, peligroso, aunque *ex post* se demuestre, con la ausencia de acierto, que el autor apuntaba erróneamente. Por otro lado, es incorrecta la objeción de Gracia Martín<sup>26</sup> de que Mir se sirve de datos conocidos *ex post* para determinar la peligrosidad de la conducta<sup>27</sup>, y que resulta por tanto inconsecuente afirmar la punición a partir de la peligrosidad *ex ante* empleando un juicio *ex post*. Por el contrario, nada obsta a establecer dicha doble forma de enjuiciamiento para delimitar lo punible (lo peligroso), desde una estricta perspectiva *ex ante*, por un lado, y lo inidóneo, desde una perspectiva *ex post*, por otro, como hace Mir. A mi juicio, una de las razones de tal diferenciación parece venir dada con el ánimo de acentuar el carácter de *excepción* de la punición de conductas «inidóneas» (en terminología de Mir), como las de falta de objeto, ejemplo por excelencia de las mismas.

A las tesis de Cerezo y Gracia achaca Mir, por su parte, que con ella no es posible distinguir la tentativa inidónea de la irreal: si para estos autores ni la idoneidad *ex post* ni la idoneidad (peligrosidad) *ex ante* delimita el ámbito de punición, no cabría excluir la tentativa irreal, la cual es declarada impune por estos autores<sup>28</sup>. Sin duda, aquí radica el problema al que se enfrentan las teorías subjetivas, las cuales,

<sup>23</sup> Cerezo Mir discreparía de esta conclusión, en la medida en que su opinión es que *ex post* no puede hablarse de peligro entre acciones peligrosas y no peligrosas, ya que «desde un punto de vista *ex post* no tiene sentido... el juicio de peligro: si el resultado se ha producido la conducta era peligrosa y si no se ha producido no lo era» [CEREZO MIR, PG (1994), p. 355, nota 49]. Como posteriormente se analizará, en dicha afirmación se da, a mi juicio, una confusión entre lo que es una perspectiva *ex post* y lo que es el enjuiciamiento del peligro de la acción *una vez concluida ésta*. Se demostrará también que puede y tiene perfecto sentido realizar un juicio de peligro desde una perspectiva *ex post*; siempre que se realice antes de la finalización completa de la acción, es decir, no incorporándose en las bases del juicio el resultado efectivamente acaecido: ejemplo: el resultado de peligro en los delitos de peligro concreto. Cfr., sobre todo ello, *infra* Primera parte, capítulo tercero, II, 3, B, b), notas 180 y 201, en referencia directa a la postura de Cerezo Mir.

<sup>24</sup> A partir de la nueva regulación de la tentativa, Cerezo Mir parte de la teoría subjetiva sólo de *lege ferenda* [cfr. PG I (1997), p. 11]. En cambio, Gracia Martín cree todavía compatible una teoría subjetiva (punición de acciones *ex ante* inocuas) con el nuevo Código Penal. Cfr. *El «iter criminis»*, pp. 275 y ss.

<sup>25</sup> GRACIA MARTÍN, AP, 1994, p. 353; SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, p. 170.

<sup>26</sup> AP, 1994, pp. 352-353.

<sup>27</sup> Lo pone de manifiesto el mismo MIR PUIG, PG, 13/81, nota 59.

<sup>28</sup> MIR PUIG, *Función*, p. 64, nota 95.

si quieren excluir de punibilidad lo considerado «irreal», deben introducir un ulterior criterio de distinción dentro del ámbito de lo inidóneo *ex ante*, como tendremos ocasión de ver<sup>29</sup>. Si, en cambio, la punición se limita a la peligrosidad *ex ante*, sí cabe distinguir lo punible de lo no punible, y las clasificaciones a partir de este último punto carecerán de relevancia material. En relación a esto último, podría afirmarse, desde la posición de Mir Puig, que si se identifica peligrosidad *ex ante* con idoneidad, como hace el sector doctrinal opuesto, deviene imposible separar a priori lo idóneo de lo inidóneo. Sin duda, ello es cierto: salvo casos verdaderamente irrales, no podría establecerse sobre el papel, a modo de ejemplos, qué tentativas son o no son idóneas, puesto que ello dependería del juicio normativo realizado en el caso concreto. Pero ello, y salvo quizá para fines didácticos, no supone ningún problema: tampoco pueden, desde la posición de dicho autor, distinguirse sobre el papel los casos de existencia e inexistencia de peligrosidad *ex ante*, delimitación mucho más relevante, puesto que es la que determina el ámbito de lo punible.

A mi entender, el origen de esta controversia puede atribuirse a una circunstancia muy determinada. La discusión parte de la pretensión de los respectivos sectores implicados de acomodar el margen de punición defendido a la desgraciada redacción del antiguo art. 52.2. Como es sabido, en este artículo se establecía una definición de la tentativa inidónea: «Casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito». La introducción de dicho precepto, que amenazaba con contradecir el carácter objetivo de la definición de tentativa incluida en el antiguo art. 3, llevó a la doctrina al intento de desvincular la llamada «tentativa inidónea» del concepto genérico de «tentativa», llegando a considerarse el precepto del art. 52.2, y a pesar de estar incluido dentro de las reglas de determinación de la pena, como un título de imputación autónomo, que regulaba un ámbito de conductas diferente del art. 3<sup>30</sup>. A este hecho se debe, a mi juicio, la pretensión que más arriba citamos de desvincular la tentativa inidónea del concepto genérico de tentativa, tratándola como una figura *sui generis*, con diferente naturaleza jurídica. Pero aunque no se llegara a afirmar una diferente naturaleza, considerándose incluidos en la definición del art. 3 los supuestos subsumibles en la redacción del art. 52.2, lo cierto es que dicha regulación obligaba a la doctrina a asumir la punición de casos de «imposibilidad de ejecución o de producción del delito», es decir, casos incluidos dentro del concepto de «tentativa inidónea». Se defendiera el ámbito de punición que se defendiera, debían, por tanto, entrar dentro del mismo supuestos de «inidoneidad», si no se quería contradecir el texto de la ley. A los defensores de un fundamento basado en un peligro *ex post* les bastaba afirmar que el art. 52.2, forzando quizá una interpretación gramatical del mismo, sólo se refería a los casos de «inidoneidad relativa»<sup>31</sup>. Y, en lo que respecta a los sectores doctrinales implicados en la controversia terminológica, la situación era la siguiente. Mientras que Cerezo Mir y Gracia Martín podían afirmar el carácter de «idóneas» de las conductas peligrosas

<sup>29</sup> Vid. *infra* Parte primera, capítulo primero, II.

<sup>30</sup> Cfr. sobre ello, RODRÍGUEZ MOURULLO, *ADPCP*, 1971, pp. 370 y ss.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, pp. 49 y ss.; SOLA RECHE, *Tentativa inidónea*, pp. 222 y ss.

<sup>31</sup> Vid. sobre esa concepción *infra*, Parte primera, capítulo tercero, II, 1.

*ex ante* sin contradecir el Derecho positivo, puesto que desde su teoría subjetiva el ámbito de punición abarcaba acciones también *inidóneas* (no peligrosas) desde esa perspectiva *ex ante*, Mir Puig había de verse obligado a separar los términos de «peligrosidad» e «inidoneidad» para poder considerar *inidóneas* algunas de las acciones sometidas a punición desde su perspectiva objetiva *ex ante*<sup>32</sup>.

La cuestión es, entonces, cuál ha de ser el concepto de que hayamos de servirnos para establecer el marco de significado de la tentativa *inidónea*. Como hemos visto, ambas posibilidades conceptuales son perfectamente válidas desde un plano teórico. Por otra parte, la desaparición de toda referencia expresa a lo *inidóneo* en el nuevo Código Penal hace perder relevancia a la discusión. En cualquier caso, a efectos expositivos considero preferible mantener la noción de *inidoneidad* en el sentido dado por Mir, entendiendo lo *idóneo* exclusivamente como lo peligroso *ex post*; y ello por el mero hecho de ser la noción mayoritariamente acogida por la doctrina española<sup>33</sup>, con lo que a dichos efectos expositivos resultará menos susceptible de confusión. Así, aun cuando pueda considerarse peligrosa, la conducta consistente en disparar a lo que es en realidad un cadáver, será una acción *inidónea*. Y ello sin que esa denominación, como se adelantó, haya de prejuzgar el tratamiento jurídico-penal que haya de darse a las conductas *inidóneas*, cuestión que es la que habrá de estudiarse en las páginas siguientes. Por lo demás, y dado que ello depende, en realidad, de si ambas figuras han de recibir o no un tratamiento material diferenciado, no creo que haya de asumirse una diferente naturaleza prejurídica entre la tentativa *idónea* y la *inidónea*, más allá que la que el legislador y la doctrina pretendan otorgarles; diferencia que, en todo caso, será valorativa y en absoluto ontológica<sup>34</sup>. La tentativa *inidónea*, en suma, no es más que un caso particular de la más amplia noción de tentativa, por lo que la discusión sobre el fundamento de punición de la tentativa *inidónea* no podrá deslindarse del fundamento de punición de la tentativa en general. Otra cuestión distinta, que asimismo se entrará a dilucidar, es si la justificación de la punición ha de ser la misma para ambas figuras, o si, en cambio, resulta político-criminalmente más adecuado establecer una fundamentación diversa para cada una de ellas.

---

<sup>32</sup> Dicha interpretación aparece claramente en la postura mantenida por FARRÉ TREPAT, *La tentativa*, quien, después de proponer la igualación de los términos de peligrosidad e idoneidad, considerando *idóneas* las conductas peligrosas *ex ante* (p. 395), se ve obligada a asumir que, dada la redacción del art. 52.2, «no es posible prescindir del concepto de tentativa *inidónea*» (p. 402), por lo que su propuesta terminológica ha de quedar relegada al ámbito de *lege ferenda*.

<sup>33</sup> Ello es correctamente resaltado por el propio MIR PUIG, *Función*, p. 64, nota 95. En cualquier caso, es preciso tener presente que ello no es necesariamente así para la doctrina alemana. Cfr. sobre ello *infra* Primera parte, capítulo tercero, nota 183.

<sup>34</sup> También BACIGALUPO ZAPATER, PG (1990), p. 198, por ejemplo, rechaza la existencia de una diferencia prejurídica entre tentativa *idónea* e *inidónea*. Esa pretendida naturaleza de la *inidoneidad* viene dada, además de por las disposiciones del anterior Código Penal, desde las que se postulaba una diversa naturaleza *legal*, por la discusión acerca del status del peligro, concibiéndose el juicio de peligro basado en la perspectiva *ex ante*, que define la *inidoneidad* como una mera apariencia subjetiva de peligro, y no un peligro «real», ontológicamente existente, lo que se predica únicamente del enjuiciamiento desde una perspectiva *ex post*, la que aporta el concepto de lo *idóneo*; ello daría lugar a esa pretendida diferente naturaleza *ontológica* de lo *inidóneo* frente a lo *idóneo*. Sobre ello, cfr. *infra* Parte primera, capítulo tercero, III, 2, B.