

Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España

JOSÉ CARLOS GONZÁLEZ MATEOS

Profesor Ayudante. Área de Derecho Penal

SUMARIO: 1. Introducción.-2. Breve reseña histórica sobre la consideración de la tentativa como figura delictiva: Aparición del concepto de tentativa.-3. La teoría objetiva de la tentativa: 3.1 Orígenes y planteamiento. 3.2 La idea de la «peligrosidad objetiva» de Feuerbach. 3.3 «Il pericolo corso» de Carrara. 3.4 Implicaciones de la teoría objetiva. 3.5 El principio de ofensividad y la tentativa: la idea de «peligro» como eje del injusto de la tentativa. 3.5.a) La objetiva configuración del juicio de peligro. 3.5.a.a') ¿Juicio *ex ante* o juicio *ex post*? 3.5.a.b') ¿Cuáles han de ser los conocimientos sobre los que se formule el juicio de peligro? El espectador objetivo vs. las representaciones del autor. 3.5.a.c') El requisito de la peligrosidad de la acción objeto del juicio vs. la dirección de la ley causal. 3.6 Resumen sobre la evolución de la concepción objetiva. 3.6.a) La teoría objetiva en nuestra doctrina. Evolución a través de sus principales y más recientes formulaciones. 3.7 Examen crítico de la teoría objetiva. Recapitulación. 3.7.a) Los déficit de la teoría objetiva. 3.7.b) El problema de los elementos subjetivos del injusto. 3.7.c) Toma de posición. 4. La teoría subjetiva de la tentativa: 4.1 Orígenes y planteamiento. 4.2 Implicaciones de la teoría subjetiva. 4.3 Breve reseña de la evolución de la teoría subjetiva. 4.3.a) La naturaleza de la tentativa en el pensamiento de Hans Welzel. 4.4 Examen crítico de la teoría subjetiva.-5. Reformulación de lo injusto de la tentativa a la luz del finalismo.

1. INTRODUCCIÓN

Desde tiempos inmemoriales, se ha abordado siempre el estudio de la tentativa en el capítulo dedicado al *iter criminis*; tras haber fundamentado el delito consumado conforme a una determinada con-

cepción doctrinal (1). El *iter criminis* supone la investigación de las fases por las que pasa el delito, desde la ideación hasta el agotamiento (2) (pasando por la *tentativa*), y, en ese recorrido unánimemente, se le reconocen dos fases esenciales: una *fase interna*, que transcurre en la psique del autor, referida a la maduración del delito, todavía encerrado en la mente del sujeto, pero sin manifestarse exteriormente, y otra *fase externa*, que arranca en el preciso instante en que el autor exterioriza la resolución criminal (con los actos preparatorios y con la tentativa). Pues bien, las respuestas a la problemática de la tentativa, se han pronunciado, tradicionalmente, desde los confines de dos posiciones encontradas, de un lado, la *teoría objetiva*, que centra su atención en la parte externa del hecho resaltando la capacidad de la conducta para lesionar el bien jurídico, y, en el otro extremo, la *teoría subjetiva* que encuentra su esencia en la voluntad delictiva manifestada por el autor. Sobre ellas nos vamos a centrar a continuación de una manera exhaustiva, pues si bien hoy por hoy ya no imperan posiciones tan puras, las dos, desde su distancia, han servido como punto de partida para la paulatina aproximación de los argumentos

(1) Actualmente, parece que algunos penalistas como MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, han retomado aquella opinión que ya mantuvieron los italianos (como Antonio BUCCELLATI, *Instituzione di Diritto e procedura penale*, Milán, 1884; Cesare CIVOLI, «Studio critico sulla teoria dei delitti imperfetti», en *Archivio giuridico*, vol. XXXV, pp. 46 ss.; o Eduardo MASSARI, *Le dottrine generali del Diritto penale*, Nápoles, 1930, reimpresión de la 1.ª ed., pp. 164 ss., y Giuseppe BETTIOL, *Diritto penale. Parte generale*, 4.ª ed., Palermo, entre otros muchos), según la cual, primero que el delito está la tentativa, y que la tentativa, al fin, debería ser considerada como título de delito por sí misma. Si bien la autora citada no llega tan lejos, advierte –a mi entender acertadamente– que el procedimiento de interpretación y valoración de las relaciones entre la tentativa y el delito consumado debe ser justo el inverso al que tradicionalmente se ha seguido, debiendo ser, pues, el punto de partida precisamente el opuesto: «la tentativa no es un estadio previo a la consumación, sino que es la consumación la que constituye una fase posterior a la tentativa». «Que el punto de partida no ha de ser el delito consumado, sino la tentativa de delito, en la que encontramos ya la totalidad del ilícito jurídico-penal, y a la que la consumación del delito sólo añade aspectos relativos a la punibilidad». «No habría que explicar, pues, el porqué de la punición de los delitos tentados, sino más bien, el porqué de la mayor pena de los delitos consumados» (*op. cit.*, pp. 203, 392). Cfr., no obstante, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia del injusto penal e injusto de la tentativa», *Actualidad Penal*, núm. 28, 2001 (en prensa).

(2) Aunque no siempre se le ha atribuido el mismo sentido, así, BERNALDO DE QUIRÓS nos recuerda que en algunos momentos se le atribuyó un perfil criminológico, al estar referido a la vida del delincuente, que se desarrollaría en una dinámica progresiva, cuyos inicios estarían en la comisión de infracciones leves, para «progresar» posteriormente con la ejecución de delitos de mayor gravedad, camino que nunca se recorría en sentido inverso (*Derecho penal, Parte General*, México, 1949, p. 101).

que caracterizan a las «soluciones mixtas» vigentes actualmente en esta materia.

2. BREVE RESEÑA HISTÓRICA SOBRE LA CONSIDERACIÓN DE LA TENTATIVA COMO FIGURA DELICTIVA: APARICIÓN DEL CONCEPTO DE TENTATIVA

La tentativa ha sido siempre una categoría muy controvertida, se ha discutido mucho sobre su naturaleza y sobre su propia conceptualización. Tampoco sus orígenes están muy claros. Veamos:

La introducción de la tentativa como figura delictiva se corresponde con un grado ya muy avanzado en la construcción del Derecho punitivo (3), pues presupone la superación de la ciega responsabilidad por el hecho acaecido, haya querido o no el autor su producción, para dar un paso más consistente en centrar la valoración penal en el aspecto psicológico del actuar, momento en que el reproche de culpabilidad se supedita al evento realmente querido y, en consecuencia, la responsabilidad se determina en atención al nivel de intervención en el resultado delictivo (4).

(3) Así MEZGER, Edmundo, *Tratado de Derecho penal*, vol. II [trad. de la 2.^a ed. alemana y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ], Madrid, 1949, p. 211; DEL ROSAL, Juan, *Tratado de Derecho penal español*, I, Madrid, 1972, p. 304; afirma von HIPPEL, que «la punición de la tentativa es el signo de un Derecho en evolución progresiva. En los antiguos tiempos de la responsabilidad por el resultado es desconocido ese pensamiento, puesto que no se produce daño alguno» (*Deutsches Strafrecht*, vol. II, Berlín, 1930, p. 392). En términos similares, ANTÓN ONECA, José, y DE MIGUEL GARCILÓPEZ, Adolfo, *Derecho penal. Parte General*, 1.^a ed., Madrid 1940, p. 118, para quienes la punibilidad del delito imperfecto indica una preferencia en la estimación del elemento interno sobre el externo del delito, que sólo se alcanza en un cierto grado de progreso jurídico. Por esto es desconocido en los pueblos primitivos, donde la responsabilidad se basa en el resultado.

(4) En nuestro Derecho, aunque Las Partidas recogían la tentativa, consistente en «comenzar a meter en obra» (Partida VII, Tít. XXXI, Ley 2.^a: «*Como el ome non deve refcebir pena por mal penfamiento que aya en el coraçõ folo que non lo meta en obra*») sin embargo, el castigo estaba limitado a los delitos más graves, como la traición, el homicidio, el robo, o la violación, y tales supuestos se sancionaban como delito consumado («*afsi como fi ouieffe fecho aquello q cobdiçiaua*»); no será hasta el Código penal de 1822 cuando aparezca regulada la figura del delito intentado en cuanto tal, fue entonces cuando, en su artículo 5.^o, se plasmó mediante una formulación genérica como «*la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare*».

La doctrina coincide en señalar el origen cronológico de la tentativa en el medioevo (5), siendo los prácticos italianos de la Baja Edad Media quienes elaboraron por primera vez, con rigor científico, un concepto general de tentativa (6) (*conatus*) cuya esencia quedó plasmada como el «*cogitare, agere, sed non perficere*», descripción ésta que subraya la desproporción que acontece entre la componente psicológica del actuar y lo que realmente se lleva a efecto en el exterior (7). El propio Derecho canónico, uno de los elementos del

(5) Así JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, Tomo VII (El delito y su exteriorización), Buenos Aires, 1970, p. 455; MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213; DEL ROSAL, J., *Tratado*, *op. cit.*, p. 304; HIPPEL, R. von, *Lehrbuch des Strafrechts*, vol. II, Berlín, Springer, 1932, p. 329. LISZT, Franz von, *Tratado de Derecho penal* (trad. castellana de la 20.^a ed. alemana por Luis JIMÉNEZ DE ASÚA, con adiciones de QUINTILIANO SALDAÑA), tomo III, Madrid, 1917, p. 4; posteriormente, en su *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, puesto al día por E. SCHMIDT, 26.^a ed., 1932, p. 303. Ya lo había reconocido mucho antes SEEGER, *Versuch des Verbrechen nach römischen Recht*, Tubinga, 1879; MAYER, Hellmuth, *Das Strafrecht des deutschen Volkes*, Stuttgart, 1936, p. 278. ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 119, lo conecta con la célebre definición de ALCIATO: *alud crimen, aliud conatus: hic in itinere, illud in meta est*. Los prácticos italianos distinguían además distintas especies en el *conatus* según su proximidad a la consumación, comprendiendo en el *remotus* los actos preparatorios.

(6) Sabemos por MOMMSEN, Theodor, *Derecho penal romano* (trad. castellana de P. DORADO), Bogotá, 1976, p. 66, que no existió en el Derecho romano ni el concepto de tentativa ni un tecnicismo específico que la refiriese. «Las acciones punibles, prohibidas por la ley, se castigaban siempre, como tales, cuando se habían consumado», pues sólo cuando se había causado un daño era posible calcular la reparación. No obstante, ello no impidió que, en cuanto a la punibilidad, también en muchos casos se castigase el *conato* como delito consumado, en los crímenes más graves: lesa majestad, deserción, homicidio... Así, por ejemplo, en el caso concreto del homicidio, era suficiente con la afirmación del propósito de matar para que existiera el hecho punible (Digesto, lib. XLVIII, I, § 3.º, «*Qui hominem non occidit sed vulneravit, ut occidet pro homicida damnandum*»), como también señala el propio MOMMSEN (*op. cit.*, p. 397), «aun en el caso de que no se consiguiera el fin perseguido, y hasta si los medios de que se hubiese hecho uso no fueran idóneos para el logro de dicho fin»; para evitar confusiones, advierte expresamente aquel matiz v. HIPPEL, *Lehrbuch*, vol. II, *op. cit.*, p. 329. Von LISZT señala que, aun cuando en las *Leges Corneliae* se castigaba con la pena del delito consumado algunos actos de tentativa y preparación (*Tratado*, tomo III, *op. cit.*, p. 5), y pese a que por influencia de la retórica literaria y filosófica se focalizase, particularmente desde Adriano, cada vez más, la atención en la parte subjetiva del delito (la voluntad, *voluntas*, en oposición al resultado, *exitus*), llegándose a distinguir entre el *flagitium perfectum e imperfectum* (Digesto, *de extraordinariis criminibus*, I, § 2.º, y sobre todo lib. XLVII, II, § 1.º) que, en general, era sancionado con penas atenuadas, sin embargo, ni siquiera a esas alturas el Derecho romano llegó a elaborar un concepto general de tentativa. También, MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213.

(7) El sujeto primeramente debía imaginarse la meta a alcanzar (*cogitare*), a continuación ese propósito debía quedar exteriorizado mediante una acción que lo

Derecho común o intermedio (8), al enfatizar el elemento espiritual del delito, coadyuvaba a aproximar aún más lo intentado a lo consumado; particularmente en lo referido a los pecados, donde la sola intención de cometerlos conllevaría un castigo, aunque sólo de índole religiosa (penitencias y expiaciones); y, en materia de delitos, llegó a declarar punibles algunos supuestos de *conato* caracterizados por la presencia de una acción dirigida, sin duda ya, a un delito (9).

Pero la verdadera reflexión en torno al dilema sobre la punibilidad de la tentativa adquiere nombre propio a partir de 1804, fue ese el año en que Feuerbach, al afrontar la discusión sobre la tentativa inidónea, perfiló las líneas generales del problema en su *Crítica al Proyecto de Kleinschrod* (10), decantándose en seguida por la solución de la teoría

reflejase objetivamente (*agere*); y, en último término, no debía lograrse, no obstante, la meta propuesta (*sed non perficere*) (LUMPE, A., *Das Maß der Willensbetätigung im Versuchsstrafrecht*, tesis doctoral, Hamburgo, 1938, p. 12). En este sentido Alberto DE GANDINO la definió así: «*Qui cogitat et agit nec perficit*» —el que piensa y hace, y no perfecciona— (*De maleficiis, rubr. de poena reor*; núms. 2 ss.). RODRÍGUEZ DEVESA, José M.^a, quien también sitúa su conceptualización en la ciencia italiana medieval, señala que fue ODOFREDO († 1265) uno de los primeros en plantearse, en términos generales, el tema de las relaciones entre el elemento interno y el externo, a la vez que redujo a cinco las posibilidades: «Aut aliquis cogitat delinquere, et agit, et perficit; aut cogitat, et agit, non perficit; aut cogitat, nec agit, nec perficit; aut agit, et perficit, sed non cogitat; aut nec cogitat, nec agit, nec perficit» [*Derecho penal español. Parte General*, 10.^a ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO GÓMEZ), Madrid, 1986, p. 782]. Este esquema puede servir de apoyo más adelante, aquí o en otros trabajos, con vistas a la discusión sobre la teoría de la tentativa. Sin dolo, no hay tentativa. El mero pensamiento, como sabemos, no basta. Nos quedan las hipótesis de discrepancia entre el elemento interno y el externo, que habrá que estudiar detenidamente, y el caso paradigmático del que pensó y actuó, pero no perfeccionó.

(8) Junto al Derecho romano, el Derecho canónico constituye una de las fuentes del Derecho penal común en Alemania, *vid.* FEUERBACH, Paul Johann Anselm Ritter von, *Tratado de Derecho penal común vigente en Alemania. En apéndice: Código Penal para el Reino de Baviera. Parte General* [trad. castellano de la 14.^a ed. alemana (Giessen, 1847), por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer], 2.^a ed., Buenos Aires, 1989, § 5, p. 49.

(9) JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 458. También QUINTANO RIPOLLÉS, Antonio, *Comentarios al Código penal*, vol. I, Madrid, 1966, p. 34; por influjo de la Iglesia, algunas leyes francesas, como las Ordenanzas de San Luis, llegaron en ocasiones a asimilar a la consumación no sólo la tentativa, sino incluso la mera voluntad de delinquir.

(10) SCHÜLER, Georg, *Der Mangel am Tatbestand* (Schlettersche), Breslau, 1914, pp. 11, 14, conecta el examen sobre el fundamento del castigo de la tentativa inidónea con la aparición de la obra de FEUERBACH, *Kritik des Kleinschrodischen Entwurfes*, ya en 1804. En cualquier caso, la doctrina coincide al reconocer en FEUERBACH el primer exponente del problema de la punición de la tentativa, a raíz de la aparición, en 1808, de la cuarta edición de su *Lehrbuch*, donde formula los principios básicos para castigar la tentativa; JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*,

objetiva (11). Hasta entonces había imperado la concepción, aportada por los glosadores y postglosadores, que, primando el aspecto subjetivo del hecho, entendía el delito intentado como la voluntad delictiva manifestada (12). A él se le opondrá de manera substancial Tittmann como partidario de la teoría subjetiva (13). Feuerbach señaló que el fundamento de punición de la tentativa se encontraba en la peligrosidad de la acción, determinada por la posibilidad objetiva de producción del resultado. Quería Feuerbach que sólo se castigase el acto peligroso de tentativa y, por consiguiente, exigía que las condiciones

p. 411, núm. 41; LISZT, F. von, *Tratado*, III, *op. cit.*, p. 14; también LAMMASCH, Heinrich, *Das Moment objectiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechenversuchs*, (Alfred Hölder) Wien, 1879, p. 1; ZACZYK, Rainer, *Das Unrecht der versuchten Tat*, (Duncker & Humboldt), 1989, pp. 41-43; FARRÉ TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, pp. 3 s., y 278; SOLA RECHE, Esteban, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, p. 10.

(11) MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 232; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, pp. 410 y s.

(12) El Derecho penal germánico no contempló en sus orígenes un concepto general de tentativa (MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 212). Pese a que, en Alemania, las leyes bárbaras castigaban numerosos supuestos de ataques contra el cuerpo y la vida sin necesidad de que hubieran acarreado resultado alguno, como por ejemplo «desenvainar el cuchillo, emboscadas, asaltos, inmersiones, etc», tales agresiones se sancionaban, más que como auténticos actos de tentativa, como delitos independientes, en atención al peligro creado para la vida y también desde el punto de vista del peligro para la paz (von LISZT, *Tratado*, tomo III, *op. cit.*, p. 5). El Derecho alemán pronto adoptó la concepción de la tentativa aportada por los juristas italianos, primero la recogió la Constitución Criminal Bamberguense (1507) y después pasó a la Constitución Criminal de Carlos V (*la Carolina*, 1532), cuyo artículo 178 enuncia una espléndida definición de la tentativa, fiel reflejo del texto de la Bambergensis: «Item si alguien se atreve a emprender un acto malo (*Missethat*) por medio de algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo, y, sin embargo, la consumación de este acto fue impedida por otros medios, contra su voluntad, esta voluntad maliciosa, de la cual, como se ha dicho, resulta una mala acción, debe ser penalmente castigada, pero en un caso más duramente que en otros, a la vista de las circunstancias y forma de la cosa» (JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 459). Señala MEZGER, E., *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 213, cómo esta definición marca la línea divisoria entre los actos de preparación y los de tentativa, y que las expresiones «por medio de algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación» parecen exigir la idoneidad del intento (algo todavía debatible). Además, el texto del citado artículo dictamina la impunidad del desistimiento espontáneo al referirse a la no consumación del acto (malo) impedida «contra su voluntad».

(13) TITTMANN, Carl-August, *Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, tomo I, 1.ª ed., 1806-1810, p. 69, que subraya la trascendencia de «la peligrosidad del ánimo (*Gesinnung*) del autor. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 413, señala que la teoría subjetiva se inicia con anterioridad en Alemania, ya en 1798, de la mano de GROLMANN (*Grundsätze*, § 31); también así ANTÓN ONECA/DE MIGUEL GARCILÓPEZ, *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 119.

exteriores del acto estuvieran en relación causal con el resultado perseguido (14). Tittmann, por el contrario, prefirió apoyarse en consideraciones de carácter histórico y en la redacción de la *Constitutio Criminalis Carolina*, un texto que, todavía a principios del siglo XIX, continuaba desplegando su influencia en Alemania (15); también el idealismo alemán tuvo su influjo con sus concepciones del delito. Más tarde, desde 1872 en adelante, von Buri emerge como el nuevo fundador de la teoría subjetiva (16) que sitúa la clave en las representaciones del autor: «El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa, de modo que en ausencia de todos los criterios objetivos, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente es el único compatible con la lógica».

Nos encontramos, pues, desde el principio, con dos maneras de entender la fundamentación del castigo de la tentativa notoriamente opuestas, que marcarán los límites entre los cuales discurrirá la discusión sobre la tentativa. Por un lado, la *teoría objetiva*, que, partiendo de la lesión del bien jurídico como fundamento del delito, explica la tentativa en base a la peligrosidad objetiva de la acción, atendida la posibilidad de la lesión; y, por otro lado, la *teoría subjetiva*, más interesada en la voluntad del autor, que prefiere basar el castigo en la voluntad manifestada contraria a Derecho. Estas dos grandes facciones contrapuestas en la búsqueda de la esencia de la punibilidad del delito intentado reflejan las diferentes concepciones que se han man-

(14) *Tratado*, op. cit., § 42, p. 76.

(15) JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y adiciones de Derecho español, Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE) vol. I, Barcelona, 1981, p. 131. La «Ordenanza Judicial Penal del Emperador Carlos V y del Santo Imperio Romano» («*Keyser Karls des fünften und des heyligen Romischen Reichs peinliche Gerichtsordnung*»), aceptada por el Reichstag en 1532, se debe esencialmente a la obra de SCHWARZENBERG, y está considerada como un hito único de la legislación alemana en la época de la recepción en el paso de la Edad Media a la Edad Moderna. La Carolina representa el triunfo definitivo de la concepción jurídico-pública de la pena y condujo al reconocimiento del Derecho penal como una institución jurídica que no dependía ya de la arbitrariedad del más fuerte, sino que tenía que servir al bien común y adaptarse a la necesidad de justicia de la comunidad. *Vid.* también, WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YAÑEZ PÉREZ, de la 11.ª ed., alemana, 1969), 4.ª ed., 1993, pp. 15 ss. En la Carolina se recogen claramente con solidez algunos conceptos fundamentales de la Parte General, como el principio de culpabilidad, determinadas causas de justificación, e incluso, la tentativa, a la que, generalmente, se le asigna una pena, y también la participación, si bien de una manera menos precisa. En materia procesal con ella se introdujo el denominado procedimiento de la inquisición.

(16) Von BURI, apunta su teoría de la tentativa en las *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1862, sobre todo pp. 53-90.

tenido con respecto a la propia naturaleza de los actos preparatorios y de ejecución, y, en coherencia con sus premisas, aportan respuestas muy distintas para resolver las cuestiones que plantea la tentativa.

En efecto, si se afirma por los objetivistas que es necesaria la producción, mediante la acción de tentativa, de un peligro «real» para el bien jurídico objeto de protección en el delito que se trata de cometer, es lógica consecuencia, por ejemplo, que el error sobre un elemento «esencial» del tipo, que determine la imposibilidad de que el objeto de tutela llegue a verse lesionado (porque, *por ejemplo*, la cosa de que trata de apoderarse el ladrón, le pertenece en realidad), impida, automáticamente, que pueda hablarse de tentativa. Si se sostiene, en cambio, una posición subjetivista, lo importante de la tentativa y determinante de su punición, es que el autor se rebele contra el Ordenamiento jurídico independientemente de que con su rebelión pueda llegar a perturbarlo «en concreto», mediante la lesión de alguno de los bienes jurídicos que aquél protege. La consecuencia es obvia, no sólo es punible la tentativa idónea para producir el resultado, sino también la *imposible*, cualquiera que sea la razón de su inidoneidad: *inadecuación del medio, del objeto, o de la relación de causalidad* (17).

No obstante, hoy día tanto la teoría objetiva de la tentativa como la subjetiva, concebidas en sentido puro, se encuentran ya superadas. Combinándolas, con mayor o menor dosis de subjetivismo, la doctrina científica ha continuado desarrollándolas en modelos mixtos que tratan de salvar los excesos a que conducen las teorías puras, y en este proceso se han reducido las distancias existentes entre la teoría objetiva y la subjetiva hasta el punto de que se pueden reconocer matices subjetivos, como sucede con el «plan del autor», de Welzel (18), y «la

(17) CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *La conspiración para cometer delito. (Los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona, 1978, pp. 109 s.

(18) *Derecho penal, Parte General* (trad. castellana de Carlos FONTÁN BALESTRA), Buenos Aires, 1956, p. 194, «la tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan de delito, la concreción del tipo penal». Aunque el concepto de delito del finalismo fue rechazado por el primer estudio sistemático que se le dedicó en España (RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2.^a ed., Valencia, 1978), acabó encontrando acogida más adelante en importantes sectores de la joven ciencia del Derecho penal española, en trabajos especialmente dedicados al tema, en las anotaciones de CÓRDOBA al Tratado de Maurach y como base sistemática de monografías de la Parte General y la Parte Especial (ver JESCHECK, vol. I, PG; pp. 288-89, núms. 8 y 9); y con una nueva formulación, en estos momentos, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *Poder Judicial*, núm. 61, 2001 (en prensa); el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa); el mismo, «Esencia de la norma penal y antijuricidad de la tentativa», *Anuario de la Facultad de Derecho*, vol. 18, Cáceres, 2000, pp. 183-223.

intención en la directiva de la conducta», de Bettioli (19), en doctrinas de autores que, en principio, arrancan de una posición objetiva; o a la inversa, partiendo del punto de vista subjetivo, se opta por limitar la punición con criterios objetivos, como la «teoría de la impresión» (20).

3. LA TEORÍA OBJETIVA DE LA TENTATIVA

En su formulación más antigua, la tentativa se castiga por la sola puesta en peligro del objeto de la acción protegido por el tipo (21). Se parte de la identidad del dolo (elemento subjetivo) para todos los estadios del delito (desde la preparación hasta la consumación), por lo que el criterio para acotar la tentativa frente a los otros momentos del delito será el aspecto puramente objetivo del hecho. El fundamento jurídico esgrimido para castigar la tentativa es el de la proximidad del resultado lesivo (creación de un peligro de lesión). «La tentativa se castiga por la alta probabilidad de producción de lo injusto del resultado» (22).

En el presente, la llamada teoría objetiva es más bien un conjunto plural de tendencias que tienen en común entre ellas que el enjuiciamiento objetivo, de si la acción del agente es apta para realizar efectivamente la resolución delictiva, ha de hacerse con el criterio de un observador objetivo ajeno a la conducta del autor.

(19) *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.^a ed., italiana, por José León PAGANO), Bogotá, 1965, p. 481, «el intento no es otra cosa que la voluntad orientada hacia un fin, esto es, dirigida a cometer un delito». En la actualidad también en España se advierte una tendencia a admitir las consecuencias sistemáticas del finalismo por razones distintas a la metodología de WELZEL y a las exigencias que a partir de ella derivarían del concepto «ontológico» de acción final, así, p. ej., GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, p. 96; el mismo, *Introducción a la Parte General del Derecho penal*, Madrid, 1979, y MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.^a ed., Barcelona, 1982, pp. 50 ss.

(20) Resulta punible, básicamente, la manifestación de voluntad contraria al Derecho (punto de vista subjetivo), pero no en todo caso, sino tan sólo cuando a través de la misma se produzca en la mayoría de las personas la impresión de corrupción o la conmoción del ordenamiento jurídico; cuando por su causa pueda resultar minada la confianza de la comunidad en la vigencia del orden jurídico y haga peligrar el sentimiento de seguridad jurídica (punto de vista objetivo). Este pensamiento fue puesto de relieve por HORN, Eckhard, *ZStW*, 20 (1900), p. 342.

(21) Vid. JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 700.

(22) Así, por todos, JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 701.

3.1 Orígenes y planteamiento

El nacimiento de la concepción objetiva en el sentido moderno tiene lugar especialmente a consecuencia del influjo ejercido por los ideales liberales, omnipresentes en la primera mitad del siglo XIX. Desde finales del siglo XVIII, con el surgimiento del Derecho penal moderno, de la mano de las aspiraciones del movimiento ilustrado y de la revolución francesa, se pretende la consolidación definitiva de los derechos del hombre, como individuo y como ciudadano, y se concluye, con vistas a la fundamentación del castigo del delito, que la lesión del Derecho únicamente puede consistir en la lesión objetiva de uno de los intereses o derechos subjetivos que pertenecen al individuo (23), y de los que el Derecho penal aparece como protector (24). Ello, a su vez, servirá como justificación a la intervención del Estado a través de la pena (25). La concepción liberal del Estado presupone la convenien-

(23) El concepto de bien jurídico es obra del pensamiento de la Ilustración. Se atribuye a Joh. Michael Franz BIRNBAUM el paso definitivo, a mediados del siglo XIX, como un intento objetivador y superador del individualismo precedente, en el camino hacia el concepto de «bien jurídico» como objeto de tutela penal. Paul Johann Anselm FEUERBACH, por su parte, lo fundamentó y formuló para que sirviera como arma contra la concepción moralizante del Derecho penal. Para declarar una conducta como delito no debería bastar que la misma suponga una infracción de una norma ética o divina, es necesario ante todo la prueba de que lesiona intereses materiales de otras personas, es decir, que lesiona bienes jurídicos, con lo que se sientan así las bases para un sistema penal orientado empíricamente. Cfr. una exposición exhaustiva en HASSEMER, Windfried, *Theorie und Soziologie des Verbrechens. Ansätze zu einer praxisorientierten Rechtsgutslehre*, Frankfurt am Main, 1973, donde se investiga el concepto de bien jurídico y su potencial crítico respecto de un concreto sistema penal.

(24) Será Paul Johann Anselm von FEUERBACH quien, imbuido por KANT, impulse una concepción tan individualista del Derecho penal, *Tratado, op. cit.*, § 21 ss, pp. 64-67.

(25) BECCARIA, ideólogo del Derecho penal moderno, encarna las concepciones de la Ilustración relativas al fundamento político de la atribución al Estado del *Ius puniendi*, situándolo claramente en el contrato social: «Las leyes son las condiciones con que los hombres aislados e independientes se unieron en sociedad, cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que les era inútil en la incertidumbre de conservarla. Sacrificaron por eso una parte de ella para gozar la restante en segura tranquilidad. La suma de todas esas porciones de libertad, sacrificadas al bien de cada uno, forma la soberanía de una nación, y el soberano es su administrador y legítimo depositario. Pero no bastaba formar este depósito, era necesario también defenderlo de las usurpaciones privadas de cada hombre en particular. Procuraron todos no sólo quitar del depósito la porción propia, sino usurparse las ajenas. Para evitar esas usurpaciones se necesitaban motivos sensibles que fuesen bastantes a contener el ánimo despótico de cada hombre cuando quisiera sumergir las leyes de la sociedad en su caos antiguo. Estos motivos sensibles son las penas establecidas contra los infractores de aquellas leyes». Además, argumentó cómo fue la

cia de una suerte de pacto social de todos con todos en favor de una instancia última soberana, y, como producto de ese contrato social, cada individuo renuncia a una parte de su libertad a cambio de obtener mayor seguridad, erigiéndose el Estado en legítimo depositario y administrador de la suma de las libertades cedidas.

La profunda transformación operada en el siglo XVIII conduce a entender el sistema jurídico como garantía de los derechos de la persona, y al Estado, superador del «estado de naturaleza» (Rousseau, Kant), como protector de la libertad del individuo frente a ataques que supongan su merma. Corresponde al Estado, con su propia esfera de poder, la función de garantizar la vida en común de los ciudadanos, sin inmiscuirse en el ámbito de la libertad individual que se reconoce a cada uno. Se trataba de una conexión poder-ciudadanos entrelazados por un ordenamiento jurídico que delimitaba el poder y aseguraba los derechos y libertades cívicas (26). Al Derecho, pues, le corresponde una función delimitadora de la parcela de poder asignada al Estado y, al mismo tiempo, la vigilancia de las fronteras trazadas entre las cuotas de poder de los ciudadanos (27).

La estricta separación entre Moral y Derecho que tanto preocupaba al Derecho penal liberal, unido a la función que a éste se le atribuía de garantizar la libertad del individuo frente al poder del Estado, contribuyeron a potenciar la importancia de la parte externa del hecho frente a su aspecto interno, quedando relegada a un segundo plano la voluntad delictiva como elemento constitutivo del delito. Para la teoría objetiva, apoyarse en elementos de naturaleza subjetiva para explicar la antijuricidad significaría confundir y entremezclar la Moral con el Derecho, lo que podría dar pie a un reprochable Derecho penal de la voluntad. El Derecho debe ocuparse de la esfera externa del individuo mientras que a la Moral corresponde únicamente la esfera interna. Se pune como delito consumado la acción que ha causado el resultado, la lesión efec-

necesidad la que llevó a los hombres a ceder parte de su propia libertad, conformando, la suma de todas estas pequeñas porciones de libertad posibles, el llamado derecho de castigar, «todo lo demás es abuso, y no justicia: es hecho, no derecho». BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (incluye: VOLTAIRE, *Comentario sobre el libro «De los delitos y de las penas» por un abogado de provincias*, 1766), trad. castellano por Juan Antonio DE LAS CASAS [Introducción, Apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio DELVAL], 3.ª ed., Madrid, 1982, pp. 27 y 29.

(26) Así ya el artículo 16 de la célebre Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, «Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni la separación de poderes establecida, no tiene Constitución». Este precepto vino a encarnar la constitución material del recién alumbrado Estado liberal.

(27) RAUCH, H., *Die klassische Strafrechtslehre in ihrer politischen Bedeutung*, 1936, p. 25.

tiva, y desde la comodidad de tales consideraciones se explica satisfactoriamente el castigo de la consumación. El aspecto subjetivo de la acción únicamente interesa como componente de la culpabilidad, en cuanto que permite la imputación personal de esa lesión del Derecho a su autor. Bajo la óptica objetiva del delito, antijuricidad y culpa fueron distribuidos en el efecto objetivo de la voluntad y el contenido subjetivo de la voluntad. La antijuricidad se refiere al suceso exterior objetivo: la lesión causal de bienes jurídicos; la culpa se refiere a la relación psíquica del autor con el resultado. Se pensó entonces que se había logrado una configuración clara y perfectamente estructurada del Derecho penal. La antijuricidad y la culpa se diferenciaron respectivamente como la parte objetiva y la parte subjetiva del delito (28).

La tentativa, excepcionalmente (excepción a la lesión del Derecho que supone el delito) se explica en base a la peligrosidad objetiva de la acción; en términos generales, siguiendo tal concepción, existirá tentativa desde el momento en que, según el juicio objetivo realizado por el observador imparcial, la acción se presente apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva (29). El origen de la teoría objetiva se vincula a dos grandes penalistas, el italiano Johannis Carmignani, al que se atribuye la exigencia de idoneidad del acto de tentativa (30), y el alemán Paul Johann Anselm Ritter von Feuerbach, quien estimó que la peligrosidad objetiva de la acción concurre cuando la misma, según sus condiciones externas, se encuentra en una relación causal con el delito propuesto (31).

(28) Hans WELZEL, *La teoría de la acción finalista* (fusión, hecha por Carlos FONTÁN BALESTRA, de los diversos artículos publicados por Hans WELZEL sobre la teoría de la acción finalista. Las traducciones del alemán fueron realizadas en colaboración con Eduardo FRIKER), Buenos Aires, 1951, p. 26. La posterior evolución de la dogmática penal ha puesto en evidencia que dicha meta todavía no se había logrado.

(29) JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 412.

(30) *Juris Criminalis Elementa*, tomo I, 5.^a ed., Pisa, Excud. Nistri Fratres Eorumque Socii, 1833, § 227, pp. 63-70: «Illium definies humanum factu, quod extrinsecus opus dolose adsumptum factum quod extrinsecus, atque ad certum consummandam crimen idoneum apparet». Posteriormente, también desde parámetros objetivos, Francesco Mario PAGANO [*«Principii del Codice penale e considerazioni sul processo criminale»* (Capitolo XL - Del Conato), incluido en sus *Opere*, vol. III, Lugano, 1832, pp. 26 -27], y Francesco CARRARA [inicialmente en su *Programma, Parte General*, vol. I (trad. castellano por José J. ORTEGA TORRES y Jorge GUERRERO), Bogotá, 1956, § 352; y después, con más detalle, en *Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito* (trad. esp. Vicente ROMERO GIRÓN), 2.^a ed., Madrid, 1926] desarrollarán la teoría del peligro corrido como explicación del castigo de la tentativa.

(31) Aunque es comúnmente admitido por la doctrina que, a partir de FEUERBACH, la punición del delito imperfecto se basaría en la peligrosidad de los actos pepe-

3.2 La idea de la «peligrosidad objetiva» de Feuerbach

Según el pensamiento de Feuerbach, «una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un delito (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi* en sentido amplio), constituye ya en sí misma una infracción y será penada, siendo objetivamente peligrosa: (...) cuando la acción misma, según su concreción externa (mediata o inmediata, menor o mayor), está en conexión causal con el delito perseguido» (32).

Sólo serán punibles, como tentativa, aquellas acciones que comporten una posibilidad de lesión, y no aquellas que no sean peligrosas desde un punto de vista objetivo aunque el autor haya manifestado plenamente la voluntad de cometer el delito (33): la peligrosidad para el bien jurídico protegido es lo que fundamenta la punición de la tentativa (34); se castiga así la acción causalmente adecuada para producir el resultado, es decir, desde esta perspectiva, la acción peligrosa.

trados, sin embargo, advierte JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 411, que en un primer momento FEUERBACH mantuvo, en las primeras ediciones de su *Lehrbuch*, una posición muy similar a la que defenderán sus posteriores oponentes, GROLLMANN [*Grundsätze des gemeindeutschen und preussischen peinlichen Rechts*, Giessen, Heyet, 1798 (4.ª ed., de 1825) § 31, p. 27 de la 4.ª ed.] y TITTMANN, que hablaba de «la peligrosidad del ánimo del autor» (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, tomo I, 2.ª ed., 1822-1824, p. 69), y será después, en 1808, cuando defienda, ya en la 4.ª edición del *Lehrbuch*, el requisito de la peligrosidad objetiva de la acción de tentativa.

(32) *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, pp. 75 ss. La idea del «peligro objetivo» fue inmediatamente secundada en Alemania por numerosos autores, como HEPP (*Versuche über einzelne lehren der Strafrechtswissenschaft*, 1827), ROSSHIRT (*Entwicklung der Grundsätze des Strafrechts*, 1828), MITTERMAIER (*Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen*, en *Neues Archiv des Criminalrechts*, tomo I (1816), fasc. 2.º, pp. 165-202), ZACHARIAE (*Die Lehre vom Versuche der Verbrechen*, Göttinga, 1836-1839), KLENZE, HAFFTER (*Lehrbuch des Criminalrechts*, 1833, §§ 59, 74, 99), y ABEGG (*Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft*, Neustad, Wagner, 1836), entre los más destacados (*vid.* JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, vol VII, *op. cit.*, p. 411).

(33) A este punto de vista, de que la sola intención antijurídica de una acción no nos da aún la cualidad de antijurídica, se adhiere también MITTERMAIER, quien, finalmente, reconoce que la tentativa, desnuda de toda tipicidad, chocaría contra todos los principios jurídicos y la prueba del delito (*vid.* sus trabajos en *Neues Archiv des Criminalrechts*, vol. I, pp. 183-199; vol. IV, p. 104; vol. X, pp. 551 ss.).

(34) FEUERBACH, Paul Johan, enuncia en su *Tratado de Derecho penal*, *op. cit.*, § 42, p. 75 s., las condiciones que ha de reunir una determinada acción para constituir tentativa punible: «Una acción exteriorizada, intencionadamente orientada a la producción del delito (emprendimiento criminal, *conatus delinquendi*, en sentido amplio) es, por sí sola, una infracción, y, al constituir un peligro objetivo, será punible si: a) No se llega a la consumación debido únicamente a impedimentos externos y no por el voluntario desestimiento del autor; y b) La acción misma es objetivamente peligrosa conforme a sus condiciones externas en relación causal con el delito propuesto».

Todos aquellos procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor, pertenecen, como elementos subjetivos, a la culpabilidad.

Sin embargo, Feuerbach no aclara cómo ha de determinarse la «peligrosidad objetiva» sobre la que basa su formulación. La relación causal referida por el penalista alemán podría entenderse, sin más, como un nexo causal que debe darse «en concreto» entre la acción y el resultado, lo que conduciría, de la mano de la «teoría de la equivalencia de las condiciones», a rechazar de plano la teoría objetiva argumentando que una relación causal concreta existe o no existe, y la no producción del resultado es la mejor muestra de que la misma no existió. Al final, por ese camino debería llegarse al reconocimiento de la práctica impunidad de toda tentativa.

Otra posibilidad estribaría en interpretar la mencionada relación causal como la creación de un «peligro abstracto», considerando que lo que Feuerbach exigía era la concurrencia de una mera «causalidad potencial», pues sólo así se correspondería coherentemente la admisión de la gradación en la relación causal (con las expresiones «poca o mucha») con la exigencia del peligro, reconociendo de esta forma la posibilidad de distintos grados en la vinculación entre la acción y el resultado.

De esta ambigüedad en la configuración originaria de la idea del peligro, como criterio fundamentador, arranca toda la discusión doctrinal que surgirá posteriormente sobre las limitaciones a la punición de la tentativa. Serán muy variados los intentos de las teorías objetivas por ofrecer una fórmula fiable para enjuiciar el peligro de la conducta. En ese camino se propondrá todo un abanico de etiquetas y clasificaciones que, en ocasiones, complican más el problema que lo esclarecen.

3.3 «Il pericolo corso» de Carrara

Los primeros antecedentes del criterio fundamentador de la tentativa en base a la creación de un peligro para el bien jurídico, los encontramos en la vieja doctrina italiana (35). Partiendo de consideraciones marcadamente objetivas, Francisco Carrara desarrolló la doc-

(35) Así, JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p., 460; quien advierte que el mérito de separar lo intentado y lo consumado corresponde a los viejos penalistas italianos, particularmente a los prácticos que al establecer la correlación entre el elemento subjetivo o intención, y el objetivo o daño, señalaron las diferencias entre la tentativa y la consumación.

trina del peligro corrido (*il pericolo corso*) (36) como fundamento y base de la punibilidad del «conato» realizado con medios idóneos, llegando a establecer el principio de que «el riesgo o peligro corrido por la sociedad en el caso de una tentativa, es razón suficiente para imputarlo políticamente» (37). La tentativa de delito se llama *conato*, por-

(36) Inicialmente en su *Programma, Parte General*, vol. I, *op. cit.*, § 352, y posteriormente, con más detalle, en *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 66; con estas reflexiones el maestro toscano trata de dar respuesta a las difíciles preguntas que él mismo se formula: «¿Puede la Ley penal ocuparse en las tentativas? ¿Dónde está la razón política de imputarlas a su autor?» Cfr. MONZÓN Y RODRÍGUEZ, R., *Derecho penal. Estudio filosófico-histórico acerca de los diversos momentos de la vida del delito y de su respectiva penalidad, y comparación de los preceptos contenidos sobre tales materias en las principales legislaciones modernas*, La Coruña, 1910, p. 41, quien, en sentido contrario, señala que se comprende fácilmente que no puede estar aquí el verdadero fundamento de la punibilidad de este conato, pues no siendo el peligro un daño material apreciable, sino una consecuencia de la voluntad criminal que al empezar la realización de su obra pone en peligro a la sociedad, si el agente cesa en su realización por un accidente cualquiera, o si realizados los actos necesarios el crimen no se produce, desaparece el peligro, y una vez desaparecido éste, no puede servir de base para la imposición de la pena: la base de ésta, no puede ser otra que la intención criminal. La prueba fundamental la encontramos en los supuestos de desistimiento voluntario, donde se sostiene que no hay punibilidad, y, sin embargo, según la doctrina objetiva, ha habido también peligro. Pero, si es verdad que ha habido peligro, también lo es, y no menos, que ha desaparecido la voluntad criminal, única cuya existencia puede justificar la punibilidad del conato, y cuya desaparición justifica ampliamente su impunidad. En rigor, la teoría objetiva debería mantener igualmente la punibilidad del conato para el caso del desistimiento voluntario, puesto que el peligro se corre lo mismo en un caso que en otro. (Esto ocurre siempre en caso de tentativa, cuando se trata del delito frustrado, es preciso que se impida la realización del crimen por causa dependiente de la voluntad del agente.) *Si sostienen lo contrario, es porque reconocen lo absurdo de la consecuencia que se deriva de la doctrina por ellos profesada: el apartamiento que de ella hacen, al llegar a este punto, es su mejor refutación.*

(37) Con una marcada concepción liberal de la vida y del Derecho, CARRARA desarrolla su estudio de los caracteres del delito tomando como punto de partida la doctrina analítica, así, construye su teoría de la *fuerza* y el *grado* del delito. El citado autor prefiere utilizar estas expresiones de «*fuerzas*» del delito en lugar de hablar de «*elementos*» del delito. Dos son estas «*fuerzas*», en virtud de las cuales resulta criminal una acción: la moral y la física, pudiendo ambas ser consideradas «ya en su causa o sea *subjetivamente*; ya en su resultado, o sea *objetivamente*». La *fuerza moral subjetiva* consiste en el concurso de la inteligencia y la voluntad del hombre, de donde «surge la intención». La *fuerza moral objetiva* es la intimidación y el mal ejemplo que el delito produce en el ciudadano. La *fuerza física subjetiva* está formada por el «movimiento del cuerpo» con el que el agente ejecuta su designio malvado. Y, por último, la *fuerza física objetiva* es el resultado, el daño material y la «lesión del derecho», que resulta de aquel acto (*Programma, op. cit.*, §§ 53 ss., pp. 127 ss.). El mismo CARRARA, a la par que destaca la necesidad de esas fuerzas o elementos, resume así su tesis: «De la fuerza interna surge, en el delito, el *elemento moral*; de la externa, el *elemento político*. Si la acción del hombre no presenta conjuntamente la índole moral y la índole política, no puede perseguirla la autoridad como delito» (§ 58, p. 132).

que su esencia la constituye un esfuerzo (*conatus*) de la voluntad acompañado de un esfuerzo del cuerpo (38). Ahora bien, aunque todos los actos que, por efecto del pensamiento preconcebido, el hombre los realiza con la pretensión de alcanzar un fin determinado, sin que a la postre lo consiga, constituyen tentativas en el sentido natural, no siempre lo serán, además, en el sentido jurídico. Carrara se cuestiona si la ausencia de un daño inmediato, y, en definitiva, de cualquier lesión efectiva de derechos, podría hacer dudar sobre la falta de legitimidad suficiente para castigar la tentativa, porque derivándose el fundamento político de la imputabilidad de ciertos actos, del daño material que producen, si este daño no existe en el *conato*, parece que tampoco debería subsistir la imputación; a lo que se responde con el argumento del «*pericolo corso*».

El fundamento del castigo se encuentra, en este momento todavía inicial del delito, en «el riesgo corrido», que hace las veces del «daño», y la acción constituye delito, aunque falta la fuerza física *objetiva* (el resultado prohibido por la ley) y también aunque resulta incompleta su fuerza física *subjetiva* (la acción corporal del agente) (39). Esta es la base de toda la doctrina sobre la tentativa cri-

(38) Según la distinción de ALCIATO, *conatus in itinere crimen in meta*. Con esta fórmula el insigne jurisconsulto pretendía establecer la frontera entre el delito perfecto y la tentativa, pero sin diferenciarla, a su vez, del delito frustrado, como advierte CARRARA, F., *Teoría de la tentativa, op. cit.*, pp. 58-59, núm. 1. Es indicativo de que se ha alcanzado la consumación, la consecución de la *meta* propuesta por el autor. Dicha *meta* no está en realizar el acto que, según sus representaciones, es el último en la serie que constituyen las operaciones por él imaginadas, sino que la *meta* del autor reside en conseguir aquel efecto que, constituyendo la violación del derecho por él atacado, representa la consumación del delito. «Hasta que no ha conseguido tal efecto, al cual la noción jurídica del maleficio por él intentado atribuye los caracteres de delito consumado o perfecto, el delincuente está siempre *in itinere*» (CARRARA). Está *in itinere* en cuanto a la objetividad jurídica del delito, aunque en realidad pueda ser considerado, según los casos, un supuesto de frustración. No siempre que el autor ha realizado por su parte todo lo necesario, según sus representaciones, para conseguir su propósito criminal, sin realizarlo no obstante, estaremos ante un delito frustrado, porque aunque haya ejecutado completamente todos los actos que se propuso, todavía puede ser reo de tentativa, si los actos por él pensados y ejecutados hasta su término y sin interrupciones no llegasen al fin propuesto, por ser insuficientes de suyo para alcanzarlo.

(39) Si bien fue CARRARA quien mejor expuso en origen la teoría del peligro corrido como fundamento de la punición del «conato», algún autor le precedió en sus consideraciones, como Francesco Mario PAGANO, quien tras aseverar que el pensamiento está exento de pena «cuando no se exterioriza en actos» («*il pensiero non potendo recare altrui nocumento, quando in fatti non si esterni, va esente dalla pena*»), adelantaba las siguientes reflexiones: sólo podrá ser castigada la voluntad criminal que se ha verificado en el exterior a través de la acción del autor, y ello distinguiendo según se trate de un conato o un delito perfecto («*Ma quando poi passi il*

minal desarrollada por Carrara (40). Aunque no se ha producido el resultado dañoso, sin embargo, el ánimo de los ciudadanos se conmueve, igual que con el delito consumado, a la vista de una voluntad injusta que dio comienzo a actos encaminados a conseguir aquel mal propósito e idóneos para realizarlo, pero que tan sólo por un mero accidente, algo imprevisible, no desembocó en la lesión pro-

*pensiero ad atti esterni, allora forma delitto, che dicesi conato, e tentativo. Ma distinguere conviene il conato dal delitto perfezionato»). El delito, desde que se perfecciona, lesiona los derechos ajenos; el conato ofende la tranquilidad y la seguridad, pública o privada, la cual es uno de los más preciados derechos («Il delitto di già perfezionato lede gli altrui diritti; il conato offende la tranquillità, e la sicurezza o pubblica o privata, la quale é uno de' più preziosi diritti»). Y, finalmente, advierte la necesidad de observar la proporcionalidad en el castigo de la conducta realizada, debido a que la tentativa perturba más o menos la seguridad ajena en proporción a su devenir en actos próximos, menor o mayor debe ser, en consecuencia, la pena. Para respetar la proporcionalidad en el castigo del delito, habrá que castigar con pena muy benigna la voluntad manifestada en actos muy remotos, con pena más severa la voluntad exteriorizada en actos próximos al delito, y finalmente, con la mayor pena el delito consumado (*Principi del Codice penale e considerazioni sul processo criminale, op. cit.*, p. 26).*

(40) Uno de sus primeros contradictores fue OLIVA, quien corrigió esta teoría afirmando que es «el peligro que se corre» con la acción que no condujo a nada, lo que permite fundamentar la pena, y no «el peligro corrido» como creía CARRARA, (*Del tentativo, en Rivista italiana di Diritto penale*, vol. XVI [1882], pp. 171 ss.). Igualmente crítico se mostró Ottorino VANNINI, *Il valore del pericolo nel tentativo*, en *Suppl. Rivista italiana de Diritto penale*, tomo XXVIII, 1919, pp. 173 ss., partidario de la fórmula del «peligro de la consumación», que ya había defendido August GEYER algunos años antes, *Zur Lehre vom strafbaren Versuch*, en *Allgemeine österreichischen Gerichtszeitung*, 1860, pp. 129 ss., como riesgo derivado de la exteriorización de la voluntad, tesis ésta que, en España, ha sido recogida por Ruperto NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, en *Acta salmanticensis*, Derecho, tomo V, núm. 1, Salamanca, 1963, sobre todo pp. 29-31, 53 ss. También von LISZT, *Tratado*, tomo III, *op. cit.*, pp. 4 y 16, llega a referirse al carácter peligroso de la manifestación de la voluntad. La diferencia entre estas opiniones y la defendida por CARRARA puede situarse en el momento desde el que se considera la presencia del peligro, mientras éste se refiere a un peligro considerado desde el exterior y como hecho sobrevenido, los autores acabados de referir aluden al peligro como algo referido al futuro, así Vincenzo CAVALLLO, *Il delitto tentato*, Nápoles, Jovene, 1934, p. 34, y también ORESTES ARAUJO, *La tentativa*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958, p. 26. Conviene advertir que ni CARRARA ni sus seguidores llegaron nunca a identificar ese «peligro corrido» por el bien jurídico con los denominados «delitos de peligro», algo que sí hicieron, en cambio, algunos autores alemanes, y también la doctrina penal española (*vid.* MIR PUIG, Santiago, «Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal» en *Problemas específicos de la aplicación del Código penal*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, pp. 37-42, para quien «puede trazarse un paralelismo entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto consumado, por una parte, y entre la tentativa inidónea y el delito de peligro abstracto consumado»), obviando así la diferencia que existe entre el tipo subjetivo de aquellas figuras delictivas y el de la tenta-

puesta (41). La tentativa, que pone en peligro la seguridad, produce un «daño político», al cual se pone remedio político con el castigo de aquel a cuyos malos propósitos sólo faltó el favor de la fortuna. Pero Carrara limitó la idea del peligro, fundamentadora del castigo de la tentativa, al «peligro» o «riesgo» efectivamente corrido, excluyendo el meramente futuro o por correr, lo que denota su concepción puramente objetiva (42). El peligro futuro o meramente ideal no puede

tiva (= intencionalidad del resultado), y que lo injusto (de la tentativa, de los delitos de peligro) viene determinado por la inescindible correlación entre el tipo objetivo y el tipo subjetivo.

(41) Advierte CARRARA que, no obstante, sería un error equiparar en penalidad la tentativa y el delito consumado, argumentando que se estaría incitando al autor de la tentativa a volver a intentar su propósito criminal hasta conseguirlo efectivamente, pues su conducta se verá castigada en cualquier caso con la misma pena. Además, desde una consideración objetiva, que atiende preferentemente al resultado producido, «un acto externo seguido de sensibles efectos tendrá siempre mayor importancia que cualquier otro del cual no deriva daño alguno», por consiguiente, la diferencia en la penalidad (la menor pena de la tentativa) no contradice los mandatos de la justicia distributiva (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 65). El argumento de que el autor que ha puesto en marcha todos los medios a su alcance para violar la ley, y por efecto de la casualidad contraria no consigue el fin maligno que se proponía, encuentra en la minoración de la pena una ventaja inmerecida, lo salva el citado autor afirmando que si la desgracia de un daño mayor producido, sin intención de causarlo de tal entidad, perjudica al reo porque aumenta su responsabilidad por motivo del mal producido, aunque sin intención (doctrina *versarista* de la preterintencionalidad), es de justicia que la fortuna le favorezca cuando, defraudadas sus previsiones, se ha originado un hecho menos lesivo que aquél hacia el cual propendían sus actos.

(42) A pesar de haberse referido CARRARA a los «malos propósitos» no estaba asumiendo con ello una posición subjetiva para explicar el castigo del delito imperfecto (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 72: «La intención, esto es, el propósito del agente de conseguir por medio de sus actos un fin más criminal, que el acto mismo realizado, nos conduce a prescindir de lo acontecido para fijarnos tan sólo en lo que debió suceder, según los cálculos del agente».) A causa de la intención no sólo se hacen imputables determinados actos que materialmente resultaron inocuos, sino que en un delito perfecto se prescinde de buscar el criterio de la imputabilidad en sus condiciones materiales; y cuando la intención iba encaminada a la ejecución de un delito más grave, se debe encontrar la norma que contemple la mayor gravedad, considerando que en sí no era el fin del agente, sino un simple medio. Así, por ejemplo, las heridas causadas o el rompimiento de una ventana (en sí mismos constitutivos de delitos consumados) pueden estimarse como tentativas de homicidio o de robo, porque el autor los ejecutó como medios para cometer un homicidio o un robo. Ahora bien, aunque la fuerza moral del delito imperfecto, en el pensamiento de CARRARA elemento constitutivo del conato, nace también de la intención (al igual que en el delito perfecto), que, según se afirma, ha de ser «directa» y «perfecta» [en referencia al actuar con dolo directo, pues «jurídicamente tenemos el elemento moral de la tentativa de un delito cuando se supone la intención directa de relizarlo» (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 11)], descartando al mismo tiempo la posibilidad de una tentativa de delito imprudente [pues afirmar que se ha intentado hacer lo que ni se preveía

aceptarse por sí sólo –según el citado autor– como razón legítima de castigar, pues por ese camino se llegaría a punir la «mala intención criminal», y, en último término, los malos pensamientos, con lo que acabarían difuminándose los límites entre la moral y el derecho (43). El peligro desempeña en la tentativa la función del daño inmediato. Así como el delito consumado no existe si falta el daño, así la tentativa deja de producirse donde el peligro no resulta (44).

Así pues, mientras que los primeros ideólogos de la teoría objetiva, como Feuerbach, no aclaraban cómo había de concretarse la peligrosidad objetiva en la causación de la tentativa (45) (la peligrosidad de la acción, en concreto, o, por el contrario, peligrosidad potencial, en abstracto), cuando Carrara habla de «peligro», está haciendo referencia a un riesgo que en un momento dado existe verdaderamente como hecho, no a un peligro de mera previsión (46).

ni se quería ejecutar es, en las condiciones normales de la vida, un contrasentido, y, en el ámbito del Derecho penal, un imposible jurídico (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 75)], la verdadera razón que sirve de fundamento para castigar la tentativa radica en la idea del peligro (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 62). Hallar la tentativa en la mera intención, aunque firmemente resuelta, a causar un daño, sin realidad del peligro de este daño inherente a la posibilidad del acto realizado, es lo mismo que castigar la simple intención, tomando únicamente el peligro moral como fundamento de la imputabilidad (*Teoría de la tentativa, op. cit.*, pp. 102 ss.).

(43) Como se ha dicho, un sector de la doctrina alemana estableció una correspondencia entre los «delitos de peligro» y la tentativa. Concretamente MERKEL, A., *Derecho penal*, I [trad. castellano por P. G. DORADO MONTERO, Madrid (sin fecha)], p. 190, concluye que «la tentativa punible se incluye entre los delitos de peligro», y, más tajante aún, von ROHLAND, *Die Gefhar im Strafrecht*, pp. 80 ss., afirma que «la tentativa, pues, participa del lado objetivo del peligro de los delitos de peligro. Lo que separa a ambos es el lado subjetivo». Según este último, la tentativa se caracteriza porque la acción se detiene en el estadio del peligro. En contra, BINDING discrepa advirtiendo que también en los delitos de peligro cabe la realización imperfecta, quedando el delito tan sólo intentado, y se pregunta ¿qué quedaría en el caso de tentativa de uno de estos delitos, si la tentativa fuera peligro? (*Die Normen und Ihre Übertretung*. tomo. I, 4.ª ed., Leipzig, 1922, p. 375).

(44) CARRARA, F., *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 102.

(45) «Una acción exteriorizada dirigida intencionalmente a la producción del delito constituye ya en sí misma una infracción y se castiga cuando la acción misma, según su índole externa, está (indirecta o directamente, poco o mucho) en relación causal con el delito perseguido (es objetivamente peligrosa)» (*Lehrbuch des peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, p. 71).

(46) CARRARA, F., *Teoría de la tentativa, op. cit.*, p. 61. Reconocido que en la tentativa falta el efecto dañoso que la convertiría en delito consumado, y como las funciones del daño se representan en la tentativa por el riesgo, la fuerza física de la tentativa, o sea, su elemento material, se determina lógicamente en relación con *el peligro que corrió* el derecho de ser violado, esto es, en consonancia con el *acto externo peligroso* (*op. cit.*, p. 102).

Y aunque en Italia Francesco Carrara fue el máximo exponente del concepto de «peligro corrido» como fórmula material objetiva, la hizo suya también Pessina (47), aunque con algunas variaciones (quizá rectificaciones).

3.4 Implicaciones de la teoría objetiva

En términos generales, podríamos decir que, para la teoría objetiva, habrá tentativa siempre que, con arreglo a un juicio objetivo hecho por un observador imparcial, la acción se presente apropiada para realizar efectivamente la resolución delictiva. Como consecuencia de los planteamientos de la teoría objetiva, el criterio en base al cual se va a determinar el comienzo de la tentativa será la proximidad de la lesión del bien jurídico, dejando de lado la voluntad del autor, y con ese patrón se establece la frontera entre lo que son los actos preparatorios y los verdaderos actos ejecutivos, únicos capaces de constituir una tentativa. La necesidad de punición desaparece cuando falta la capacidad de la acción para producir el resultado, pues en dicha capacidad reside el fundamento mismo del castigo de la tentativa, así, la línea divisoria entre la tentativa idónea y la tentativa inidónea quedará trazada según la idoneidad de la acción de cara a la producción del resultado delictivo (48). Por su peligrosidad, se estima que la tentativa idónea siempre ha de ser castigada, mientras que la tentativa inidónea, carente de esa peligrosidad, permanecerá impune.

Para tal conceptualización de la tentativa resulta imprescindible determinar en qué casos la acción tiene la capacidad requerida para lesionar el bien jurídico, lo que dio lugar al florecimiento de numerosas formulaciones, pues dependerá fundamentalmente de la forma en que se realice el juicio de peligrosidad. Se desemboca así en la distinción entre

(47) *Elementi di diritto penale*, Napoli, 1882, pp. 239 ss.

(48) «Es imposible que una acción sea antijurídica sin chocar con el derecho externo», advierte FEUERBACH, *Tratado, op. cit.*, p. 76, núm. 3, pues únicamente la acción exterior que sea objetivamente peligrosa, lesionando o poniendo en peligro al derecho, resultará antijurídica. La intencionalidad, por sí misma, no basta para conformar la antijuricidad de la acción. «Quien habla de participación en el crimen con un veneno falso o del homicidio de un cadáver o similares, confunde lo moral con lo jurídico, los fundamentos de la policía de seguridad con el derecho a la pena, y debería también declarar culpable de una tentativa de homicidio a cualquier bávaro que vaya a una capilla en peregrinación a rezar por la muerte de su vecino». Y entiende el citado autor, que su argumento se encuentra respaldado por el texto del artículo 178 de la Carolina cuando, para el castigo de la tentativa, exige la realización de «algunos actos externos que puedan ser apropiados para la consumación del acto malo». MEZGER entendía estas expresiones referidas a la idoneidad del intento (*Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 213).

inidoneidades «absoluta» y «relativa», y entre peligros «abstracto» y «concreto», suscitando, al tiempo, cierta confusión terminológica.

Para la teoría objetiva la esencia del delito reside en la lesión del bien jurídico, pues bien, desde este punto de vista el delito intentado es un hecho menos grave que el delito consumado: la puesta en peligro del bien jurídico frente a la causación de su lesión, lo que tendrá su reflejo en el ámbito de la penalidad, concluyendo que la tentativa debe acarrear un castigo inferior al de la consumación (49). En definitiva, se viene a argumentar que en tanto la tentativa pone en peligro bienes o intereses jurídicamente protegidos, la pena que le corresponde debe ser inferior a la del delito consumado, en el que, además se ha lesionado ese interés protegido, se ha producido el daño material propio del delito, razón por la cual la pena, entonces, debe ser más grave (50).

3.5 El principio de ofensividad y la tentativa: la idea de «peligro» como eje del injusto en la tentativa

Como reflejo de la visión moderna del Derecho penal, es consustancial a la teoría objetiva de la tentativa partir del entendimiento del

(49) FEUERBACH, en su *Kritik des kleinschrodischen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuch* (Tasche und Müller), vol. II, Gießen, 1804, p. 249, admite esta consecuencia en los siguientes términos: «Pero no sólo la lesión jurídica misma es fundamento de una pena. El Estado debe, por tanto, tener presente que incluso no habiendo ocurrido esa acción, que ciertamente no ha tenido como efecto la lesión jurídica; sin embargo, de igual modo, la lesión del Derecho ha tenido objeto, pues estas acciones conducen al delito mismo. Para impedir delitos efectivos no sólo deben ser intimidados los ciudadanos por la comisión del delito, sino que debe también serlo cualquiera que lo intente (...) Empero tienen esas tentativas un grado menor de peligro, porque no contienen la propia lesión jurídica sino que son sólo la causa probable de la efectiva lesión del Derecho; con ello no se contradice inmediatamente el fundamento de toda punibilidad. La tentativa de delito tiene, pues, siempre un grado inferior de punibilidad que la consumación del delito».

(50) CUELLO CALÓN, Eugenio, *Derecho penal. Tomo I (Parte General)*, vol. II, 17.ª ed. (revisada y puesta al día por César CAMARGO HERNÁNDEZ), Barcelona, 1975, p. 625, apunta que, si bien la mayor parte de las legislaciones castigan la tentativa con pena inferior a la del delito consumado y el frustrado, sin embargo, el Código francés (artículo 2.º) sanciona la tentativa de *crimen* igual que la consumación (por otra parte, además, aunque siempre pune la tentativa de *crimen*, la de *delito* la castiga únicamente en los casos previstos por la ley, criterio que también comparte el Código penal alemán en su § 43), y el Código austríaco (§ 8) sigue una línea muy similar. En Alemania, durante los años que precedieron a la segunda guerra mundial, en los trabajos de preparación de un nuevo Código penal se pensó establecer como momentos punibles del desarrollo del delito la preparación del hecho y el emprender (*unternehmen*) su ejecución, momento este último de enorme amplitud puesto que comprendía desde el principio de ejecución (tentativa) hasta la consumación.

Derecho, en líneas generales, como tutelador, protector y conservador de bienes e intereses constituidos, antes que concebirlo como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales (51). Esta idea está presente en la mayor parte de las formulaciones modernas, que se manifiesten objetivas, de la tentativa. La norma penal, desde esta perspectiva, cumple, ante todo, una función de valoración (es norma de valoración); por cuanto que la norma no puede perderse en la abstracción, debe responder a algo, y ese algo son las exigencias de garantizar la coexistencia, el mantenimiento y el adecuado desarrollo de la vida en sociedad, a través precisamente de la salvaguarda de aquellos intereses considerados esenciales para la sociedad. En un Estado de Derecho, que se pretende social y democrático, el Derecho penal se justifica como mecanismo de protección de la propia sociedad, preservando determinados valores que, por su carácter esencial a la misma, se erigen en «bienes jurídicos» objeto de tutela penal (52). Consecuentemente el bien jurídico alcanza aquí el mayor protagonismo como «nódulo» o corazón del delito, pues ofrece, según se afirma, un criterio material, sumamente decisivo, en la interpretación y construcción de la teoría jurídica del delito (53) y,

(51) Así, ya FEUERBACH, *Lehrbuch, op. cit.*, p. 76, núm. 3. Mientras que la concepción predominantemente liberal concede al Derecho una función protectora de bienes, la concepción social, en la medida que supone un claro direccionismo, le confiere un talante esencialmente imperativista, y, por tanto, regulador de voluntades. Si la primera resalta la importancia del bien jurídico, la segunda se apoya en el deber y en la desobediencia como ejes de la infracción punible. Posteriormente, desde posiciones funcionalistas, con una idea atemperada del Estado como Estado social, se ha propuesto relegar a segundo plano la idea de bien jurídico, redirigiendo el castigo hacia aquellas conductas que comprometen seriamente el funcionamiento del sistema social, así JAKOBS, Günther, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre*, 2.^a ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1991, p. 38, cuya postura encuentra conexiones en AMELUNG, K., *Rechtsgüterschutz und Schutz der Gesellschaft*, parte III, Frankfurt, 1972. La punibilidad entonces no se hallaría determinada por la contradicción con el valor, sino siempre, y sólo, por la lesividad social del comportamiento.

(52) En este sentido, el principio de ofensividad se contrapone al llamado principio de subjetividad o desobediencia, así, BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho penal y procesal* (trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi), Barcelona, 1987, p. 36.; y presenta, dicho principio, un fundamento plural, que procede de los tres aspectos de la fórmula «Estado social y democrático de Derecho», así MIR PUIG, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, Barcelona, 1985, p. 76.

(53) Es comúnmente admitido que una teoría del delito sólo puede partir del bien jurídico, BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, p. 36. En lo relativo a la evolución del bien jurídico y del principio de ofensividad, *vid.* JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y notas S. Mir Puig y F. Muñoz Conde) vol. I, Barcelona, 1981, pp. 350 ss.; MIR PUIG, S., *Intro-*

por supuesto, definitivo para el estudio de los tipos penales en particular. Correlativamente se defiende la vigencia del «principio de ofensividad», «lesividad», o de exclusiva protección de bienes jurídicos con el que se expresa el dogma *nullum crimen sine iniuria*, esto es, que todo delito comporta, necesariamente, un daño u ofensa a un bien jurídico determinado, y no es imaginable un delito que no la realice. Desde estas consideraciones, el adelantamiento excesivo de las barreras de protección penal, hasta un momento más o menos prematuro del delito, todavía no exteriorizado plenamente, implica el triunfo de un Derecho penal totalitario, en el que por encima de la función garantizadora de la convivencia, se concede prioridad al deseo de acatamiento de la voluntad del Estado (54). Fue en el seno del derecho

ducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método, Barcelona, 1982, pp. 124 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, J., *Control social y sistema penal*, op. cit., pp. 35 ss.; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, Emilio, «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1990, I, pp. 641 ss.; ÁLVAREZ GARCÍA, J., «Bien jurídico y Constitución», *Cuadernos de Política Criminal*, núm. 43, 1991, pp. 7 ss. No obstante, todavía hoy continúa el debate sobre el propio concepto de bien jurídico y el camino a seguir para alcanzarlo. Fundamentalmente se insiste en la función crítica del bien jurídico frente al legislador, como garantía-límite ante el poder punitivo del Estado. En esta línea, MIR PUIG destaca la dimensión «político-criminal» del bien jurídico, como objeto susceptible de aspirar a la tutela jurídico-penal (*de lege ferenda*), en oposición, sobre todo, a los valores meramente morales. Esta dimensión se contrapone a la conocida como «dogmática», con la que se hace referencia al objeto protegido de hecho por la norma positiva (*de lege lata*), (*Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, pp. 100 ss.).

(54) GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, tomo I, 2.ª ed., Madrid, 1902, pp. 80 ss. Lo que iría en contra de la esencia misma del Estado democrático de Derecho: la libertad general de acción y la seguridad jurídica. Toda anticipación de la línea de defensa establecida tradicionalmente por los Estados liberales en el momento de atacar, esto es, de ofender bienes jurídicos, merece la atención del Derecho penal, pues supone un recorte de la referida libertad general de acción, fundamento último de nuestro sistema de convivencia. Resulta evidente que las conductas lesivas han de castigarse por alterar ese sistema de reparto de funciones o intereses que afecta al Derecho. Pero lo cierto es que, cada vez más, los cuerpos legales contemporáneos van introduciendo figuras delictivas que no requieren la producción de ninguna lesión. Generalmente esta anticipación se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro, y, en menor medida, a través de otros mecanismos como la elevación a delito de actos meramente preparatorios o de formas de participación. Frente a esta situación, con diversos argumentos y distinta amplitud, en la moderna Ciencia del Derecho penal española, se ha cuestionado por un sector de la doctrina la legitimidad de los delitos de *peligro abstracto*, así como la punibilidad de la denominada *tentativa inidónea*, llegándose incluso a negar, por la opinión más extrema, cualquier legitimidad, porque en tales supuestos faltaría absolutamente lo injusto material, es decir, faltaría la producción de, al menos, un peligro para el bien jurídico y entonces se estaría penando ahí la mera desobediencia o sólo un desvalor de conciencia, así BUSTOS RAMÍREZ, Juan,

penal liberal, fundamentalmente con el propósito de mantener clara la frontera trazada entre los campos del Derecho y la Moral, donde se desarrolló este principio.

El delito, para la doctrina objetiva, supone la exteriorización y la materialidad de un hecho y, en consecuencia, que tal hecho dañe el bien jurídico protegido. Para fundamentar que una determinada conducta merece una sanción penal, el legislador no puede contentarse con la mera vulneración de una norma ética o divina, antes bien, habrá que constatar la lesión del objeto de protección, es decir, encontrar una víctima y mostrar que a la misma le han sido lesionados bienes o intereses (55).

El principio de ofensividad implica, por tanto, una doble exigencia: que toda infracción penal requiere la exteriorización y la materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado [así se incluye también, como resultado del delito, «la puesta en peligro del bien jurídico» (56)], con

Control social y sistema penal, Barcelona, 1987, pp. 318 s., el mismo, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, 1.ª ed., 1984, pp. 191 ss. Cfr., también, COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990, pp. 272 (núm. 103) s., y 557, quienes advierten que la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea se opone al Derecho penal del hecho, y un amplio sector de la doctrina española considera que en los delitos de peligro abstracto es preciso transformar la presunción *iuris et de iure* de peligro, en una presunción *iuris tantum*, de modo que quede excluida la tipicidad de éstos si se prueba en el caso concreto que el peligro para el bien jurídico quedó excluido de antemano; en esta línea, ESCRIVÁ GREGORI, José M.ª, *La puesta en peligro de bienes jurídicos en Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 72 ss., y TORÍO LÓPEZ, Ángel, «Los delitos del peligro hipotético» (Contribución al estudio diferencial de los delitos de peligro abstracto)», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1981, pp. 831 s., y 834 ss., consideran que se deben interpretar los delitos de peligro abstracto como delitos de peligro implícito o delitos de peligro hipotético, respectivamente, en el sentido de que ha de comprobarse en el caso concreto la aptitud de la acción para la producción de un daño o la posibilidad de contacto entre la acción y el bien jurídico.

(55) En orden a declarar delictiva una conducta –según se afirma–, ante todo habrá que atender a su carácter lesivo para algún interés material perteneciente a otros individuos; «la conducta humana solamente puede ser injusto punible si lesiona un bien jurídico», en palabras de Winfried HASSEMER, *Fundamentos del Derecho penal* (trad. castellano y notas de Francisco MUÑOZ CONDE y Luis ARROYO ZAPATERO), Barcelona, 1984, p. 37; con esta máxima se produce la «reaparición» de la víctima, tras largo tiempo sepultada por los principios de reprochabilidad, antijuricidad y la referencia exclusiva a la conducta del delincuente.

(56) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN. T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed. (conforme al Código penal de 1995), Valencia, 1996, pp. 289 ss., el contenido de injusto de una infracción viene determinado por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. Desde ese punto de vista la infracción puede consistir en una efectiva lesión del bien jurídico tutelado o, simplemente en su puesta en

lo que, de una parte quedan perfectamente delimitados los confines entre el ilícito penal y las meras actitudes internas (Derecho y Moral), y, de otra, los hechos materiales no lesivos de bien alguno, carentes en consecuencia de relevancia penal, permanecen en la franja libre (57). Además, este principio se encuentra condicionado y limitado por el principio de legalidad, de suerte que tiene que ser reconducido a éste ineludiblemente. A través de la afirmación del principio de legalidad debe concretarse y exigirse la lesión del bien jurídico, unificándose la contradicción con el precepto penal positivo y la ofensa a aquél (58). Hasta el extremo de que toda contradicción de un hecho con la norma penal constituye, al mismo tiempo, la verificación de un menoscabo para el objeto de tutela.

Pues bien, el castigo de la tentativa, entre otros supuestos de adelantamiento de la barrera de protección penal, precisa de una explicación que deje a salvo la vigencia de tan esencial principio —que impediría el castigo de conductas sin lesividad—, sobre todo por parte de aquellos que se aferran a él para fundamentar el injusto. En nuestro Derecho, la explicación resultaba particularmente complicada a la luz del antiguo artículo 52 párrafo segundo (59), pues castigaba con la

peligro. De manera tal que el intérprete, que también se encuentra limitado por la vigencia del principio de lesividad, lo primero que tendrá que hacer es verificar cuál es el objeto tutelado por la norma vulnerada, y si éste no ha sido lesionado deberá quedar impune, pues no existirá tipo (así, GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *Poder Judicial*, núm. 28, Diciembre, 1992, p. 9).

(57) Así, SILVELA, Luis, *El Derecho penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2.ª parte, Madrid, 1879, p. 178, señala que el límite general de la punibilidad ha de ser respetuoso con la esfera de libertad correspondiente a cada ciudadano, y, por tanto, no puede situarse hasta que no se comience a lesionar o a poner en peligro el bien jurídico protegido.

(58) En este sentido, y de acuerdo con la concepción valorativa de la norma que también mantienen COBO/VIVES, cabe igualmente afirmar que el bien jurídico es típico: se extrae, fundamentalmente, del tipo y para la interpretación del tipo, aunque desarrolle su función además en otros aspectos. La tarea del intérprete se encuentra entonces recortada por dicho principio, particularmente en el momento de la aplicación de la ley: lo primero a realizar es la fijación del objeto tutelado, y si éste no ha sido lesionado deberá quedar impune, pues no existirá tipo. Así, también, nuestro Tribunal Constitucional concluye que el Derecho penal tiene la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado de Derecho, cfr. STC 105/1988, de 8 de junio. Íntimamente conectadas con esta misma idea, SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 62/1982, de 15 de octubre, donde se advierte que cualquier limitación de los derechos constitucionales requiere la protección de bienes jurídicos.

(59) A cuyo tenor: «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 para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de

pena establecida para la tentativa «los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito», con la posibilidad de rebajar sólo en uno o dos grados la pena respecto a la correspondiente al delito consumado, quedando así muy próxima a la penalidad de la frustración. En su momento, esta circunstancia se interpretó como «un paso hacia lo subjetivo» (60), y durante mucho tiempo puso en la picota a la teoría objetiva. Hoy día, no parece que la cuestión haya quedado despejada del todo, con el nuevo artículo 62 del vigente Código penal, que condiciona la punición al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado (61).

Desde el punto de vista de la teoría objetiva, esta exigencia se cumple, en la tentativa, en tanto que el bien jurídico tutelado ha estado expuesto a peligro, a lesión potencial (62). Así, por ejemplo, quien dispara sobre la víctima, y por fortuna el proyectil no le alcanza, no ha matado, pero ha creado un peligro de muerte. La tentativa es punible cuando es objetivamente peligrosa para el bien jurídico, en tanto que aquella otra tentativa que no sea peligrosa siempre permanecerá impune. En un Estado bien organizado, el legislador debe preocuparse de reprimir no sólo las lesiones efectivas de los bienes que considera esenciales para la vida de relación, sino también las lesiones potenciales, la exposición a peligro de dichos bienes (63).

ejecución o de producción del delito». Su texto fue introducido, en el recién derogado Código penal, por la Ley de 19 de julio de 1944, que reproducía el artículo 5 de la ley de 24 de enero de 1942 de Protección de la Natalidad, la cual, a su vez, tenía su inmediato antecedente en el artículo 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1932.

(60) Cfr. CORDOBA RODA, Juan, *Comentarios al Código penal*, tomo II (artículos 23-119), Barcelona, 1972, pp. 219 ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Comentarios al Código penal*, tomo I, Barcelona, 1972, pp. 81 s.; CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 628.

(61) A juzgar por las opiniones vertidas últimamente por la doctrina, *vid.* GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *Poder Judicial*, núm. 61. Según el nuevo artículo 62 CP: «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», por lo que pueden verse incluidas desde las concepciones más subjetivas hasta las posturas que limitan la punición de la tentativa a la presencia de un peligro medido *ex post*. No obstante, para mí, es una muestra inequívoca de que el legislador ha venido a dar la razón a la corriente finalista, *vid.* en este sentido, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

(62) Los objetivistas caracterizan a la tentativa como una ejecución incompleta del delito, suplido el daño físico de la infracción consumada por el peligro en que se ha puesto el interés protegido por la Ley (*il pericolo corso* de CARRARA), y por la alarma social que también produce el delito imperfecto, siquiera sea en menor medida que el perfecto.

(63) BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.ª ed., italiana, por José León PAGANO), Bogotá, 1965, p. 479: La tentativa tiene su

Este será el rasgo característico de las explicaciones que se han aportado desde el punto de vista objetivo para fundamentar el castigo de la tentativa. No obstante, como se viene advirtiendo, la idea de peligro admite consideraciones diversas, lo que ha propiciado algunas variantes, con este punto en común, dentro de la propia doctrina objetiva (64). Para los objetivistas, entonces, la cuestión residirá en especificar el momento en que se debe constatar ese peligro, así como precisar la naturaleza del mismo, unos aspectos que obligan a distinguir diferentes dimensiones respecto de la misma tentativa y conducen a diversificar la respuesta según los singulares matices defendidos.

3.5.a) LA OBJETIVA CONFIGURACIÓN DEL JUICIO DE PELIGRO

En cualquier caso, el peligro constituye un juicio sobre algo futuro (65), y en ese juicio influyen fundamentalmente los siguientes factores: el momento de la realización del mencionado juicio de peligro, los conocimientos sobre los que debe basarse el mismo, o, en su lugar, los conocimientos que debe poseer aquel que realiza el juicio (que lógicamente dependerán del momento en que se lleve a cabo), y también es relevante el grado de probabilidad necesario para la afirmación del peligro. Podemos decir que éstas son las «pilastras» sobre las que los objetivistas tratan de construir su concepción de la tentativa.

3.5.a.a') ¿Juicio *ex ante* o juicio *ex post*?

El juicio de probabilidad de producción del resultado a que conduce la realización de la acción puede llevarse a cabo tanto en un momento anterior a la producción del hecho como en un momento posterior. La trascendencia de la determinación del momento del juicio reside en que a través de él se puede llegar a precisar otros factores también decisivos. Los conocimientos que se tienen del hecho no

propia objetividad, dada por la lesión potencial de un bien jurídico, tiene su propia estructura, dada por los actos idóneos para ocasionar un evento lesivo, tiene su propia sanción, más leve que la prevista para la consumación.

(64) Particularmente gráficas son las palabras de MAYER, Max Ernst, *Der Allgemeiner Teil des deutschen Strafrecht. Lehrbuch*, 2.^a ed., Heidelberg, 1923, pp. 341-374: «se trata de someter a pena únicamente a la tentativa peligrosa, esa es la idea fundamental, pero también la dificultad de la materia». También en la traducción parcial del capítulo de la tentativa de M. E. MAYER hecha por JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *El Criminalista*, tomo IV, Buenos Aires, 1944, pp. 232-242.

(65) Otra cosa será la perspectiva (*ex ante*/*ex post*) con la que haya de realizarse ese juicio, como bien aclara ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Granada 2000, p. 174.

son, lógicamente, los mismos en el momento de realizarse la acción que, posteriormente, tras su ejecución. En muchos casos sólo una vez terminada la realización de la conducta, el propio autor del hecho va a tener conocimiento de la ausencia del objeto contra el que dirigió su ataque, o percibirá, en su caso, la inidoneidad del medio utilizado en su actuación. Por ello es importante establecer con antelación cuándo deberá juzgarse la conducta en atención a su peligrosidad objetiva y decidir consecuentemente con la solución elegida. La forma de examen que inicialmente dominó en la doctrina al plantearse la cuestión, y que aún hoy tiene un peso importante entre la doctrina española actual, fue, y es, la observación del hecho una vez que éste ya se ha realizado por completo (juicio *ex post*). La (im-)posibilidad de lesión del bien jurídico se determina cuando ya se ha experimentado que la conducta analizada no ha conducido al resultado previsto por el autor. A partir de este hecho se analizan los factores determinantes del fracaso de la acción y se distingue según los mismos, entre la tentativa idónea e inidónea, absoluta y relativamente inidónea, falta de tipo, etc.

En contra de esta argumentación, los partidarios de la teoría subjetiva subrayan que, situados en un examen *ex post*, toda conducta de tentativa resulta inidónea. Por eso mismo constituye tentativa (66). Si analizamos la conducta en la forma concretamente realizada tendremos serias dificultades para establecer una clara distinción entre tentativa idónea e inidónea, pues, una vez realizada la acción, ésta se ha mostrado inadecuada para causar el resultado en aquella forma concreta en que fue llevada a cabo. Un examen de la conducta *ex post* y *en concreto*, es decir, sin dejar de tener en cuenta ninguno de los factores que han intervenido en el hecho, nos llevará, inexorablemente, a la afirmación de la inidoneidad de toda conducta que haya permanecido en una fase de imperfecta ejecución.

Tratando de salvar este inconveniente, desde las posiciones objetivistas se puntualiza en el sentido de que para poder realizar un juicio de probabilidad de lesión del bien jurídico a través de un examen de la

(66) Y, en extremo, algunos partidarios de la teoría subjetiva, en sus inicios, propugnaron la punición abierta de los supuestos de tentativa irreal, pues, según se argumentaba, también la tentativa irreal es un atentado contra el ordenamiento jurídico, y también en ella se ha manifestado la voluntad remisa del autor. No obstante, nunca pasó de ser una posición minoritaria; entre sus partidarios, EISENMANN, «Die Grenzen des strafbaren Versuchs», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. 13 (1893), p. 467 s., SCHÜLER, *Der Mangel*, op. cit., p. 93, núm. 23; el propio Maximilian von BURI, «Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen 1890», en *Gerichtssal*, vol. XLIV (1891), pp. 321-356, aunque, aquí, con recatada contundencia.

conducta *ex post*, es decir, cuando se tiene ya conocimiento de todos los factores que concurrieron en la misma, es preciso hacer una abstracción intencional de alguno de los factores que han intervenido en la conducta (67). El peligro, según se afirma, es el resultado de una consideración causal especial, abstraída de la realidad que existe independientemente de la concreta causalidad (68). La circunstancia puntual de que el resultado no haya acaecido efectivamente, en concreto, no implica que no se hubiera podido producir, pero ciertamente siempre que alguno de los factores que han intervenido en el comportamiento ejecutado no hubiera tenido lugar exactamente de la misma forma. Los objetivistas terminan, en consecuencia, en la necesidad de abstraer diversos factores para determinar cuándo una conducta puede considerarse idónea frente a aquellas que habrá que considerar inidóneas, reconociendo, no obstante, que en todo caso la conducta no alcanzó su objetivo —esto es, se mostró inidónea—. Ello comporta la dificultad de establecer en cada situación hasta qué punto deberá realizarse la abstracción, aspecto decisivo para considerar la acción como peligrosa objetivamente o, en sentido contrario, para descartar su peligrosidad.

3.5.a.b') *¿Cuáles han de ser los conocimientos sobre los que se formule el juicio de peligro? El espectador objetivo vs. las representaciones del autor*

La respuesta relativa a la potencialidad lesiva de una determinada conducta, y, por lo tanto, la afirmación de su peligrosidad, dependerá asimismo de los conocimientos con que cuente aquel que realiza el juicio sobre el peligro. Un mismo suceso real puede ser objeto de muy diferentes calificaciones según cuales sean los conocimientos del juzgador.

Ejemplo: La conducta de A consistente en disparar sobre B que yace dormido en su cama, merecerá diferente valoración respecto a su peligrosidad, si quien la juzga tenía conocimiento de la repentina muerte de B a consecuencia de un paro cardíaco inmediatamente antes de que disparasen sobre él, que si, por el contrario, el juzgador desconocía este extremo.

Lo cual conduce a la necesidad de plantearse las características que debe revestir la persona que realiza el juicio de peligro, que puede ser el mismo autor del hecho o bien un tercero, y, en este último caso,

(67) Así, por todos, ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 176.

(68) En este sentido, HENCKEL, Heinrich, *Der Gefahrbegriff im Strafrecht*, 1930, p. 14.

alguien que posee únicamente los conocimientos propios del hombre medio, esto es, los comunes a la mayoría de las personas, o más aún, los privativos de un experto.

Son muy diversas las lecturas que, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, se han hecho de la fórmula de la «prognosis posterior», y en ocasiones con poco acierto:

a) Por un lado, se ha considerado que, para la realización del juicio, se deben tener en cuenta todas las condiciones concurrentes en el momento de la ejecución del hecho, así como alguna otra más cuyo conocimiento únicamente se ha obtenido con posterioridad. Es decir, serán relevantes no sólo aquellas que se conocían en el momento de su ejecución, sino también aquellas que se conocieron después.

En esta línea se ha manifestado Ruperto Núñez Barbero (69), quien tras inclinarse por la «prognosis posterior» añade que, en los casos de ausencia de objeto, o de medio, así como los supuestos de inidoneidad del sujeto, la acción no resultaría peligrosa. —Sin embargo, tales circunstancias no siempre se podrán constatar fácilmente en el momento de la realización (*ex ante*)—. Así, este autor, partidario de la teoría del peligro concreto, subraya que el juicio de idoneidad debe ser emitido en concreto, en el complejo de todas las circunstancias concomitantes a la realización de la acción. Entiende que este juicio debe realizarse *ex ante* (70), pero completa su argumentación afirmando que, en el juicio de peligro, el juez tendrá en cuenta los conocimientos del hombre medio, completándolos con los del agente, que, en algún caso, es posible que sean superiores. Es decir, deberá contar con el conocimiento especial del agente, si éste dispusiera del mismo, prescindiendo de las circunstancias no cognoscibles en el momento de la ejecución y de las que se revelen a través del suceso, esto es, aquellas otras que no fuesen constatables *a priori* (71).

(69) *El delito imposible*, op. cit., pp. 107 ss. Señala NÚÑEZ BARBERO que «el juez debe remitirse o referirse al momento en el cual la acción ejecutiva ha sido iniciada y emitir el juicio teniendo en cuenta todas aquellas condiciones y circunstancias que en dicho momento podían ser conocidas o eran conocidas por el sujeto» (p. 108), coincidiendo plenamente con el criterio de la «nachträgliche prognose» (de LISZT, F. von, *Tratado*, vol. III, op. cit., p. 17). Advierte GIMBERNAT ORDEIG, que esta formulación ya había sido apuntada por RUMELIN, con la diferencia de que su exposición de entonces tenía en cuenta también factores sólo conocidos posteriormente. Más próximo al modelo antes referido, es el criterio que utilizó por primera vez TRÄGER [GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, (reimp. ed. de 1966), Madrid, 1990, pp. 30 ss.].

(70) *El delito imposible*, op. cit., p. 108.

(71) *El delito imposible*, op. cit., p. 109.

Para ilustrar su punto de vista, el autor citado acude a ejemplos como los siguientes: Si vemos que una persona dirige su escopeta contra otra y aprieta el gatillo, podemos afirmar que su acción es peligrosa, porque pensamos lógicamente que está en peligro la vida de la víctima. Ahora supongamos que, como más tarde se comprueba, la escopeta no estaba cargada, o lo estaba sólo con pólvora, o bien le faltaba el necesario alcance, dadas las características de la escopeta y la distancia a que se encuentra la víctima. La valoración que hagamos desconociendo tales circunstancias, «no puede tener un valor objetivo válido, porque hemos creído, erróneamente, que estaba cargada una escopeta que no lo estaba adecuadamente, o, en lo referido a la distancia, hemos pensado que el disparo podía alcanzar a la víctima, cuando, en realidad, estas circunstancias que impiden la consecución del resultado, son negativas o excluyentes del peligro, porque su naturaleza no es de necesaria ignorancia universal, ni se revelan a través del hecho, sino que son constatables, cognoscibles, *a priori*». Por lo mismo, será inidónea y no peligrosa la conducta de quien suministra una dosis insuficiente de veneno, siempre que esta circunstancia, como se ha dicho, fuese cognoscible *ex ante*, algo que también es aplicable a los casos de ausencia del objeto de ataque.

Es palmario, a la vista de los ejemplos citados, que Núñez Barbero está atribuyendo al juez más conocimientos de los que inicialmente le asigna, realizando, además, una abstracción del caso concreto, contrariamente a lo que nos propone en principio. Como punto de partida, en orden al juicio de idoneidad, entiende que se debe proceder con un análisis *ex ante* y una consideración concreta, pues debe resolverse sobre la base de la peligrosidad y teniendo en cuenta las particulares condiciones, positivas o negativas, con cuya concurrencia se ha obrado. Los casos constitutivos de tentativa imposible pueden hacer referencia a conductas, en las cuales, considerando la acción en su conjunto, esto es, habida cuenta de todas las circunstancias del hecho, cognoscibles o conocidas por el sujeto (no solamente estimando el medio o el objeto aisladamente), con base en el comienzo de ejecución, aparezca completamente excluido el peligro de consumación (72). Núñez Barbero termina apartándose del criterio, de carácter material, planteado en principio, e introduce uno nuevo de carácter formal. Para asimilar las conductas de «imposibilidad de ejecución o de producción del delito» (antiguo artículo 52, párrafo segundo CP) a las de tentativa punible, será necesario constatar que dichas conductas se corresponden plenamente con los requisi-

(72) *El delito imposible*, op. cit., p. 98.

tos necesarios para que la tentativa sea inculpada. En este sentido, se acuerda que el artículo 3 (del derogado CP) inculpador de la tentativa, exige un «comienzo de ejecución», lo que supone la realización de un comportamiento, una conducta, que ponga causalmente en peligro un bien o interés protegido por la norma penal. Faltando esa puesta en peligro, la tentativa deberá considerarse impune. Por lo que respecta a la posibilidad de castigar el delito imposible, Núñez Barbero añade que, en el caso de que se haya puesto de manifiesto la peligrosidad del delincuente, sólo queda expedito el camino de la aplicación de una medida de seguridad, no debiéndose recurrir jamás a la imposición de una pena.

Delito imposible será, pues, toda aquella conducta en la que estén ausentes los elementos esenciales exigidos por la particular figura delictiva (73). De mantenerse sus consideraciones, habría que defender, a la postre, la impunidad no únicamente de los supuestos que previene el derogado artículo 52 CP en su párrafo segundo, sobre los que Núñez Barbero centró su estudio, sino, más aún, la impunidad incluso de toda forma de imperfecta ejecución, pues cualquier fase de realización incompleta del delito se caracteriza por faltar alguno de los elementos esenciales de la figura del delito, además del resultado, como es la relación de causalidad.

Esta concepción del examen de peligrosidad, aunque se mantenga que parte de la observación *ex ante*, en realidad merece la misma valoración que el examen realizado *ex post*, del que no se aparta.

(73) *El delito imposible*, *op. cit.*, pp. 171 ss. Esto ha conducido a que dicho autor haya sido incluido entre los partidarios de la teoría de la falta de tipo, pero él mismo ha rechazado esta teoría por insuficiente, pues «el tipo pudiera revelarse completo en todos sus elementos, privado solamente del resultado, tal y como lo describe la citada teoría y no por eso podría reconocerse la tentativa» (*op. cit.*, p. 97), como en el ejemplo de quien efectúa un disparo a mucha mayor distancia de la que puede alcanzar el arma. Considera NÚÑEZ BARBERO, que si bien la doctrina de la «ausencia de tipo» supone, sin duda, un gran avance sobre las concepciones clásicas, sin embargo, no puede ser aplicada de manera absoluta más allá de los supuestos de ausencia de objeto material. Los casos en los que se ponga de manifiesto la inidoneidad del medio sólo podrían resolverse conforme a la teoría que se está considerando cuando de forma expresa la ley se refiere al propio medio de forma particular, como un elemento del hecho. Así pues —concluye el citado autor— no es correcta la afirmación, hecha por esta teoría, de que las hipótesis de inidoneidad del medio implican también la ausencia del tipo, pues la ley no considera expresamente en todas las hipótesis legislativas el medio como elemento intrínseco del tipo, esto es, de la figura delictiva. Además, podría llegarse a la afirmación de que quien obra con medios absolutamente inidóneos quedaría impune y quien obra con medios relativamente inidóneos sería punible, con lo que se volvería a la distinción, por él rechazada, entre inidoneidad absoluta y relativa.

b) Una consideración más pura, entiende que únicamente se deben tener en cuenta para emitir el juicio de peligrosidad, aquellas circunstancias que conoció el autor en el momento de la realización del hecho, y sólo esas. El juzgador ostentará los conocimientos del autor en el momento de la ejecución y no tendrá en cuenta ninguno de los conocimientos obtenidos con posterioridad. En el ejemplo del disparo de A sobre un cadáver, en la creencia de que se trataba de una persona viva, la conducta, conforme a esta otra posición, resulta peligrosa.

Según esta nueva perspectiva, el sujeto colocado para realizar el examen sobre la peligrosidad de la conducta coincide totalmente con el autor de la misma. En realidad se trata de una teoría subjetiva pura, que considerará peligrosa toda aquella conducta que, a los ojos de su autor, aparezca como peligrosa en el momento de su ejecución.

Siguiendo este mismo camino, pero pretendiendo mantener la objetividad del análisis del espectador colocado en el lugar del autor, se encuentra la tesis de Elena Farré Trepát (74). Entonces el juicio deberá realizarlo un espectador objetivo que, en representación de la sociedad, se coloca en el lugar del autor manteniendo los mismos conocimientos que éste tenía en el momento de realizar el hecho. Dicho espectador imaginario representa el juicio que la sociedad emite sobre el comportamiento en cuestión, y deberá servirnos para distinguir las conductas que, por no parecer peligrosas, no precisan ser evitadas, frente a aquellas otras que el legislador desea evitar por su peligrosidad con respecto al objeto de protección. Ahora bien, para efectuar su análisis, el espectador objetivo no contará únicamente con los mismos conocimientos nomológicos y ontológicos que poseía el autor, sino que también dispondrá de aquellos otros datos que él mismo posee independientemente (los correspondientes al hombre medio) (75), ya que se debe tener en cuenta que se trata de un sujeto, el espectador objetivo, distinto del propio autor.

En el supuesto de que en el autor concurriesen unos conocimientos especiales (superiores a los del hombre normal), el espectador situado en su lugar, dispondrá de ellos igualmente (tal es el caso si, por ejemplo, el autor es un experto cazador, o si conocía la enferme-

(74) *La tentativa de delito*, op. cit., pp. 394 ss.

(75) Aun reconociendo la dificultad que puede entrañar la determinación de cuál sea el conocimiento medio referido a un determinado hecho, FARRÉ TREPAT argumenta que su concreción en el caso particular no es del todo inviable, y que sobre la base de ese conocimiento, representativo de la mayoría de las personas, se podrá distinguir entre tentativa idónea punible y la inidónea impune (*La tentativa de delito*, op. cit., p. 396).

dad de la víctima, etc.), y si sucediese lo contrario, es decir, si el autor contase con unos conocimientos inferiores a los del hombre medio, lo que le lleva a considerar peligrosa una conducta que en realidad no lo es, en este caso, puesto que el espectador objetivo dispone de los mismos conocimientos que el autor pero sin llegar a prescindir de los suyos propios podrá determinar que la conducta carecía entonces de la necesaria peligrosidad objetiva. Cuando no concurra peligrosidad, estos supuestos constituirán lo que, aplicando la teoría defendida por Farré Trepát, deberían denominarse «*tentativa inidónea*», que vendrían a coincidir con la denominada «*tentativa irreal*», siempre que no se confunda a ésta con la tentativa supersticiosa. «Serían aquellos supuestos en los que concurre una falta absoluta de peligrosidad *ex ante* y que, por consiguiente, no hay necesidad de prohibir» (76).

3.5.a.c') *El requisito de la peligrosidad de la acción objeto del juicio vs. la dirección de la ley causal*

Además, para la afirmación del peligro para el bien jurídico, la doctrina objetiva recurre al grado de probabilidad de producción del resultado (77), puesto que el juicio de peligrosidad se basa en la prognosis de un acontecimiento venidero. En definitiva, se trata de determinar si la acción llevada a cabo por el autor posee capacidad lesiva suficiente para producir el resultado, o si, por el contrario, carece de ella. Sólo la constatación de la capacidad efectiva de la acción para producir el resultado permitirá afirmar la peligrosidad de la misma (en caso contrario, habrá que negarla). Puede suceder que el autor haya llegado hasta el final en el desarrollo de una determinada acción, y sin embargo, no concurrir aun así, ni la más remota peligrosidad, habida cuenta de su incapacidad para producir el resultado. No obstante, se afirma que el dolo puede aumentar la peligrosidad objetiva de la conducta (78).

Ejemplo: La víctima ingiere, por completo, el té con limón que el autor le había preparado en el convencimiento de que se trataba de un medio idóneo para envenenarla.

También se reconoce que la peligrosidad de la acción dependerá de la mayor o menor proximidad temporal del resultado, lo que tendrá su reflejo en materia de penalidad. Se entiende que cuanto más pró-

(76) *La tentativa de delito, op. cit.*, p. 395.

(77) Vid, una hodierna muestra de ello en ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 492 ss.

(78) MIR PUIG, Santiago, «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1983, p. 13.

ximo esté el momento de producción del resultado, tanto mayor será la peligrosidad de la acción. Sin embargo, resulta muy difícil explicar, desde esta afirmación, los supuestos de producción adelantada del resultado, entre otras cosas, porque puede constatarse la peligrosidad sin que haya tentativa (por ejemplo, si el autor, en fase de preparación ha causado ya, sin saberlo, el resultado –la mejor prueba de que hubo peligrosidad–). Lo verdaderamente relevante, en este punto, será lo que le reste al autor por hacer en orden a la lesión del bien jurídico. Por otra parte, para la afirmación del peligro se niega cualquier relevancia al valor del bien jurídico protegido (79).

3.6 Resumen sobre la evolución de la concepción objetiva

La expansión y consolidación de esta teoría se ha debido, por un lado, a la propia regulación del Derecho positivo y, por otro, también al dominio de la corriente causalista en la fundamentación y sistematización del delito, dentro de la cual la teoría objetiva de la tentativa, contagiada además por el positivismo científico (80), encontraba un

(79) No es correcto, explica FARRÉ TREPAT, hacer depender la mayor o menor peligrosidad de la acción, del mayor o menor valor del bien jurídico atacado. «El bien jurídico puede ser de muy poco valor y el grado de peligro muy elevado y a la inversa» (*La tentativa de delito, op. cit.*, p. 397). Lo que sí estará en función de la importancia del bien jurídico, es la penalidad asignada al comportamiento que atentó contra él.

(80) Se entiende por positivismo científico una concepción estrictamente limitada al Derecho positivo y a su interpretación, que pretendió abordar todos los problemas del Derecho recurriendo exclusivamente a los conceptos jurídicos, con una dogmática jurídica lo más liberada posible de cualquier valoración filosófica, y excluyendo, en la medida de lo posible, los conocimientos psicológicos y la realidad sociológica. Sobre tales premisas se desembocó en un modelo extremadamente formal de las características del comportamiento humano que debían contemplarse en la estructura del concepto de delito. Se concibió el tipo objetivo-descriptivamente, se delimitó la antijuricidad objetivo-normativamente y la culpabilidad fue entendida subjetivo-descriptivamente. Todo ello proporcionó una estructura del delito muy gráfica y sencilla, incluso de fácil exposición pedagógica, el *concepto clásico* de delito, que fue dominante en Alemania desde finales del siglo XIX. Se determinaba la naturaleza del hecho delictivo por la comisión antijurídica de una lesión, sin considerar (especialmente) el aspecto de la voluntad: «*El hecho mata al hombre*» –se afirmó–. En estrecha conexión con el carácter objetivo-formal de este concepto de delito se halla, sin duda, la idea de Estado de Derecho que se materializó en la búsqueda de seguridad y calculabilidad del Derecho, a realizar mediante la vinculación del juez a conceptos sistemáticos sencillos y comprobables. Tal planteamiento servía de contrapeso a las exigencias de prevención especial postuladas por la Escuela moderna, patrocinadas por el mismo von LISZT junto a la dogmática clásica. Así el sistema jurídico-penal clásico presentaba una característica imagen bipolar: por una parte, debía garantizar mediante el objetivismo y el formalismo de los presupuestos de la pena un máximo

marco perfecto. Nos explica Welzel cómo la doctrina alemana se dividió en dos corrientes: la *corriente clásica* con Binding a la cabeza, de esencia conservadora autoritaria y con la idea de la retribución que inspiraba al Código penal de 1871 y fundada en la herencia del idealismo de Kant y Hegel, y la *escuela moderna*, fundada por von Liszt, quien vio en el Derecho penal un medio finalista racional en la lucha contra el delincuente.

A pesar del evidente carácter constitutivo que tiene para el injusto el contenido de la voluntad del autor de la tentativa, la teoría causalista se mantuvo, sin embargo, en Austria en la forma en que había sido expuesta por von Liszt y Beling, si bien no existió acuerdo en la escuela austríaca en torno al fundamento de su punición (81).

En Alemania sostiene esta posición Dietrich Oehler, quien localiza la razón del castigo de la tentativa en «la finalidad de la acción objetivamente reconocible» de lesionar un bien jurídico, cuya esencia es distinta a la del peligro creado para el propio bien jurídico protegido, con el que no debe confundirse (82). Dicha tendencia objetiva de la acción no concurre en tanto no existe la resolución delictiva por parte del autor, finalidad subjetiva que Oehler identifica con el dolo de la tentativa, aislándolo como elemento de la culpabilidad, no del injusto (83). En cambio, Hegler, advierte que no

de seguridad jurídica; por otra parte, pretendía alcanzar, por vía de un sistema sancionatorio orientado hacia el delincuente, un máximo de eficacia.

(81) Así, von LISZT, «Die Lehre vom Versuch», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, vol. XX (1905), pp. 245 ss., defendiendo la teoría objetiva llega a la conclusión de que el castigo del delito intentado encuentra su base no en la componente subjetiva de la acción, esto es, en la voluntad manifestada de producir un determinado resultado, sino en la parte objetiva: En el peligro objetivo, en el «apuntar objetivamente de la acción» a la lesión de un determinado bien jurídico, o bien en la «tendencia objetiva de la acción» hacia el mismo.

(82) *Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung*, Berlin, 1959, p. 111. Sobre esta base se logra explicar la punición de la tentativa idónea y de la tentativa inidónea peligrosa. La tentativa idónea no peligrosa, en la que está ausente esta tendencia objetiva de la acción, se fundamenta, sin embargo, de una manera en parte subjetiva, en la voluntad del autor de lesionar el bien jurídico, que aquí sí forma parte del injusto, aunque sin dejar de lado la exigencia de que la acción emprendida sea propiamente peligrosa para el bien jurídico.

(83) Sigue patente, en el razonamiento de OEHLER, una rigurosa frontera entre las componentes objetivas y subjetivas del delito. La parte objetiva del hecho debía reflejarse en los escalones de la tipicidad y antijuricidad, delimitados de forma material, en tanto que la parte subjetiva correspondía al momento de la culpabilidad, todos aquellos procesos espirituales y psíquicos que en el hecho se desarrollan en el interior del autor. OEHLER trata de evitar tener que reconocer que los elementos subjetivos conforman el ilícito, afirmando que la contrariedad a Derecho se deriva exclusivamente de «la tendencia típica del acontecer exterior», mas la constatación de esa

cabe una tendencia objetiva de la acción distinta de la finalidad del sujeto. No cabe decir de la acción que, por sí misma, objetivamente, persigue una meta. La persecución de una meta implica una componente intencional de carácter psicológico (84). Engisch, que no encuentra diferencias substanciales entre la «tendencia objetiva de la acción» y su «causalidad potencial», rechaza esta concepción, dado que no se puede apoyar el castigo de la tentativa en la «causalidad potencial» de la acción que, por una parte, está ausente en la tentativa inidónea, y por otra, además, no supe a la resolución delictiva que cofundamenta la peligrosidad de la acción en la tentativa idónea (85). Como tampoco resulta fácil de explicar, sin incurrir en incoherencia, por qué en la «tentativa inidónea no peligrosa» se

«tendencia objetiva del comienzo de la acción de ejecución hacia la consumación» requiere la presencia de la decisión exigida. Según este autor, aunque la decisión tiene un carácter constitutivo para la tendencia objetiva, no por eso forma ya parte del ilícito como un componente del mismo, pese a que su ausencia determinará que la ejecución resulte «atípicamente peligrosa para el bien jurídico». OEHLER no quiere conceder al elemento subjetivo una naturaleza definidora del ilícito. Con razón ZIELINSKI no ve en la postura de OEHLER nada más que una maniobra lingüística [*Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. castellano por Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, 1990, p. 33].

(84) *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechenbegriffs*, Frank-Festgabe, 1930, p. 286, criticando la posición de ZIMMERMANN. En el mismo sentido, GREVE, F., *Der Entschluß in § 43 StGB als subjektives Unrechtselement*, Hamburgo, 1935. Aunque la doctrina rechaza la teoría de OEHLER, DICKE ha fundamentado posteriormente la punición de la tentativa inidónea también en base a la tendencia objetiva de la acción. Siguiendo aquella argumentación, este último autor distingue entre la finalidad, de índole subjetiva, perseguida por el autor, y la finalidad objetiva que caracteriza a toda acción; dicha meta objetiva, inherente a la conducta abstractamente peligrosa de tentativa, no es más que el peligro basado en las posibilidades, asociadas a la acción, de producir el resultado. Lo peligroso de la acción de tentativa, la razón de su castigo, reside en la tendencia objetiva de la acción. De este modo, la tipicidad de la tentativa estriba en el peligro abstracto de la acción integrado precisamente por su tendencia objetiva, para cuya constatación hay que limitarse a la esfera del autor, verificando si es apto para desencadenar una acción peligrosa, con lo que se evitaría así volver a caer otra vez en el viejo error de la consideración *ex post*. Conforme a estas premisas DICKE declara que no son peligrosas ni la tentativa de autor inidónea, porque el sujeto no se encuentra en situación de activar una acción cuya tendencia objetiva integre peligro, ni tampoco cuando el medio empleado sea inidóneo, pues, «cuando el medio, una parte esencial de la acción, es inidóneo, falta la causalidad potencial y la tipicidad. Ya que no se causó ningún daño y no existió nunca un peligro abstracto, falta también el fundamento para la antijuricidad» («Zur Problematik des untauglichen Versuchs», en *Juristische Schulung*, 1968, p. 161).

(85) «Der finale Handlungsbegriff» en *Festschrift für Eduard Kohlrausch*, Berlin, 1944, p. 179.

acude a un elemento subjetivo del injusto para justificar su punición, algo que Oehler omite aclarar (86).

No obstante, en los primeros momentos, fue la teoría subjetiva de la tentativa la dominante en la Práctica del Tribunal del Reich, aunque en el ámbito doctrinal fuesen escasos sus partidarios. Así, hasta la segunda mitad del siglo XIX la mayoría de los Códigos penales seguían la corriente subjetiva; se exceptuaba el Código prusiano de 1851, correspondiente al más extenso de los Estados de Alemania, que, adoptando el criterio del «principio de ejecución» recogido en el artículo 2 del *Code pénal* de Francia (87), sigue claramente a la concepción objetiva. Con posterioridad, tanto el Código penal de la Confederación de los Estados de Alemania del Norte como el Código penal del Reich acogerán también esta fórmula, y tendrá su reflejo en la Práctica del Tribunal superior de Prusia que realiza una interpretación objetivista adecuada a la literalidad de dicha regla (88). Además, se preceptuaba también la atenuación obligatoria de la pena asignada al delito consumado si se trataba de una tentativa. El Reichsgericht por su parte, con von Buri entre sus filas, se mantiene en la teoría subjetiva, también para la interpretación del parágrafo 43 en lo concerniente al «principio de ejecución del delito» (89).

(86) ZIELINSKI, D., *Disvalor acción*, *op. cit.*, p. 32, núm. 91. CEREZO MIR, José, «Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1961, p. 56, núm. 8, reprocha a OEHLER que recurra reiteradamente a los elementos subjetivos del injusto para fundamentar la antijuricidad, algo a lo que, en principio, parecía haber renunciado este último.

(87) La reseña del artículo 2 del Código penal francés de 1810 constituye el arquetipo de la evolución en el siglo XIX, estableciendo con diafanidad, en el principio de ejecución, la frontera que separa a los simples actos preparatorios y a la tentativa. Este mismo criterio se recoge en nuestro Código penal de 1848 (artículo 3.º), y se mantiene en los Códigos de 1850, 1870, 1932 y 1944 en el párrafo tercero del artículo 3.º («da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores»). En el referido artículo 2.º, del texto francés, se dice: «*Toute tentative de crime qui aura été manifestée par un commencement d'exécution... est considérée comme le crime même*». El contenido de este precepto se traslada también, como «principio de ejecución» (*Anfang der Ausführung*), al Código penal de Prusia de 1851, y desde aquí pasa a formar parte del Código penal alemán de 1871 en su § 43. Según MEZGER (*Tratado*, II, *op. cit.*, p. 214), con ello el Código prusiano dio origen, en el problema de la tentativa inidónea, a la creación, bajo la influencia francesa, de un tipo objetivo de la tentativa orientado de modo estricto en las concepciones del Estado de Derecho, superando de esta suerte la concepción subjetivista del Estado policía, que atiende a la mala intención, y que está presente en el Derecho general territorial prusiano.

(88) MEZGER, *Tratado*, II, *op. cit.*, p. 233

(89) Fundamenta su posición el Alto Tribunal en base a dos motivos: por una parte alega que «la decisión no debe ser deducida del texto de la ley, sino de fundamentos internos, considerando que en la tentativa la voluntad criminal es el fenómeno

3.6.a) LA TEORÍA OBJETIVA EN NUESTRA DOCTRINA. EVOLUCIÓN A TRAVÉS DE SUS PRINCIPALES Y MÁS RECIENTES FORMULACIONES

Ya en España, la mayoría de la doctrina ha querido ver en la teoría objetiva la respuesta a las cuestiones que plantea el delito intentado (90), aunque, inicialmente, las posiciones más veteranas habían estado acudiendo a la concepción subjetiva, resaltando la importancia de la componente subjetiva del hecho.

La figura de la tentativa se recoge por primera vez, mediante una formulación genérica, en el Código penal de 1822, que en su artículo 5 consideraba tentativa «*la manifestacion del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare*» (91). Con el Código de 1848 se recortó el ámbito de la tentativa, para pasar a consistir entonces en dar «*principio á la ejecucion del delito directamente por hechos exteriores*», dejando a salvo, al mismo tiempo, la posibilidad de castigar los actos preparatorios como figuras especiales de delito para algunos supuestos. La frontera trazada, desde el Código penal de 1928, entre los actos de preparación y los de ejecución, unido a la obligatoriedad de atenuar el castigo correspondiente al delito consumado para los supuestos de frustración y todavía más para el caso de la tentativa,

contra el que se dirige la ley penal» (primer motivo); y, por otro, además, considera que un determinado factor causal no representa más que una posibilidad o probabilidad más o menos alta de producción del resultado, pero jamás puede asegurar ni descartar con total exactitud su producción efectiva, por consiguiente «toda acción que no ha conducido al resultado se manifiesta como una acción absolutamente inapropiada para producirle» (segundo motivo), pues –argumenta el Reichsgericht– la puesta en peligro objetiva del bien jurídico falta en todos los casos de tentativa. Esta base sobre la que se asienta la doctrina del Tribunal del Reich determinará la jurisprudencia de los tribunales de Alemania. En multitud de sentencias se aprecia igualmente tentativa aun cuando el agente había supuesto un estado de cosas diverso al que existía en la realidad, como, por ejemplo, la tentativa de homicidio sobre un cadáver, la tentativa de aborto en mujer no encinta, tentativa de estafa cuando el beneficio patrimonial pretendido por el agente era objetivamente conforme a Derecho, tentativa de incesto en un supuesto en que el sujeto activo no era el progenitor, o la tentativa de eludir impuestos, cuando en realidad no existía deber alguno de tributar (ver las muchas sentencias recogidas por Edmundo MEZGER, *Tratado*, II, *op. cit.*, pp. 234 ss.).

(90) Por lo menos respecto de las formas de tentativa o frustración idóneas. Se entiende que, desde el respeto al Estado democrático de Derecho, sólo una fundamentación objetiva atenta al distinto grado de proximidad del peligro del intento puede explicar la distinta gravedad que nuestro Código otorga no sólo a la consumación y a la imperfecta ejecución, sino también a la tentativa y a la frustración, sobre todo desde que en 1850 se pasó de un concepto subjetivo a otro objetivo de frustración.

(91) CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 631.

fueron las razones sobre las que se sostuvo la interpretación objetiva (92), que si bien no contó con muchos partidarios en los primeros momentos, cuando la doctrina española, en este ámbito, aún acudía mayoritariamente a la fundamentación subjetiva, posteriormente, se ha ido consolidando, incluso sin que la introducción del castigo de la tentativa inidónea («los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito»), en el Código penal de 1944, supusiese un obstáculo.

En su evolución, la teoría objetiva ha contado, en nuestro país, con el esfuerzo de importantes penalistas. Examinaremos a continuación alguna de las opiniones más relevantes, que, por necesidades expositivas y aun advirtiendo las dificultades y los riesgos que entraña siempre el «etiquetado» de las teorías doctrinales, me he permitido clasificar de la siguiente manera:

1. En representación de quienes, en nuestra doctrina, propugnan una caracterización *puramente objetiva del injusto*, acorde con las premisas del Derecho penal liberal, destacan Manuel Cobo del Rosal y Tomás S. Vives Antón. Desde su concepción exigen, para que exista tentativa, que se haya constatado *ex post* un resultado-peligro para el bien jurídico. Para Cobo del Rosal y Vives Antón (93), el contenido de injusto de una infracción viene determinado por la medida en que viola el objeto de protección de la norma. Desde ese punto de vista la infracción puede consistir en una efectiva lesión del bien jurídico tutelado o, simplemente, en su puesta en peligro (94). Sólo en ese caso debe intervenir el Derecho penal, y excederá de su competencia cualquier restricción de libertad cuando el mal uso de ella no ha desembocado en la efectiva lesión del bien jurídico; esos casos quedan más allá de la línea dentro de la cual debe actuar un poder punitivo que se atenga a una idea secular del Derecho, concibiéndolo como simple

(92) Cfr. sobre todo RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, *op. cit.*, pp. 81 ss. También ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 417 («nuestro Código... está muy lejos de ser subjetivista»); RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.^a, *Derecho penal español. Parte General*, *op. cit.*, pp. 730 s., 738; CÓRDOBA RODA, *Notas II*, pp. 185 ss. En un sentido más subjetivo, en cambio, CUELLO CALÓN, *Derecho penal*, vol. II, *op. cit.*, p. 626; CEREZO MIR, José, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, Tesis doctoral (Secretariado de publicaciones de la Universidad), 1964, p. 31.

(93) *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 640.

(94) Estos autores emplean el término «resultado», en el contexto del contenido de injusto, para aludir a las consecuencias, efectivas o potenciales, reales o ideales, de la acción, como generalmente se admite (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 273 núm. 13). Vid. HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuridicidad*, Madrid, 1984, pp. 21 ss.

orden externo de la coexistencia. En el ámbito de un Derecho penal liberal, la lesión de bienes jurídicos de naturaleza material desempeña el papel de núcleo básico del contenido de injusto. De modo que las diversas tipificaciones de la Parte Especial habrán de implicar, generalmente, la efectiva vulneración de bienes jurídicos susceptibles de concreción material. Para el Derecho penal liberal, el objeto primario es la conservación de las condiciones materiales y externas de la coexistencia; y, a este objetivo, deben hallarse subordinadas tanto la protección de bienes jurídicos de naturaleza ideal como el castigo de las simples puestas en peligro de dichas condiciones materiales (95). La configuración objetiva del injusto, como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico constituye un requisito irrenunciable para el Estado de Derecho. De forma que entre el comportamiento y la lesión o peligro debe constatarse una conexión, lo que nos conduce a confirmar «si, completada la ejecución, produciría la lesión o puesta en peligro» (96).

1.a) Muy pendiente del principio de ofensividad, y desde una posición objetiva González Cussac (97), siguiendo a su maestro Vives

(95) *Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., *op. cit.*, pp. 247 ss. La norma penal, sobre esta base, es, ante todo, norma de valoración, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico que la norma quiere proteger. Su argumentación, como señala Joaquín CUELLO CONTRERAS, es de Política criminal, ya que se cuestiona cuándo debe intervenir el Derecho penal, y se responde, desde el respeto a la libertad, que sólo cuando se ha lesionado o se ha puesto en peligro un bien jurídico [*El Derecho penal español. Curso de iniciación. Parte General (Notiones introductorias. Teoría del delito/1*), Madrid, 1996, p. 369].

(96) Así, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC, seguidor de la teoría objetiva de VIVES ANTÓN, no imagina la tentativa sin la comprobación de un peligro «*ex post*» («Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 7 ss.): únicamente constituye tentativa idónea suministrar, a una persona viva, una dosis suficiente de veneno (peligro concreto para la vida), mientras que si se trata de una dosis insuficiente de veneno (también punible) o una sustancia inocua (que, además, resultará impune), estaremos ante una tentativa inidónea. Del mismo modo, es de tentativa idónea (punible) el supuesto del disparo a una persona viva que ésta esquivada (peligro concreto), por contra, lo será de tentativa inidónea (pero punible), si el disparo no alcanza a la víctima por haber variado ésta su posición (peligro concreto), y también es tentativa inidónea (además no punible) el disparo a una persona muerta (un cadáver no puede ser soporte de un peligro para la vida). -Aun cuando distingue teóricamente 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 (*op. cit.*, p. 22), y un juicio de idoneidad concreta o genuina peligrosidad, conforme al principio, por él desarrollado, de lesividad; sin embargo los ejemplos a los que recurre para su argumentación evidencian que, en su concepción, la tentativa requiere la comprobación de un peligro «*ex post*».

(97) GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 7 ss., acogiendo a la tradición y al Derecho

Antón, defiende la necesidad de constatar un *resultado-peligro* para poder hablar de tentativa (98), entendiendo que, además, es la respuesta que mejor se adecua a nuestro texto constitucional. La tipicidad de la conducta, y, por ende, la tentativa, requiere siempre una conexión real entre el comportamiento del autor y el resultado (lesión o peligro) para el bien jurídico (99); esta relación objetiva, siempre presente, no precisa ser en todo caso de carácter material (relación de causación), en algunos momentos bastará con una relación ideal (de causalidad), pero siempre nos obliga a examinar, en último término, si completada la ejecución se verificaría la lesión o puesta en peligro (100). Pues sólo tras comprobar la adecuación al tipo respectivo

positivo ordinario español, junto a argumentaciones de orden lógico-sistemático y de política-criminal; el mismo, *Comentario al artículo 62*, en *Comentarios al Código penal de 1995*, Coordinados por Tomás S. VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996, pp. 370 ss., donde expresa que «para calificar una conducta como intentada, cuanto menos habrá tenido que representar un peligro potencial para el bien jurídico protegido. Y este peligro potencial sólo existe a partir del comienzo de ejecución del delito correspondiente, y nunca será sólo suficiente con la manifestación de una mala voluntad».

(98) Peligrosidad que, nacida de las exigencias del principio de ofensividad, ha de medirse, según el primer autor citado, «*ex ante*» siempre y en todo caso, «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, p. 28. Sin embargo, su razonamiento sólo permite reconocer como *tentativa* aquella que incluya un peligro comprobado «*ex post*», cfr. CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos*. Libro-Homenaje al Prof. Dr. D. Ángel TORÍO LÓPEZ, Granada, 1999, p. 286. La argumentación de GONZÁLEZ CUSSAC, a la postre, conduce a una fundamentación «*ex post*». Contraponiendo *peligro potencial* (abstracto) (= «tentativa inacabada», alejada de la consumación) vs. *peligro concreto* (= «tentativa acabada», mucho más cercano a la consumación), la decisión sobre la naturaleza del peligro se tomará —según afirma el citado autor— en base a un juicio hipotético «*ex ante*» en el que, conforme a la experiencia general, «han de valorarse todas las circunstancias concurrentes» (*Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 372). El criterio será, por tanto, la evaluación estrictamente objetiva del grado (= idoneidad) del riesgo y de su cercanía mayor o menor a la consumación, esto es, a la producción del resultado lesivo, que es el verdadero «elemento rector», lo que, más que otra cosa, acerca a la consideración «*ex post*» del peligro (el *desvalor resultado* ha de enjuiciarse «*ex post*»).

(99) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, p. 20, «La tipicidad no puede entenderse independientemente de toda relación entre el hecho externo y el sustrato material del injusto», pues únicamente podrán considerarse típicos aquellos actos que supongan su realización efectiva, con lo que, conceptualmente, implican ya un carácter objetivo o de conexión entre la acción y el resultado.

(100) Desde el respeto a los principios de legalidad, tipicidad y ofensividad, el límite mínimo para la incriminación está en aquellos comportamientos que, por lo menos, integran un «peligro abstracto» para el bien jurídico, siempre que superen el «juicio de idoneidad estricta», pues con el «juicio de idoneidad abstracta» (medida «*ex ante*») no es suficiente, se exige, por respeto al principio de lesividad, que supon-

puede afirmarse que la conducta «pone por obra» o «ejecuta» el tipo del delito correspondiente, debiéndose confirmar, para ello, que su realización completa lleva aparejado el resultado (verificación del resultado-peligro *ex post*). Con el juicio de idoneidad habrá que dilucidar, por una parte, si el acto es idóneo, *per se*, para alcanzar la meta propuesta (la producción del resultado, «juicio de idoneidad abstracta») (101), y, por otra, si con él se da comienzo ya al tipo («juicio de idoneidad estricta») (102), averiguando ahora si el acto es ejecutivo o preparatorio, es decir, «si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro» del bien jurídico tutelado (103) (comprobación *ex post*).

Desde sus premisas, por consiguiente, la única tentativa punible es la que incluye un peligro comprobado *ex post* (104). Utilizando el ejemplo de la acción de envenenar: sólo considera tentativa idónea (punible) suministrar una cantidad de veneno apta para matar (peligro concreto para la vida) mientras que cuando no existió veneno, o la dosis fue insuficiente, habrá tentativa inidónea (impune y punible,

gan un comienzo de ejecución, constatando que, culminada la ejecución, se producirá el resultado, lo que nos remite al análisis «*ex post*».

(101) Si el comportamiento no era en absoluto adecuado para conseguir la meta propuesta, difícilmente podrá encajar en el tipo delictivo, pues las conductas inocuas para los bienes jurídicos discurren ajenas al Derecho penal.

(102) Se excluyen los actos no ejecutivos, pues, en tanto que todavía no suponen el comienzo en la realización del delito, no se puede decir de ellos que «lo pongan por obra», aún no constituyen «el intentar». -En palabras de CARRARA, para decir que en ciertos hechos se dio un peligro y, por lo tanto, que hay tentativa, es indispensable que los mismos representen un principio de ejecución, sólo desde el momento en que con cualquier acto externo se acomete la empresa de violar el Derecho, puede considerarse verdaderamente comenzado el estado de peligro de aquel derecho (*Teoría de la tentativa y de la complicidad, o del grado en la fuerza física del delito, op. cit.*, pp. 102-103). Se vuelve así sobre aquellas trascendentes conclusiones defendidas por el maestro toscano, a saber: 1.^a que para la tentativa es indispensable un acto externo de ejecución, y 2.^a este acto externo debe contener en sí la posibilidad de alcanzar el fin criminal.

(103) Así también, VIVES ANTÓN, Tomás S. *La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, tesis doctoral (parcialmente inédita), Valencia, 1977, pp. 284-302.

(104) GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., «Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal», *op. cit.*, pp. 22-23. «Toda tentativa, para serlo en el marco del Derecho positivo español, ha de suponer la iniciación del delito, y esto sólo se logra con actos ejecutivos, que también, por definición, han de comportar una cierta idoneidad, entendida como conexión real y objetiva entre el comportamiento y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico». Es decir, son supuestos de *tentativa* la realización de una clase de conductas generalmente prohibidas por el ordenamiento, precisamente por conllevar un cierto peligro para la protección de determinados bienes jurídicos.

respectivamente). Con el mismo argumento, es muy distinto el «peligro corrido» al disparar un arma de fuego contra un cadáver (tentativa inidónea, impune: una persona muerta no sufre un peligro para la vida), que al hacerlo, sin puntería, contra una persona viva (peligro concreto, tentativa idónea, punible), o fallar el disparo porque un momento antes la víctima había cambiado de posición (peligro relativo, tentativa inidónea pero punible).

2. Angel Torío López (105), partiendo igualmente de una concepción objetiva de la tentativa, trata de apartarse del modelo unitario, que tradicionalmente ha venido considerando a la tentativa propia y a la tentativa imposible como especies de un género superior común, para trazar una *tesis dualista* (106) que distingue, por un lado, la acción peligrosa o el desvalor de peligro (*Gefährdungsunwert*), fundamentador de la tentativa propia, y, por otro, el desvalor de intención o de fin (*Zielunwert*) distintivo de la tentativa imposible en orden a explicar el castigo de la tentativa (idónea e inidónea). Para ello concibe a la *tentativa propia* como un delito de peligro posible, y a la *tentativa inidónea* como un delito de peligro abstracto, advirtiendo que este último constituye una técnica reprobable, impropia de un Estado de Derecho, pero imprescindible como excepción, siempre que se respete el postulado del concepto material del delito, es decir, el pensamiento de que el delito es un ataque real, material, no meramente formal o nominal, a los bienes jurídicos, aunque se admita la desviación sistemática que supone el castigo de la tentativa imposible, que no debe escapar al Derecho penal (107). Desde su perspectiva, accio-

(105) «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», en *Propuestas para la reforma penal* (José CEREZO MIR, y otros), La Laguna, 1992, pp. 169 ss.

(106) Patrocinada, en nuestros días, por Eberhard SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, Allgemeiner Teil. Lehrbuch*, 2.ª ed., Tübinga, 1982, pp. 338 ss., y Heiner ALWART, *Strafwürdiges Versuchen*, Berlin, 1982. Considera admisible TORÍO LÓPEZ la concepción de la tentativa propia y la tentativa inidónea como «*delicta sui generis*», con diferenciado contenido de injusto, y merecedoras ambas de pena, ya que sería político-criminalmente difícil de asumir que quien emprende un asesinato con disparos repetidos que alcanzan el cerebro de una persona previamente fallecida pudiera asistir libremente al sepelio del fallecido como un observador más.

(107) Las acciones de tentativa inidónea no pertenecen, en principio, al concepto objetivo real, no sólo formal, de tentativa. En ellas falta el coeficiente material, es decir, la peligrosidad potencial del comportamiento. En tanto la *tentativa propia* es delito de peligro posible o hipotético (la acción emprendida puede realmente conducir a la lesión del bien jurídico), en la *tentativa imposible* no existe esta posibilidad. Pero su remisión a la zona libre estaría, sin embargo, injustificada («Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *op. cit.*, p. 181). La teoría de la impresión cierra aquí lagunas. La *tentativa imposible* es uno de aquellos casos en que el

nes cuya falta de peligrosidad se ha constatado *ex post* no constituyen propiamente tentativa, esto es, la infracción de la prohibición establecida *ex ante* (108); ahora bien, esto no debe impedir que algunos supuestos de la aludida falta de peligrosidad acarreen aun así punición (109).

En el ejemplo, manejado por Feuerbach, del pelotón de fusilamiento cuyas armas se encuentran cargadas, unas con munición real y otras con balas de fogeo, sin que los tiradores conozcan con qué carga disparan, sólo cometen tentativa, según la concepción material del delito defendida por Torío López, los que disparan con balas de verdad (los únicos que «realizan acciones material-efectivamente peligrosas»), pues sólo ellos crearon un peligro comprobado *ex post*, mientras que los otros realizan acciones objetivamente inocuas («tentativa imposible con inidoneidad del medio»), aunque susceptibles de punición particular en virtud de la *teoría de la impresión*.

Según esta teoría, que toma como punto de partida el delito consumado, en el que, por definición, se ha comprobado la causación del resultado (expresión de la lesión del bien jurídico protegido por el tipo delictivo de resultado), la tentativa viene constituida por la creación del peligro real objetivo de lesión que precede a la lesión efectiva (toda lesión va precedida de una fase de peligro). Este criterio, útil para fundamentar el delito consumado, no sirve, sin embargo, para explicar la tentativa. Es más, el argumento con el que se pretende demostrar la peligrosidad («objetiva») característica de la tentativa, a lo que conduce más bien es al reconocimiento de la peligrosidad inherente a la puesta en marcha, por el autor, del nexo causal; la única fundamentadora del injusto (110).

En el *ejemplo* del disparo sobre un cadáver, la peligrosidad decae por conocimiento de una circunstancia que impide el resultado, en su

principio general de que no deben existir delitos de peligro abstracto experimenta por razones prácticas o de necesidad una excepción.

(108) «Indicaciones para una concepción dualista de la tentativa», *op. cit.*, p. 178, «la definición, en virtud de un juicio extrínseco como acción materialmente peligrosa de una acción materialmente no peligrosa confunde apariencia con realidad», no se debe juzgar sólo por las apariencias; y nos advierte que no siempre el arma estará cargada ni el objetivo será en todo caso una persona viva. De esta forma crítica, el recién desaparecido profesor Torío, la argumentación de la concepción subjetiva.

(109) En su pura apariencia, la acción, hecha abstracción de su materia, se revela peligrosa a los ojos del espectador objetivo; sin embargo, para pronunciarse correctamente, éste debería indagar antes si materialmente el arma se encontraba cargada o no, y si el objetivo era una persona viva o un cadáver.

(110) *Vid. infra*, 5. Toma de posición.

ausencia, no obstante, cualquier otra circunstancia, desconocida, también lo hubiera podido impedir. En definitiva, la única prueba de que ha habido peligro, en el sentido preconizado por la teoría objetiva, es que haya sobrevenido la lesión, esto es, el delito consumado (111). Admitido que en la tentativa todavía no se puede demostrar la presencia del peligro (disvalor-resultado, en la concepción objetiva), sino más bien que el peligro no está ausente, lo que se viene a reconocer al final es la repudiada peligrosidad abstracta de la conducta, expresada con el comienzo de ejecución del comportamiento típico.

2.a) Una novedosa *concepción* también *dualista* (aunque con otra orientación diferente a la del profesor Torío), es la defendida, hace muy poco, por Alcácer Guirao, quien se inclina por el criterio de la peligrosidad de la acción enjuiciada desde una perspectiva objetiva («intersubjetiva») *ex ante* (112). Este autor, teniendo muy presente la tensión entre la finalidad preventiva (del Derecho penal moderno) y el respeto a las garantías del ciudadano frente al poder punitivo del Estado (sólo compatibles con la contemplación *ex ante*), explica en su trabajo de tesis doctoral sobre la tentativa inidónea, que «sólo pueden ser punibles las acciones que produzcan un peligro *ex post* imputable (*ex ante*)» (113). Que, para que una conducta deba llevar aparejada la imposición de una pena, no es suficiente con que aquélla se haya manifestado peligrosa *ex ante*, es preciso, además, que se haya completado con el desvalor de resultado. Lo que sólo podrá constatarse con un juicio *ex post* (114).

(111) Así también CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pp. 409 ss.; *vid.*, el mismo, *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa, op. cit.*, pp. 287-288.

(112) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea, op. cit.*, p. 322.

(113) ALCÁCER GUIRAO, Rafael, *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 180-185, y 492-493, especialmente. De la mano del Profesor Enrique GIMBERNAT ORDEIG, considera que el punto de vista más acertado para determinar el contenido de injusto es precisamente aquél que restringe la concepción del delito a la mera lesión de bienes jurídicos, «distinguiendo un desvalor de acción y un desvalor de resultado, basados en el peligro y la lesión del bien jurídico» (p. 353). Además —explica ALCÁCER GUIRAO— esa es la concepción más acorde con una dogmática jurídico-penal que se pretenda racional y garantista, dentro del marco del Derecho penal preventivo-protector de bienes jurídicos, por cuanto que «el criterio del peligro, derivado del fin inmediato de protección de bienes jurídicos, imprime un componente de racionalidad y seguridad jurídica en el enjuiciamiento de las acciones, por remitirse a la desvaloración de las mismas a un elemento fáctico, preteneciente al mundo exterior causal-naturalístico, susceptible de una suficiente determinación y contrastación fáctica en cada caso concreto».

(114) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 172-179. Previamente, ha procedido a acotar el alcance que debe darse al criterio del modelo «*ex*

Desde la perspectiva del autor acabado de citar, el disvalor resultado (cofundamentador del injusto) está presente en toda tentativa, a excepción de la tentativa inidónea cuyo injusto se circunscribe únicamente al disvalor acción (-objetivo) (115), sustituyendo entonces el disvalor resultado por el grado de relevancia social mínimo para poder punir la conducta (peligro *ex ante* que conforma el desvalor objetivo de conducta) (116). Aquí la peligrosidad *ex ante* de la acción se manifiesta como el grado mínimo de lesividad, lo que justifica la necesidad de la imposición de una pena. No obstante, Alcácer Guirao reconoce que el castigo de la tentativa inidónea aparece como una excepción material a la exclusiva punición de conductas dotadas de un peligro *ex post*, y argumenta que la misma tentativa es también una excepción material a la punición de las acciones que conllevan la efectiva lesión del bien jurídico.

En su construcción, Alcácer Guirao introduce una variable adicional, junto al tradicional recurso a la valoración *ex ante* y/o *ex post*, como criterio esencial para el enjuiciamiento del peligro, tal variable es «el momento del hecho» (117), que debe actuar como límite para el enjuiciamiento *ex post* (deberán obviarse aquellas circunstancias conocidas *ex post* a partir del momento del hecho enjuiciado). Con ello, pretende determinar el grado de peligro en las diversas fases de ejecución de la conducta; es decir, que establece el grado de ilicitud (*peligro cualitativo*) que va desarrollando la acción hasta su plena realización, combinando los criterios de la consideración *ex ante*, la consideración *ex post*, y el «momento del hecho» (118). El «momento del hecho» se concreta en una serie de momentos relevantes a los

ante» de enjuiciamiento, puntualizando que «cabe realizar un juicio *ex ante* en un momento posterior de la acción», una vez realizada ésta (p. 170 y 177).

(115) La ausencia de disvalor resultado no impide que haya injusto, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, p. 451.

(116) Requisito indispensable para declarar ilícita la acción, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, p. 323. Desde esa perspectiva, las acciones peligrosas *ex ante* se configuran como el ámbito mínimo de punición.

(117) El juicio sobre la acción puede realizarse, según afirma el citado autor, en cuatro situaciones diferentes: 1.ª, al inicio de la ejecución típica; 2.ª, justo al completarse la tentativa (tentativa acabada personal); 3.ª, en un momento posterior a la plena realización de la acción típica, pero antes de que sobrevenga el resultado; y 4.ª, una vez constatada la lesión efectiva del bien jurídico (*La tentativa inidónea, op. cit.*, p. 173).

(118) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea, op. cit.*, pp. 178 ss., y 492 ss. Mostrando, además, una profunda preocupación por la posible confusión reinante en la doctrina, entre el momento del hecho y la perspectiva (*ex ante/ex post*) del juicio de peligro (*vid.*, por ejemplo, pp. 169 núm. 599, 175 núm. 611, 178 núm. 618, 179 núm. 619, entre otras).

efectos del enjuiciamiento valorativo del hecho, que son prácticamente coincidentes con los momentos que separan la tentativa inacabada y la acabada: momento del inicio de la acción y momento del término de la misma. «El momento de enjuiciamiento del peligro habría de ser aquél en el cual el autor es interrumpido en su actuar» (119), efectuando entonces una prognosis (juicio *ex ante*) *ex post*.

Con todo, los esfuerzos de esta última versión objetiva son vanos, pues, al fin, no se consigue ofrecer una respuesta clara y segura para los supuestos de inidoneidad, aquellos en los que no cabe negar que nunca hubo un «peligro» (disvalor-resultado) (120), ni diagnosticable (*ex post*) ni pronosticable (*ex ante*), y que, sin embargo, deben estar castigados.

3. Un sector de la doctrina matiza la teoría objetiva clásica, en función de la consideración *ex ante* del peligro, tomando como criterio rector la *peligrosidad objetiva (ex ante) de la acción* (peligro concreto):

3.a) Francisco Baldo Lavilla (121) considera que el supuesto del disparo al bulto de la cama, lo mismo que disparar sobre un cadáver, constituye una tentativa inidónea, aunque punible. Sigue en su fundamentación la línea inicialmente trazada por su maestro Santiago Mir Puig (122), quien defiende una concepción del injusto y de la tentativa basada en lo que él mismo denomina «consideración *ex ante*»: la acción debe resultar peligrosa a los ojos del observador objetivo, no sólo según el agente, aunque con posterioridad, *ex post*, se demuestre la no peligrosidad. Así, llega a la conclusión de que aquella tentativa acabada de referir es inidónea, porque, comprobada *ex post*, conforme a las leyes científicas conocidas (que integran el tipo, al margen de las consideraciones particulares del observador objetivo), nunca pudo causar la muerte de otro (inexistencia de objeto); pero es punible, porque el observador objetivo *ex ante*, en el

(119) ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea*, op. cit., p. 448, núm. 234.

(120) ALCÁCER GUIRAO distingue entre tentativas inidóneas más o menos peligrosas en función, por ejemplo, de la distancia del disparo (grado cuantitativo del peligro), en atención a cuál hubiera sido el grado de probabilidad de producción del resultado (*La tentativa inidónea*, op. cit., p. 493). Sin embargo, no es posible hablar de acciones inidóneas más o menos causales: si no son idóneas, no son (objetivamente) peligrosas, vid. también *infra*, 3. b.

(121) *Estado de necesidad y legítima defensa*, Barcelona, 1994, pp. 114 ss.

(122) «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», op. cit., pp. 5-22; el mismo, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1988, pp. 661-683; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Barcelona, 1996, p. 71, (5.ª ed., 1998, pp. 123 ss., 131 s.).

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 agente en un error sobre el tipo al revés inevitable (123).

Es perfectamente compartible la conclusión a la que llega Baldo Lavilla, aunque no sucede lo mismo con su argumentación. Realmente, si se tiene conocimiento de que una determinada acción es el medio apto para causar un resultado desaprobado por el Derecho, lo conozca el propio autor o el observador objetivo en su lugar, existe obligación de abstenerse inmediatamente de realizar ese comportamiento. Sin embargo, resulta más correcto fundamentar la imputación a título de tentativa por lo que verdaderamente hay, no por lo que no hay (lo que nunca pudo causar el resultado por presencia de una circunstancia preexistente incluso al comienzo de la acción, difícilmente permite sostener la no exclusión del peligro de lesión inevitable); y lo que siempre hay en toda tentativa es la puesta en marcha de un nexo causal apto, conforme a las leyes causales generales, para producir el resultado (en orientación hacia un objeto de ataque idóneo), como se deduce directamente, sin necesidad de recurrir al observador objetivo, que nada imprescindible aporta a la tentativa, ni siquiera la exclusión de la tentativa irreal, excluida en sí por el tenor mismo del precepto que define a la tentativa en nuestro Código penal (124).

3.b) Tomando como punto de partida la finalidad preventiva de la norma penal, también Farré Trepas sostiene una posición mixta que pone el acento en la parte objetiva del hecho. Trata de aunar la coherencia dogmática de la teoría subjetiva (125), pero sin prescindir de los límites político-criminalmente deseables alcanzados con la teoría obje-

(123) BALDO LAVILLA, F., *Estado de necesidad y legítima defensa*, *op. cit.*, p. 119, con una fundada creencia en la peligrosidad: ese peligro no es el peligro típico para el bien jurídico protegido, el término peligro no se refiere aquí al concreto peligro para la vida de «B», «sino al peligro de equivocarse». Se trataría en cambio, de tentativa irreal, si la acción no apareciera como «peligrosa», ni siquiera para el espectador normativo situado *ex ante* en lugar del autor.

(124) *Vid.*, más ampliamente, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa); el mismo, «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 185-219; el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(125) La consideración más pura, entiende que únicamente se deben tener en cuenta para emitir el juicio de peligrosidad, aquellas circunstancias que conoció el autor en el momento de la realización del hecho, y sólo esas. El juzgador ostentará los conocimientos del autor en el momento de la ejecución y no tendrá en cuenta ninguno de los conocimientos obtenidos con posterioridad. En el *ejemplo* del disparo de «A» sobre un cadáver, en la creencia de que se trataba de una persona viva, la conducta, aunque inidónea, conforme a esta posición resulta peligrosa.

tiva. En el Estado social, el Derecho penal tiene asignada una función primordialmente protectora de bienes jurídicos, esta función se desarrolla a través de la prevención de sus posibles lesiones, pero sin traspasar los límites propios de su carácter democrático y de Derecho.

Según este particular punto de vista, el fundamento de la punición se encuentra, en todo caso, en la realización voluntaria de una conducta que pone en peligro bienes jurídicamente protegidos (126). Ésta constituye, como se ha dicho antes, una posición mixta que tiene en cuenta la voluntad del autor de lesionar el bien jurídico, pero únicamente en la medida en que la manifestación de voluntad ponga en peligro objetivamente un determinado interés jurídico protegido por el Derecho. Habiendo concebido la norma penal como norma preventiva dirigida al ciudadano para intentar evitar la lesión de bienes jurídicos, se tratará de disuadir la realización de aquellas conductas que generan un peligro objetivo para los mismos. En orden a determinar ese peligro, Farré Trepát considera, con acierto, que el momento en el cual ha de constatarse la peligrosidad de la conducta, es el de su realización, porque es entonces cuando la norma penal podrá atajarla óptimamente, cual es su finalidad, y no en un momento posterior (*ex post*) que puede resultar demasiado tardío. Un Derecho penal centrado en la prevención tratará de evitar aquellos comportamientos que, en el instante de llevarlos a cabo, aparezcan como peligrosos en relación a alguno de los bienes jurídicos tutelados. Por todo ello, la autora citada defiende que el análisis de la peligrosidad de la conducta deberá realizarse en un momento *ex ante*, es decir, en el momento de llevar a cabo su ejecución, sin tener en cuenta la eventual ausencia de peligrosidad *ex post* (127). Para poder llevar a cabo dicho juicio, cuando en realidad la conducta ya se ha realizado por completo, será preciso que el juzgador retroceda hasta el momento en que se inició la acción y emita entonces su valoración (128).

(126) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 389. Habiendo asignado al Derecho penal una función eminentemente preventiva, la norma, desde su perspectiva, sólo puede prohibir aquellas conductas que, en el momento de su realización, aparecen peligrosas. Como además, esa función preventiva está encaminada a la protección de los bienes jurídicos, carecerá de sentido que la norma penal prohíba toda aquella conducta que el autor se represente como peligrosa, ya que entre ellas puede concurrir alguna que no ponga objetivamente en peligro el bien jurídico.

(127) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp., 394, ss.; así también, su maestro, MIR PUIG, S., «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», *op. cit.*, p. 11.

(128) Este método constituye la conocida, y ya recogida por NÚÑEZ BARBERO (*vid. supra*), «prognosis posterior» que fue iniciada por von LISZT (*Tratado*, III, *op. cit.*, p. 17); conforme a ella, aun cuando el juicio de peligrosidad se lleva a cabo

En este sentido, cabe afirmar que la antijuricidad de la tentativa idónea es la misma que la de la tentativa conocida como inidónea; únicamente la tentativa irreal (verdadera tentativa inidónea) carece de antijuricidad, y debe resultar impune (129) –afirmación ésta, que podemos compartir–. Se señala, además, que el Derecho penal de un Estado que pretenda ser democrático, encuentra su límite en el fuero interno. No es suficiente con exigir, como reconoce la propia teoría subjetiva, que la voluntad delictiva se haya manifestado externamente, si a través de la actuación no es posible modificar una expectativa social (esto es, poner en peligro un bien jurídico), no habrá injusto, ya que la norma penal está llamada a regular exclusivamente procesos de interacción social no voluntades o meras actitudes internas (130). La peligrosidad de la acción constituye, entonces, el criterio fundamental para su punición. La acción capaz de producir el resultado conforma una acción peligrosa y, por consiguiente, prohibida. En cambio, aquélla que, *ex ante*, parezca incapaz de producirlo deberá permanecer impune, ya que su falta absoluta de peligrosidad en relación al bien jurídico le convierte en una acción permitida por el Derecho (131).

en un momento posterior, únicamente serán tenidos en consideración, para emitir el pronóstico, aquellos factores concurrentes que eran conocidos en el momento de la comisión del hecho. Así el juez deberá evocar el peligro originado con el comportamiento en el momento del hecho, es decir, teniendo en cuenta solamente aquellas circunstancias que se conocían en el momento de realizar el hecho (pronóstico) (von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, *op. cit.*, p. 427), prescindiendo de aquellas otras que se hayan conocido con posterioridad. Salta a la vista la correlación que existe entre esta teoría y la *teoría de la adecuación*, como ha sido puesto de relieve en muchas ocasiones [CELICHOWSKI, S., *Die Bedeutung der Lehre vom adäquaten und vom zufälligen Kausalzusammenhang für die Frage des Versuchs mit untauglichen Mitteln*, tesis doctoral, Halle-Wittemberf, 1909, p. 83; ENGISCH, Karl, *Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände*, 1931, p. 59; von GEMMINGEN, H. D., *Die Rechtswidrigkeit des Versuches*, 1932, pp. 91 ss.; von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, II, *op. cit.*, p. 430; y STRATENWERTH, Günther, *Derecho penal. Parte General, I, El hecho punible*, 2.^a ed. (trad. castellana de Gladys ROMERO), Madrid, 1976, p. 194, por citar algunos ejemplos], desde el momento en que dicha teoría exige que la acción aparezca como adecuada para producir el resultado a los ojos de un espectador medio que contemple el hecho en el momento en el que el autor llevó a cabo su acción (*ex ante*) y con los datos especiales que el mismo pudiera tener acerca de la situación. Actualmente la *teoría de la adecuación*, más que una teoría de la causalidad, es una formulación que posibilita la *imputación objetiva* del resultado a la acción (así, H.-H., JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, I, *op. cit.*, pp. 386 ss.; también GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, *op. cit.*, p. 31).

(129) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp. 395, 396 ss.

(130) *Vid.*, así, MIR PUIG, S., *Función de la pena*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 62; el mismo, *Introducción*, *op. cit.*, pp. 123 ss.

(131) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 389. Entonces el «examen del peligro» deberá realizarlo un espectador objetivo que, en representación

Ahora bien, toda acción que no ha conducido al resultado es porque no podía conducir al mismo. Lo cual sucede en toda *tentativa*. La determinación de la peligrosidad objetiva de una acción, cuya existencia se desprende de la observación de la vida social y que es recogida expresamente por el legislador penal en algunos preceptos, sólo puede establecerse a través de un juicio de probabilidad de la producción del resultado. Lo que, más concretamente, constituye la exigencia de causalidad conforme a ley del *intento*, para la *tentativa* («peligro inherente al intento») (132). No es posible hablar de acciones más o menos causales, más o menos peligrosas.

Desde estas consideraciones, Elena Farré Trepát entiende que a pesar de que la comprobación *ex post* del supuesto del disparo al bulto de la cama, lo muestra no peligroso, constituye *ex ante* una tentativa idónea por la presencia del referido peligro (con este criterio no hay diferencia de antijuricidad entre la tentativa idónea e inidónea, pero sí difiere la tentativa irreal, que constituye tentativa inidónea) (133), y porque, además, el observador objetivo también se habría representado la peligrosidad (lo que no ocurre con la tentativa irreal) (134), lo que sucede es que, a la postre, terminamos situando el injusto de la tentativa en las representaciones subjetivas del autor, sólo que con el artificio añadido de anteponer «un espectador objetivo». En el supuesto de que en el autor concudiesen unos conocimientos especia-

de la sociedad, se coloca en el lugar del autor manteniendo los mismos conocimientos que éste tenía en el momento de realizar el hecho. Dicho espectador imaginario representa el juicio que la sociedad emite sobre el comportamiento en cuestión, y nos servirá para distinguir las conductas que, por no parecer peligrosas, no precisan ser evitadas, frente a aquellas otras que el legislador desea evitar por su peligrosidad con respecto al objeto de protección. Para efectuar su análisis, el espectador objetivo no contará únicamente con los mismos conocimientos nomológicos y ontológicos que poseía el autor, sino que también dispondrá de aquellos otros datos que él mismo posee independientemente (los correspondientes al hombre medio), ya que se debe tener en cuenta que se trata de un sujeto, el espectador objetivo, distinto del propio autor.

(132) *Vid.*, así, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa).

(133) Para FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito, op. cit.*, pp. 275 ss., sólo la «tentativa irreal» constituye verdaderamente una tentativa inidónea.

(134) FARRÉ TREPAT, E., «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 Prof. José M.^a Rodríguez Devesa* (ed. de Alfonso SERRANO GÓMEZ), tomo I, Madrid, 1989, pp. 259 ss. Aun reconociendo la dificultad que puede entrañar la determinación de cuál sea el conocimiento medio referido a un determinado hecho, FARRÉ TREPAT entiende que su concreción en el caso particular no es del todo inviable, y que sobre la base de ese conocimiento, representativo de la mayoría de las personas, se podrá distinguir entre tentativa idónea punible y la inidónea impune (*La tentativa de delito, op. cit.*, p. 396).

les (superiores a los del hombre normal), el espectador situado en su lugar, dispondrá de ellos igualmente (tal es el caso si, por ejemplo, el autor es un experto cazador, o si conocía la enfermedad de la víctima, etc.), y si sucediese lo contrario, es decir, si el autor contase con unos conocimientos inferiores a los del hombre medio, lo que le lleva a considerar peligrosa una conducta que en realidad no lo es, en este caso, puesto que el espectador objetivo dispone de los mismos conocimientos que el autor pero sin llegar a prescindir de los suyos propios podrá determinar que la conducta carecía entonces de la necesaria peligrosidad objetiva. Cuando no concorra peligrosidad, estos supuestos constituirán lo que, aplicando la teoría defendida por Farré Trepát, deberían denominarse «tentativa inidónea», que vendrían a coincidir con la denominada «tentativa irreal», siempre que no se confunda a ésta con la tentativa supersticiosa. «Serían aquellos supuestos en los que concurre una falta absoluta de peligrosidad *ex ante* y que, por consiguiente, no hay necesidad de prohibir» (135).

3.c) El profesor Jesús María Silva Sánchez, que también se ha manifestado partidario de la consideración «*ex ante*» propuesta por Mir Puig, ha criticado la perspectiva de la *teoría subjetiva* que tiende a distinguir entre «errores nomológicos» y «errores ontológicos», subyacentes a toda tentativa, de los que los primeros no constituirían sino «tentativas irreales impunes», porque entiende que, por una parte, en la práctica, resultará muy difícil trazar la frontera entre una y otra clase de error; y, antes que eso, por otra, porque hay casos de «errores ontológicos» respecto de los cuales es muy difícil mantener el juicio de peligrosidad, por lo que, más bien, aun tratándose de un supuesto de «error ontológico» (punible), deberían permanecer impunes (tentativa irreal). Uno de los ejemplos (extremo) a los que recurre el profesor Silva, demuestra, en cambio, que en realidad el peligro existió: El ataque del *enajenado* contra su enemigo «B», al que, afortunadamente, ha confundido con un árbol, no es punible, no por la falta de peligrosidad –si «B» hubiera estado escondido tras otro árbol contigo, observando el ataque, ¿podría estar tranquilo?–, sino por ausencia de culpabilidad. Y añade que, además, habrá supuestos de «errores nomológicos» cuya peligrosidad no sea del todo descartable. Así sucedería por ejemplo cuando el agente se imagina un curso causal para producir un determinado resultado, pero, en realidad, sólo puede producir otro: se quiere causar la muerte, pero sólo se puede herir gravemente. Sin embargo, éstos casos a los que ahora se refiere Silva Sánchez sí encierran una causalidad válida (matar con arma blanca,

(135) FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, op. cit., p. 395.

por ejemplo), captada por el agente, y sólo engañosamente cabría ubicarlos bajo la etiqueta de «error nomológico». Una cosa es que la ley causal sólo exista en la mente del autor, no en la realidad, y otra bien distinta que el nexo causal seleccionado en concreto produzca un resultado distinto del representado, o ninguno (136); el error no versa sobre la causalidad (ésta es válida, en el ejemplo), sino sobre la realidad a la que se aplica (137).

Al hilo de la nueva regulación que aporta el Código penal de 1995, Silva Sánchez subraya que, con la actual regulación positiva, los casos de tentativa punible se limitan a aquéllos que encierren la posibilidad objetiva de producción del resultado («actos que objetivamente deberían producir el resultado», *ex* artículo 16. 1 CP); y, en su análisis, arranca de la consideración básica de que «todas las tentativas son, desde un juicio *ex post*, que tome como referencia la producción, o no producción, del resultado, plenamente inidóneas,» (138) no pudiéndose, además, distinguir entonces (*ex post*) qué tentativa, no obstante, fue peligrosa *ex ante*, mientras que, por otro lado, aparece necesario, para afirmar la tentativa, constatar previamente qué es generalmente adecuado para producir el resultado *ex ante*. Construye su argumentación sobre la base de una hipotética «escala gradual» en cuyo tope máximo se sitúa lo «real», aquello que reúne el máximo consenso sobre su existencia, y en su mínimo estaría lo «irreal» (supuesto del error burdo), aquellos casos en los que la hipótesis del autor sobre la existencia de algo careciese del mínimo consenso. En definitiva, se trataría de distinguir entre «más real» (peligroso, *no-putativo*) y «menos real» (no peligroso, *putativo*), en función del «consenso cultural alcanzado» (139). Con estos criterios, el citado profesor distingue entre cuatro modalidades de tentativa en una relación gradual («sin solución de continuidad»):

a) Tentativa *ex ante* peligrosa para todos, y *ex post* también, excepto para el sujeto lo suficientemente experto en los hechos y las

(136) Para ejemplo, uno de la realidad: el caso juzgado por la AP Zaragoza (Secc 1.ª), comentado, en el sentido del texto, por GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa).

(137) *Vid.*, así, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.*, (en prensa).

(138) SILVA SÁNCHEZ, JOSÉ M.ª, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 125, pues en la medida en que no han alcanzado la lesión efectiva del bien jurídico, podrían estimarse «realmente no peligrosas». Toda tentativa supone, así, un «delito imposible», esto es, un caso de imposibilidad de consumación.

(139) Cfr. SILVA SÁNCHEZ, J. M.ª, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, pp. 127-128.

leyes científicas aplicables al caso. Desde el punto de vista de la teoría objetiva, éste constituye el modelo de «tentativa real». Aun en este supuesto, «el más claro» de tentativa, reconoce Silva Sánchez que el peligro no es real, pues el observador omnisciente podría explicarnos que el peligro, entendido en términos reales (como algo desgajado de la acción del autor), jamás existió. *¿Qué es, entonces lo peligroso de la tentativa?* (140)

b) Tentativa *ex ante* peligrosa sólo para el autor y para el hombre medio situado en su posición (o desde su perspectiva), pero no para aquel que pudiera contemplar los hechos, también *ex ante*, pero con algún otro dato más.

c) Tentativa *ex ante* peligrosa únicamente para sujetos con «configuración cognitivo-emocional inferior a la media», pero no para el hombre medio.

d) Tentativa irreal: «Sólo el autor y quienes compartieran su visión aberrante de la causalidad llegarían a una conclusión coincidente».

De todas ellas, Silva Sánchez sólo considera constitutivas de auténticas tentativas a las denominadas «tentativas reales», las del mayor nivel «real» [las del grupo *a*), no-putativas], por ser aquellas que afectan al bien jurídico («injerencia en la esfera de organización ajena») (141). Mientras que las de los grupos *b*) y *c*) serían punibles en atención a la «genérica seguridad de los bienes jurídicos».

Sin embargo, la verdadera clave de la solución del problema de la tentativa permanece todavía fuera del análisis realizado por el profesor Silva: *¿Cuál es la premisa sobre la que se asienta el mayor o menor consenso con el que «clasificar» a la tentativa?* Se antoja imprescindible, para afirmar la tentativa, constatar previamente qué es generalmente adecuado para producir el resultado *ex ante*. Y aquél referente común, que permite establecer el mayor o menor consenso acerca de la posibilidad de modificar la realidad, es algo previo al intento del autor, es anterior a la tentativa.

(140) Vid. una respuesta finalista en GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa), y, el mismo, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.*, (en prensa). Es la puesta en marcha, la exteriorización a través de al menos algún acto exterior, de un nexo causal válido (nomológicamente), con representación de la lesión del objeto idóneo (en su decisión del hecho) hacia el que dirige el ataque. Aquí radica la peligrosidad de la tentativa, y por eso se pune: actos exteriores guiados por el propósito de la consumación. «Lo peligroso» es el comportamiento del agente, los nexos causales, por sí solos (*por ejemplo*, una pistola, en sí) no son peligrosos, es la dirección de la voluntad la que los convierte en peligrosos.

(141) Vid. SILVA SÁNCHEZ, J. M.^a, *El nuevo Código penal*, *op. cit.*, p. 130.

3.d) Para el profesor Santiago Mir Puig, partidario de la función preventiva de la pena que debe primar en un Estado de Derecho (142), el injusto debe concebirse como *injusto personal*. Su primera preocupación reside en reservar la base del injusto para la prohibición de aquel comportamiento del cual se deriva la puesta en peligro de bienes jurídicos. La esencia del injusto, es, así pues, «el peligro de producción del resultado» (143). Tal idea de peligro se conceptúa –según la doctrina de Mir Puig– sobre la consideración *ex ante* que un *espectador objetivo* (= el hombre medio) pueda hacer de la conducta en cuestión, en el preciso momento de su ejecución («desvalor intersubjetivo» de la conducta) (144). «Si la lesión de un bien jurídico-penal no aparece como realización del riesgo propio de una conducta desvalorable para un hombre prudente, no podrá desvalorarse como resultado *objetivamente imputable*».

(142) MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 5.^a ed., *op. cit.*, p. 65; el mismo, «La perspectiva «*ex ante*» en Derecho penal», *op. cit.*, p. 10. Si el Estado social de Derecho pretende que se eviten los delitos, debe actuar sobre el individuo, motivándole para que no los lleve a cabo; y puesto que el hombre sólo puede ser motivado para que se abstenga de realizar comportamientos finales tendentes a la lesión del bien jurídico, mediante la amenaza de sanciones penales, sería contrario al Estado de Derecho sancionar lesiones que no han tenido su origen en actos de esa naturaleza.

(143) El profesor MIR PUIG llega a esta idea del peligro como piedra angular del injusto, desde la función preventiva del Derecho penal y, en consecuencia, desde la necesidad de que aquél esté constituido por un comportamiento. Puesto que el Derecho penal quiere prevenir el delito que aún no ha tenido lugar, debe colocarse en un momento anterior al de la efectiva lesión del bien jurídico, contemplando el comportamiento que va a emprender el sujeto, para prohibirlo (amenazando su realización con una pena) en atención a que lo considera como fuente de la posible lesión del bien jurídico, realizada *de facto* en el momento de la producción del resultado, pero prohibida ya antes, desde el momento en que se ha creado el peligro de producción del resultado que el legislador no tolera porque asocia a él la efectiva lesión (*Derecho penal. Parte General, op. cit.*, 5.^a ed., pp. 140-141). Por esto mismo, la esencia del injusto radica, según defiende MIR PUIG, en la puesta en peligro del bien jurídico, ya que mientras que la producción efectiva del resultado es algo que tendrá lugar con posterioridad a la actuación del autor y, frecuentemente, dependerá de factores ajenos a su voluntad, la puesta en peligro del bien jurídico coincide con la realización del comportamiento que el legislador prohíbe precisamente en atención a los peligros de lesión que comporta.

(144) *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, 5.^a ed., p. 140. Propone MIR PUIG que el injusto no lo proporcione la producción del resultado, ya que éste no es sino la comprobación «*ex post*» de que el peligro creado ha devenido en efectiva lesión, sino el peligro que todavía no ha sido comprobado en la producción del resultado, pero *real* (= objetivo), en base al juicio de experiencia objetiva que proporciona el observador que, en lugar de la sociedad, se coloca en la posición del autor y establece una prognosis sobre el peligro de lesión inherente al comportamiento del autor. De esta manera se evita el subjetivismo («La perspectiva «*ex ante*» en Derecho penal», *op. cit.*, pp. 12 s.)

Paralelamente, la concepción de Mir Puig viene a poner de manifiesto la necesidad de hacer evolucionar el concepto de *objetividad* preconizado por Cobo del Rosal y Vives Antón, reducido prácticamente a la peligrosidad *ex post* o efectiva lesión. Lo que sucede es que, tratándose de una objetividad basada en la prognosis *ex ante*, como sostiene Mir Puig, habrá que tener en cuenta dos condicionantes fundamentales insoslayables: 1.^a, su naturaleza puramente *normativa* (la experiencia por sí sola no permite asegurar la producción del resultado); y 2.^a, la necesidad de recurrir a las *representaciones del agente* en el momento del juicio *ex ante*, puesto que el observador objetivo sólo podrá comprobar la peligrosidad de lo que el sujeto actuante se proponía realizar, y, al colocarse en su posición, ostentará sus mismos conocimientos (y sus mismos desconocimientos), lo que va a impedir que disponga de los conocimientos que habría obtenido un modelo cuidadoso o atento (145).

Construido su concepto de peligrosidad *ex ante* sobre el tipo objetivo, Mir Puig reconoce que tal peligrosidad (siendo *objetiva ex ante*) debe completarse, particularmente en un Estado de Derecho orientado a la prevención, *con la voluntariedad del autor*. En este sentido, expresa que la conducta dolosa es «más peligrosa» que la conducta imprudente, porque el autor de la primera conoce (se representa) más peligrosos para el bien jurídico que el autor de la segunda, en situaciones previas a la lesión del bien jurídico idénticas («advierte más claramente la peligrosidad») (146). Así pues, si la *peligrosidad* preconizada por el profesor Mir Puig no puede ser la peligrosidad *ex post*, sólo evidenciada con la efectiva producción del resultado, y la peligrosidad *ex ante* se basa en la representación subjetiva del autor,

(145) Cfr., en este mismo sentido, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, *op. cit.*, p. 375. En definitiva, como concluye este autor citado, «se puede partir de la lesión y del peligro de lesión del bien jurídico (toda lesión va precedida de un estado previo de peligro), tal como se hace en la concepción de COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, reduciendo la intervención del Derecho penal a supuestos donde, además, como quiere MIR PUIG, concurrió un juicio de peligrosidad *ex ante*; pero ello nos remite, a su vez, necesariamente, a las representaciones de quien produjo la lesión del bien jurídico y previó el peligro *ex ante* de su producción (delito consumado), pues sólo cuando el autor se ha representado la lesión del bien jurídico de la manera que el Derecho penal quiere evitarla (juicio normativo de adecuación) estaremos ante lesiones penalmente relevantes. En otros casos, por ejemplo: muerte producida por el cartero que entrega una carta-bomba a su destinatario ignorando su contenido, estaremos ante conductas penalmente irrelevantes, ya que el autor ha ignorado toda posible peligrosidad de su conducta respecto al bien jurídico» (*op. cit.*, p. 376).

(146) Cfr. MIR PUIG, S., «La perspectiva “*ex ante*” en Derecho penal», *op. cit.*, p. 13.

que condiciona la valoración del espectador objetivo, entonces, el verdadero soporte para la graduación de la gravedad del injusto (delito doloso, delito imprudente, tentativa de delito), estará en las representaciones del autor y su correspondencia normativa con la realidad. Una vez más: «es la representación de las circunstancias del tipo que el legislador asocia con la lesión del bien jurídico, realizadas por el autor mediante actos finales encaminados a su producción, la que fundamenta el injusto del delito doloso; es la representación de la situación creada por el autor, mediante una acción dirigida a esa finalidad, situación cuya producción el Derecho prohíbe en atención a los peligros que entraña para los bienes jurídicos (síndrome de riesgos), la que fundamenta el injusto del delito imprudente» (147). En mi opinión, dichas representaciones deben ocupar la esencia del injusto (148).

3.e) Recientemente, en un trabajo centrado en la delimitación de la tentativa (punible en todo caso) frente al delito irreal (impune), Moreno-Torres Herrera (149), partiendo desde una concepción mixta *subjetivo-objetiva*, coincidente con la *doctrina finalista* en subrayar el carácter esencial del dolo para la conformación del injusto, pero, en lo demás, distante de ella, concluye que la tentativa idónea (la única punible) se caracteriza por la realización por parte del autor de una acción peligrosa *ex ante*. Es decir sólo constituye tentativa idónea aquel grupo de acciones que para el espectador objetivo *ex ante* aparecen idóneas o capaces de causar el resultado (= acciones peligrosas, objetivamente, según el «consenso social»). Tomando como base el carácter imperativo de la norma penal –punto de partida que comparto (150)– circunscribe coherentemente el ilícito al *disvalor acción* (dolo más peligrosidad objetiva de la acción), permaneciendo ajeno al mismo el *disvalor resultado*, que sólo aparece como un criterio indicativo de las mayores o menores necesidades de pena desde un punto de vista preventivo general y, por tanto, incidente en la concreta graduación de la pena.

Que a la postre la concepción de Moreno-Torres es una objetiva (*ex post*), que no permite resolver adecuadamente –en el sentido de que no quepa hacerle, desde el finalismo, los mismos reproches que a la concepción objetiva– la fundamentación de la *tentativa* lo demuestran sus problemas para delimitar el «*menor-injusto*» de la «tentativa

(147) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, p. 377 y s.

(148) Vid. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(149) *Tentativa de delito y delito irreal, op. cit.*, pp. 27; 95-98; 167 ss. y 171 ss.

(150) Vid. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 189 ss., y 195.

inacabada»: «en ella, a pesar de concurrir íntegro el disvalor de la intención, el *disvalor acción* no llega a completarse, al ser la peligrosidad de la acción un elemento necesariamente vinculado a la progresiva realización de ésta». Explica además la citada autora que entendido el dolo como *la voluntad de realizar los elementos objetivos del tipo* [esto es, la «decisión» en el esquema de Fiedler (151)], entonces no habrá diferencia alguna entre el elemento subjetivo (disvalor de la intención, o dolo) de la consumación, la «tentativa acabada» y el de la «tentativa inacabada», pues en los tres supuestos concurre idéntica «decisión delictiva» o «voluntad de consumación» (= *dolo*). –Criterio éste, que no puedo compartir (152)–. En suma, considera esta autora citada que, desde su misma exteriorización inicial, el dolo contiene la voluntad de consumación, por consiguiente debe ser el mismo dolo que el que desarrolla la «tentativa acabada» –sucumbe así a la consideración *ex post*–; lo que se traduce en identidad de la prohibición transgredida en uno y otro caso (153), no obstante, mantiene, a la par, la «graduabilidad del injusto» (154) y, entre sus conclusiones más destacables, que la *tentativa inacabada* «sí constituye un ilícito menor al de la tentativa acabada y el delito consumado» (155). Pues bien, considero que esto es cierto, pero sólo a medias. Del análisis propuesto por Fiedler y que Eberhard Struensee

(151) *Vorhaben und Versuch im Strafrecht. Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre*, Baden-Baden, 1967, pp. 39 ss.

(152) *Vid. infra*, apartados 3. 7. c, y 5.

(153) Haciéndose eco de la doctrina sentada por ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 159-160: «La norma de la consumación no fundamenta ningún deber que no esté ya fundamentado también por la norma de la tentativa. Una norma que no puede obligar a ninguna otra cosa que otra norma, no es ninguna norma al lado de esta norma, sino que es justamente esta norma, o bien, una parte de ésta, si ella tiene además un ámbito de validez más estrecho. La norma de determinación del delito de la consumación es idéntica a la norma de determinación del delito de la tentativa». *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, María Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pp. 203-206. Cfr., en contra, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia de la norma penal...», *op. cit.*, pp. 200 ss., y 216-219; el mismo, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa); allí he argumentado que la norma de la *tentativa* (propriadamente tal) obliga a algo distinto, previo, de aquello a lo que obliga la norma de la consumación («tentativa acabada»), buena prueba de ello es, también, la propia articulación del desistimiento. Que, por tratarse de dos normas centradas en un mismo *continuum*, la segunda, llegado un punto («tentativa acabada») «englobe», lógicamente, a la primera, no permite afirmar que sean «idéntica norma». ¿Acaso la norma que prohíbe matar, se transgrede también cuando no se mata?

(154) *Vid.* MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pp. 167 ss.

(155) MORENO-TORRES HERRERA, M.^a R., *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, pág. p. 392.

llevó hasta sus últimas consecuencias en la caracterización del dolo de la tentativa (156), lo que se colige, más bien, es que, siendo el dolo, *ab initio* (ya en la *tentativa*), «dolo de causar», sin embargo, *cuantitativamente* no se encuentra completo en su exteriorización (157). No niega Struensee que el dolo en la tentativa sea substancialmente coincidente con el de la consumación; la relación *subjetivo-interna* que enlaza *voluntad* y *acto de la voluntad* denota justo lo contrario, sino que, tomando como referente aquella misma relación, el principal exponente del finalismo contemporáneo llama la atención sobre la diferencia que existe entre una voluntad plenamente desarrollada y otra que no lo está.

Late en el pensamiento de Moreno-Torres Herrera la postura tradicionalmente mantenida por la doctrina mayoritaria hasta el momento, a saber: que en la *tentativa*, el tipo subjetivo está plenamente desarrollado frente al tipo objetivo que se ve incompleto.

4. Otros penalistas consideran preferible la fundamentación en base al «*peligro abstracto para el bien jurídico*»:

4. a) El profesor Cerezo Mir, sobre la base de la anterior regulación positiva de la tentativa, esto es, contemplando la punición expresa de los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito («tentativa imposible»), a los que aludía el derogado artículo 52 párrafo 2º CP (incluido con la Reforma de 1944), ha defendido que «lo injusto de la tentativa en el Código penal español tiene que estar representado por *el peligro abstracto* del bien jurídico protegido» (158). En su argumentación, rechaza cualquier distinción entre imposibilidad absoluta y relativa, así como la diferenciación entre inexistencia y mera falta ocasional del objeto de ataque. «En ambos casos la acción de tentativa no es típica». No se puede abstraer la ausencia de un elemento cualquiera que pertenezca al tipo de la tentativa (159). La medida de la abstracción vendrá determinada, según el profesor Cerezo Mir, por las circunstancias que no fueran cognoscibles (*ex ante*) en el momento del inicio de la acción ejecutiva por una persona inteligente, situada en la posición del autor, cuyo saber onto-

(156) «Tentativa y dolo», en *Cuadernos de Política Criminal*, 1989, pp. 405 ss.

(157) *Vid.* así, más ampliamente, GONZÁLEZ MATEOS, José Carlos, «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

(158) CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, *op. cit.*, p. 33. Este precepto, afirma Cerezo Mir—refiriéndose al artículo 52. 2 a. r.—únicamente supone el rechazo de la concepción del peligro concreto del bien jurídico protegido como posible fundamento del castigo de la tentativa (*op. cit.*, p. 359).

(159) CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, *op. cit.*, pp. 33-34.

lógico esté completado por el especial que pudiera tener el sujeto actuante, y dotado de un saber nomológico medio, es decir aquél que el Derecho pudiera exigir a la mayor parte de los ciudadanos, en el sector del que se trate.

Aun cuando el profesor Cerezo, que, como la doctrina finalista, sitúa el dolo y la imprudencia en el tipo de injusto, estima que para que el injusto se dé completo, es necesaria la concurrencia de un elemento objetivo, el *disvalor resultado* o lesión del bien jurídico, llega a la conclusión de que habrá ya tentativa cuando se constate el *peligro abstracto* para el bien jurídico protegido, esto es, cuando, teniendo en cuenta todas las circunstancias cognoscibles en el momento del inicio de la acción ejecutiva, por el observador objetivo interpuesto, el resultado delictivo aparezca posible, no siendo preciso que se constate además el *disvalor resultado*. Ahora bien, en tanto que el propio Código penal obliga a atenuar la penalidad correspondiente a la tentativa frente a la del delito consumado, está reconociendo lógicamente que en la tentativa falta la plena realización del injusto, ya que, en ese caso, al *disvalor acción* no se le ha añadido el *disvalor resultado* (160).

Sin embargo, a pesar de la declaración de principio de que en la tentativa imposible sólo concurre el *disvalor acción*, Cerezo Mir exige también aquí la creación de un «disvalor peligro» (como quiera que se conciba el peligro, pero siempre como algo real perteneciente al tipo objetivo), que reproduce la estructura del injusto objetivo, en la que, junto al disvalor acción se añade el disvalor resultado (161). en realidad, en la tentativa lo que encontraremos, lo único que por lo demás permite fundamentar adecuadamente su punición, es una correcta representación subjetiva del autor sobre el curso causal que pone en marcha que, sin embargo, no es capaz de modificar la realidad: en el ejemplo del aborto, si la mujer que intentó interrumpir su embarazo no estaba embarazada, como posteriormente se comprobó, o portaba un feto ya muerto (en el momento de la maniobra abortiva), nunca puso en peligro la vida en formación; otra cosa es que, si se representó que, por ejemplo por sus síntomas, se encontraba embarazada, pese a no estarlo o pese a que el feto estaba muerto, habrá realizado, no obstante, una tentativa de aborto; de la misma forma que si desco-

(160) Vid. CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito*, 3.^a ed., Madrid, 1985, pp. 363, 366.

(161) Cfr. muy crítico, CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pp. 380-383; el mismo, «Falsas antinomias en la teoría del delito», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1991, pp. 811 ss.

noció su estado de gravidez no ha cometido el delito de aborto, a pesar de haber abortado, si realiza actos que producen la muerte del feto, y que, de haber conocido aquella circunstancia, permitirían que se le imputase el aborto realizado. Entonces, como ya he manifestado *supra*, lo decisivo son los conocimientos subjetivos del agente.

Como ilustra el profesor Cuello Contreras, cuando Cerezo Mir se refiere a la «acción peligrosa» que constituye «tentativa idónea» «si la existencia del embarazo (o la muerte del feto) no es objetivamente cognoscible *ex ante*» (162), en realidad está considerando las representaciones mismas del agente; en el caso del ejemplo, una representación errónea sobre la realidad, debido a lo cual aplica 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 su acción. Por lo demás, no parece que la noción de peligrosidad defendida por Cerezo difiera mucho del criterio construido por Mir Puig; en definitiva, se trata de la formulación en términos objetivos (juicio de adecuación) de los conocimientos que ha de aplicar en la realidad el agente para que se pueda hablar de dolo en cuanto al resultado (o finalidad) —lo que, en la concepción personal del injusto, integrará el disvalor acción (el núcleo mismo del injusto)—. El necesario objetivismo —el mínimo necesario para no punir aberraciones mentales— vendrá garantizado, siguiendo la teoría finalista, por el saber nomológico. Este criterio se muestra mucho más claro y contundente que el manejado por las teorías objetivas y subjetivas de la tentativa, analizadas en el presente trabajo, para determinar cuándo hay injusto (intentado) y cuándo sólo unos actos ajenos al ámbito de lo punible porque faltó el dolo abarcando un nexo causal y un objeto de ataque adecuados (163).

4.b) En la misma línea, Luis Gracia Martín (164), distingue entre tentativa idónea y tentativa inidónea, punibles, y tentativa irreal, impune. Según el citado autor, la idoneidad de la tentativa debe determinarse *ex ante*, comprobando si concurre la voluntad de consumar el delito (dolo) y si la acción es, además, peligrosa; de modo que, por ejemplo, el disparo al durmiente que sólo posteriormente se com-

(162) Vid. CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, I*, op. cit., p. 363, núm. 127.

(163) Así, también CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, p. 383; el mismo, *Falsas antinomias en la teoría del delito, op. cit.*, pp. 814-815.

(164) «Política criminal y Dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal en España (II)», *Actualidad Penal*, XVIII, 1994, pp. 349 ss.

prueba que era una almohada, es un supuesto de tentativa idónea. La tentativa idónea es la tentativa «peligrosa» *ex ante*, en ella concurre la voluntad de consumir el delito (*dolo*) y la acción realizada es «peligrosa», la tentativa inidónea es aquella otra tentativa, «no peligrosa» *ex ante*, en la que aunque concurre la voluntad de consumir el delito (*dolo*), la acción, no obstante, «no es peligrosa». Mientras que en la tentativa inidónea concurre lo injusto material, pues la misma cuenta con el correspondiente desvalor de la acción (a los actos ejecutivos realizados por el autor les es atribuible el sentido social típico), en la tentativa irreal, en cambio, estaría ausente, ya *ex ante*, la propia voluntad de consumir el delito (165).

Siguiendo la *doctrina de la acción finalista*, en el sentido de que el alcance social típico de la acción no puede ser aprehendido si no se examina el contenido de la voluntad del autor, Gracia Martín señala «que en la tentativa imposible el desvalor de la acción está constituido por el *dolo*», y además, necesariamente, por su exteriorización a través de algún acto externo susceptible de ser típico. La tentativa imposible se pune, a pesar de no ser peligrosa *ex ante*, porque es portadora de sentido social típico. En ella la representación del autor sólo es equivocada en cuanto a la figuración de los datos ontológicos, pero es objetivamente exacta en cuanto al conocimiento nomológico: «Si las circunstancias de hecho que el autor supone concurrentes existieran en la realidad su acción sería idónea» (166).

4.c) También Esteban Sola Reche comparte estos mismos argumentos en cuanto a la configuración de la tentativa, situando el fundamento de su punición en «la realización dolosa de una conducta peligrosa, aunque el bien jurídico protegido por la ley penal no corra un peligro concreto». La única diferenciación que puede mantenerse entre las distintas modalidades de tentativa se da en el plano valorativo: «mientras que en unos casos, la valoración *ex post* indicaría la existencia de un concreto peligro (por ejemplo la conducta fue interrumpida en el preciso instante en que iba a accionarse el gatillo de la pistola cargada), en otros, la tentativa inacabada no llegó ni alcanzó

(165) Lo cual, como advierte el profesor GRACIA MARTÍN, no significa adoptar una fundamentación puramente subjetiva de la tentativa («Política criminal y Dogmática jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 350).

(166) GRACIA MARTÍN, L., «Política criminal y Dogmática jurídico-penal...», *op. cit.*, p. 351. «La doctrina de la acción finalista nunca ha dicho que el sentido social de una acción dependa exclusivamente de la voluntad individual del autor. Lo único que ha afirmado es que el sentido social de la acción no puede ser aprehendido si no se examina el contenido de la voluntad del autor y que, por ello, aquél también depende de éste» (*op. cit.*, p. 353).

dicho peligro (la pistola estaba descargada)» (167). El modelo de «tentativa idónea» estará representado por 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; mientras que el de la «tentativa inidónea» lo será la tentativa *ex ante* no peligrosa, porque el observador objetivo, aunque no el autor, no la considera capaz de producir el resultado. Los dos modelos (idónea e inidónea) caen dentro del concepto de tentativa del artículo 16.1 CP-1995 (168).

Coincido con la conclusión esencial a la que conducen los argumentos desarrollados por Gracia Martín, Sola Reche y Cerezo Mir, a saber: que desde las representaciones subjetivas del autor, *ex ante*, tanto la tentativa idónea como la inidónea encajan en el concepto de tentativa (169). Sin embargo, no parece aceptable la pretendida distinción *ex ante* entre tentativa «peligrosa» y tentativa «no peligrosa», según el punto de vista del agente y según la consideración del espectador objetivo que no sufra el error de hecho del autor, pues en este último caso se están añadiendo elementos al hecho no abarcados por dicho agente, de manera que ya se trataría de un supuesto diferente al ejecutado por aquél.

Como explica el profesor Cuello Contreras, para que el juicio de peligrosidad sea congruente con el hecho realizado por el autor, el espectador objetivo debe contar con los mismos conocimientos que tuvo aquél (ni uno más), pues, en otro caso, se le estaría imputando al autor un hecho que no se representó. Disparar, en la penumbra, al bulto de la cama constituye una tentativa tan idónea como disparar contra el maniquí al que se ha confundido con «B». Se trata de supuestos en los que concurre un error de hecho que no excluye la *tentativa*. Excluida la tentativa irreal (que no encaja en el concepto legal de tentativa), únicamente tras el devenir de los acontecimientos, *ex post*, es posible hablar de la concurrencia o no del peligro (objetivo). Distinguir una «tentativa *ex ante* peligrosa», es caer en una redundancia inútil. Si hay tentativa, hay peligro; dicho de otra forma: si el comportamiento es típico (de tentativa), entonces será peligroso. «Sólo el comportamiento peligroso, que lo es por la representación por parte del autor de circunstancias capaces de causar el resultado

(167) SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *op. cit.*, p. 178.

(168) SOLA RECHE, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *op. cit.*, p. 196.

(169) Así, también CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 290.

conforme a las leyes causales conocidas, realiza el tipo delictivo. No existe un peligro *ex ante* a añadir y a comprobar junto a la realización del peligro (general) típico» (170).

5. Fiel a la *doctrina finalista* que caracteriza toda su obra, Joaquín Cuello Contreras señala que la única peligrosidad relevante, fundamentadora del injusto (en el delito y en la tentativa), es la peligrosidad inherente a la acción típica (171). Sin embargo, este autor parece sucumbir a las reivindicaciones de los autores objetivistas cuando reconoce, aunque sea desde fuera del injusto, como condición objetiva de punibilidad (de forma análoga a como opera el resultado en la estructura del delito consumado (172) –pero con la diferencia de que allí esa realidad sí es inapelable–), que el disvalor resultado es determinante de la mayor o menor penalidad de la tentativa.

Su argumentación lleva implícita la adopción de la consideración *ex post*, la cual, en cambio, ha criticado duramente –y con razón–. A mi entender, no cabe admitir desde el finalismo –que sitúa el ámbito de lo punible en el hacer del autor–, que en la tentativa (donde se reconoce unánimemente la ausencia de resultado) la penalidad deba depender también, como en la consumación, del azar. Que la pistola no estuviera cargada, o la víctima no se encontrase en su cama (circunstancias, todas, ajenas a la voluntad y el saber del autor), no puede aumentar o disminuir la responsabilidad. Al menos, en coherencia con el postulado finalista fundamental: es el desvalor acción el que determina el injusto, y éste la penalidad (173).

3.7 Examen crítico de la teoría objetiva. Recapitulación

3.7.a) LOS DÉFICIT DE LA TEORÍA OBJETIVA

Las teorías objetivas de la tentativa fracasan a la hora de establecer unos criterios seguros en orden a delimitar de una manera precisa la punibilidad de la tentativa. Debido a la imposibilidad práctica de

(170) CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 291.

(171) *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 296. Puesto que en la tentativa no hay disvalor resultado y, no obstante, hay injusto, éste sólo puede estar constituido por el disvalor acción.

(172) CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, pp. 296-297.

(173) Excepción hecha del delito consumado, cfr. GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

distinguir entre acciones peligrosas y no peligrosas (al faltar el resultado ulterior, no hubo tampoco peligro previo), estas posiciones no pueden satisfacer las exigencias de seguridad jurídica en base a las cuales surgieron. Se ha señalado, además, que conducen, especialmente en el ámbito de la tentativa inidónea, a resultados injustos y político-criminalmente poco deseables.

Para la concepción objetiva, aquellos actos que se manifiesten absolutamente inidóneos para producir el resultado no representan siquiera un principio de ejecución, «porque en modo alguno puede entenderse que con ellos comienza la realización del delito» (174). Ejecutar es poner por obra el tipo, y el tipo solamente se pone por obra cuando se ha puesto en marcha la causalidad material hacia su producción (175), con el consiguiente peligro para el bien jurídico. El peligro –se afirma– no es sino probabilidad de daño, y esa probabilidad ha de delimitarse con parámetros causales; el problema reside en la dificultad de afirmar lo peligroso de la causalidad precisamente en ausencia del resultado. ¿Cómo puede afirmarse que, objetivamente, resulta más peligrosa la tentativa idónea que la inidónea? (176). En ambos casos el curso causal se ha mostrado ineficaz: en la tentativa el autor no consigue su objetivo (177).

Pero el verdadero descalabro de las teorías objetivas reside en la imposibilidad de explicar el injusto de la tentativa, y no únicamente de la tentativa inidónea, de una forma objetiva genuina (178).

(174) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 655.

(175) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 645.

(176) FONTÁN BALESTRA, Carlos, *Derecho Penal. Introducción y Parte General*, 4.^a ed., Buenos Aires, 1961, p. 422, «en efecto, de adoptarse el criterio objetivo, no habrá habido peligro, ni pena, en consecuencia».

(177) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, parten de la distinción entre *idoneidad abstracta*, identificada con la virtualidad lesiva del hecho del intento, y la *concreta idoneidad* que consiste en su capacidad específica para alcanzar la consumación (pp. 645 s.), considerando como objeto del análisis, no el acto aislado, sino la totalidad de la acción y las condiciones existentes en el momento de realizarla (*op. cit.*, p. 646 núm. 26 –lo que denominan «complementos de la acción»–. Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, VII, *op. cit.*, pp. 565 ss.; cfr., asimismo, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pp. 360 ss.; cfr., también, GROIZARD Y GÓMEZ DE LA SERNA, Alejandro, *El Código penal de 1870, concordado y comentado*, edición de 1914, tomo I, comentarios a los artículos 3, 4 y 5.

(178) Muy sutil, Hellmuth MAYER, arrancando del concepto de lo antijurídico, lleva a cabo una crítica de la concepción objetiva. En la tentativa, como en los actos preparatorios y, en general, en todos los delitos consumados sólo formalmente, falta

Von Buri, defensor de la concepción subjetiva, explica que la acción de tentativa, que no debe haber desembocado en el resultado, y por esto constituye una acción de tentativa, se ha mostrado, por eso mismo, absolutamente inapropiada para causarlo. El fracaso del acto es conceptualmente esencial a toda tentativa. Como la tentativa se caracteriza precisamente porque falta algún momento del tipo objetivo correspondiente a la consumación, esa carencia determina que la acción devenga absolutamente irrelevante, porque en ausencia de cualquiera de los elementos de la componente objetiva del tipo del delito consumado, la acción carecerá totalmente de trascendencia, pues, objetivamente, no existe una lesión jurídica completa, ni una mitad, ni siquiera una mínima parte de ella (179). Concluye el magistrado del Tribunal del Imperio, que resulta indiferente que el sujeto se haya servido de medios idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que haya dirigido estos medios contra un objeto idóneo o inidóneo; tratándose de una tentativa, el punto de vista subjetivo, que todo lo sitúa en el sentido y creencia del agente, es el único compatible con la lógica.

Definitivamente, si se parte de una doctrina que restringe el injusto únicamente a la lesión efectiva del bien jurídico, resultará muy difícil encontrar una respuesta adecuada para cada una de las cuestiones relacionadas con la tentativa, ya sea acabada o inacabada, ya idónea o inidónea, pues admitido que la tentativa se caracteriza por la no lesión del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, «allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro previo, o si se prefiere, *a sensu contrario*: la prueba del peligro es la efectiva lesión» (180); en realidad, a

el rasgo esencial del injusto concebido objetivamente, esto es, el resultado lesión del bien jurídico. «La tentativa carece además de una acción en sentido natural porque la acción intentada no ha causado jurídicamente resultado alguno. Si se quiere mantener la teoría de lo injusto objetivo, preciso es considerar, al menos aquellas acciones punibles, que no encierran una efectiva lesión de un bien jurídico, como acciones peligrosas, que han causado un peligro objetivo en el mundo de los bienes jurídicos. Esta teoría de lo injusto objetivo, no es válida para la tentativa, ni serviría tampoco para los tipos de preparación y un buen número de delitos de resultado abstracto y de delitos de resultado cortado. En verdad se señala también aquí, que todo delito y por tanto también la tentativa, es exteriorización de la rebelión de la voluntad individual contra la voluntad general. En ello yace su antijuricidad objetiva. Pero la teoría objetiva de la tentativa es la consecuencia inevitable del pensamiento jurídico utilitario, el cual no ve precisamente en el delito el acto contrario a la moral, sino el acto dañoso y por ello no se ha extinguido, a pesar de su ineficacia jurídica» (*Das Strafrecht, op. cit.*, p. 278).

(179) MEZGER, E., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, pp. 232-33; quien, además, critica de esta teoría el no tener en cuenta que también la probabilidad y los peligros forman parte de la vida práctica.

(180) CUELLO CONTRERAS, J., *Derecho penal español*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 372.

toda tentativa le acompaña un error (elemento subjetivo) por parte del autor, que imaginó estar realizando unos actos dirigidos a la lesión del bien jurídico que, en el mundo real, no eran idóneos para ello (181). Si queremos alcanzar un recto entendimiento del injusto de la tentativa, habrá que modificar también la concepción tradicional de la misma, y adoptar otra distinta a la que hasta este instante hemos estado considerando.

3.7.b) EL PROBLEMA DE LOS ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL INJUSTO

La construcción puramente objetiva del delito («teoría natural causalista») hizo aguas con la entrada en escena de los denominados «elementos subjetivos del injusto». Aunque este problema no se puso de manifiesto directamente con la fundamentación objetiva que inicialmente se le dio a la tentativa, pues el primero en señalar la existencia de elementos subjetivos en la acción injusta fue el civilista Hans Albrecht Fischer, en 1911, con su *Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts* (La antijuricidad con especial consideración del derecho privado), y fue después, en 1914, cuando el problema fue trasladado al ámbito penal por August Hegler con su obra *Die Merkmale des Verbrechens* (Las características del delito), estudiándolo más detenidamente en 1930 con su trabajo *Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs* (Momentos subjetivos de la antijuricidad dentro del marco del concepto general del delito) (182), merece la pena este pequeño *excursus* sobre la cuestión puesto que ayuda a entender por qué hoy la

(181) Acertadamente, el Tribunal Supremo en S. de 5 julio 1993 (RJ-1993, 5876), tras reconocer la similitud, «para muchos», de las tentativas idónea o inidónea, mantiene la calificación de homicidio cualificado «por la imposibilidad de ejecución o de producción del delito», cuando, según el *factum*, el acusado disparó dos cartuchos, «encarando» la escopeta o «a la cintura», cuando se dirigía hacia el tractor que el perjudicado conducía junto con una máquina sembradora acoplada a la bomba hidráulica posterior del tractor. Los disparos impactaron «en la rueda derecha trasera de éste, en la máquina sembradora, aleta salvabarros de igual parte derecha, así como en la ventanilla cerrada de la cabina del tractor en su también parte derecha». El conductor no sufrió daño alguno, los del tractor «no evaluados crematísticamente». Estimando, como ya hiciera la instancia, que no hubo posibilidad de producirse la muerte ya que si bien el medio (los disparos) era el adecuado a tal fin, en cambio su forma de realizarlo (distancia, postura para el disparo, tractor en marcha, cabina cerrada y cristales ni rotos ni perforados) no era determinante por sí mismo de la muerte. Cfr. RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1971, pp. 369 ss.

(182) Vid. BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Manual de Derecho penal español. Parte General*, Barcelona, 1984, pp. 160-163.

concepción puramente objetiva del injusto (del delito y de la tentativa) es prácticamente insostenible (183).

Es de sobra conocido que existen determinados tipos de delitos en los que la finalidad perseguida por el autor es un requisito esencial constitutivo del injusto, para cuya fundamentación la concepción causalista de la antijuricidad resulta insuficiente, ya que la referida finalidad del autor es la que conforma la acción en un sentido o en otro (184).

Algo que se ve claramente en el ejemplo, propuesto por Cuello Contreras (185), del estudiante que, habiendo cogido un libro de la estantería de la biblioteca pública, lo mezcla con los suyos sin haberse marchado aún del lugar. Para saber si nos encontramos ante lo que ya podría ser un hurto del artículo 234, es necesario comprobar si el joven se propone leerlo en la biblioteca, sacarlo de ella para estudiar en casa, sabiendo que se trata de un ejemplar excluido del préstamo, y devolverlo después, o apropiarse de él definitivamente, único caso en que su comportamiento sería delictivo, pues, con carácter general, la utilización momentánea de cosas ajenas no constituye delito. Observando el comportamiento del ejemplo desde una consideración exclusivamente objetiva, resulta muy difícil (por no decir imposible) afirmar la existencia de un peligro, pues, en su pura apariencia externa, el mismo acto de coger el libro puede constituir un comportamiento lícito, una mera infracción administrativa o un tipo penal, según el propósito con que se realice, siendo así que únicamente comete hurto quien toma una cosa ajena *con ánimo de lucro*. «Los

(183) Originariamente, en Alemania, se introdujo la punición de los supuestos de delito intentado como conclusión de un proceso progresivo de subjetivización, tanto en el ámbito de la tentativa como en el de la concepción del injusto en general. En parte debido a lo insatisfactorio de la teoría puramente objetiva en orden a dar respuesta a la tentativa inidónea, y, en parte, como consecuencia del avance de la teoría subjetiva en materia de antijuricidad (reconocimiento de los elementos subjetivos del injusto); tanto la doctrina como la jurisprudencia se mostraban de acuerdo con una fundamentación subjetiva de la misma; *vid.*, en este mismo sentido, FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 386.

(184) *Vid.* COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, pp. 367 ss.; CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998, pp. 120 ss; el mismo, «Lo injusto de los delitos dolosos...», *op. cit.*, pp. 56 s.; JESCHECK, *Tratado*, I, *op. cit.*, p. 279; LUZÓN PEÑA, Diego-Manuel *Curso de Derecho penal. Parte General, I*, Madrid, 1996, pp. 233, 297; MUÑOZ CONDE, Francisco/GARCIA ARAN, Mercedes, *Derecho penal. Parte General*, Valencia, 1993, p. 193; DEL ROSAL, J., *Tratado*, vol. I, *op. cit.*, pp. 464, 465, 716; DEL ROSAL, Juan/RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal español. Parte General*, Madrid, 1974, pp. 162-165.

(185) *El Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 287, ilustrando allí, con él, el concepto final de acción.

hechos realizados externamente no dicen nada si no se acompañan de los propósitos subjetivos, todo delito obliga a considerar en la tipicidad un elemento subjetivo: el *dolo*» (186).

En realidad, acciones como la del ejemplo, coger una cosa de otro durante unos instantes, se repiten casi a diario en numerosos locales abiertos al público. Lo que hace que una acción de esta clase sea peligrosa es precisamente la voluntad del autor que la lleva a cabo: coger el abrigo ajeno con intención de quedárselo (187), trepar por una fachada con ánimo de robar o de allanar la morada ajena (188), tomar el libro de la biblioteca para apropiarse de él, etc. La contundencia de tal argumento ha hecho que progresivamente se haya venido admitiendo que los denominados «elementos subjetivos del injusto» están presentes en una gran parte de los tipos penales (189). En particular,

(186) CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 287.

(187) ENGISCH subraya esta cuestión poniendo por caso el del cliente que, al abandonar el restaurante, descuelga del perchero el abrigo ajeno colocado sobre el suyo con intención de llevárselo en el caso de que nadie se dé cuenta. («Der finale Handlungsbegriff», *op. cit.*, p. 178).

(188) COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 372; conducta que, en cambio, resultaría impune de realizarse, v. gr. por puro equilibrio.

(189) La doctrina penal ha reaccionado de formas muy diversas ante los elementos subjetivos del injusto, algo que no debe extrañar si tenemos en cuenta que su existencia condiciona no sólo la concepción del Derecho que se defiende, sino también la que se mantenga en torno a la acción y la culpabilidad, ya que sobre ellos giran criterios fundamentales de orden material y de carácter lógico y sistemático. A la postre, en la medida en que la antijuricidad pasa a entenderse orientada a la finalidad de protección inherente al sistema jurídico más que como simple antinormatividad, y cuando se imagina la tipicidad como un modelo valorativo, en el que se plasma la reprobabilidad objetiva del hecho, la necesidad de admitir elementos subjetivos resulta entonces insoslayable. Así, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, defensores del carácter objetivo de la antijuricidad (la antijuricidad como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico), matizan que «se concibe objetivamente la antijuricidad cuando se estima antijurídica una conducta en razón de su lesividad efectiva o potencial y se la concibe subjetivamente cuando se estima antijurídica una conducta en razón de la mala voluntad que la rige». Ahora bien, según los autores citados, nada obsta para que, desde la concepción objetiva, el juicio de desvalor pueda ir referido a elementos subjetivos, o, al revés, «que una concepción subjetiva precise apoyarse en elementos objetivos, no anímicos». (*Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, p. 273). Aclarando la cuestión, WELZEL señala que «la antijuricidad es un juicio de valor objetivo, en tanto se pronuncia sobre la conducta típica a partir de un criterio general: el ordenamiento jurídico». «La antijuricidad es objetiva sólo en el sentido de un juicio de valor general; su objeto, la acción, en cambio, es una unidad de elementos objetivos (del mundo externo) y subjetivos» (*Derecho penal. Parte General*, *op. cit.*, p. 77). Y, en esta línea, MIR PUIG, advierte que «un Derecho penal limitado a regular conductas humanas no tiene la misión de valorar todo estado que afecte a los bienes que protege, sino que únicamente puede suponer la valoración de comportamientos capaces

se llega a la conclusión de que la voluntad de cometer el delito constituye, en la tentativa, un elemento subjetivo del injusto, pues de otra manera no cabría afirmar siquiera la tipicidad de la acción (190).

Ejemplo: Con la sola observación de la cara externa de la acción de A, de apuntar con una pistola cargada en dirección a B, no puede concluirse si nos encontramos ante una amenaza, una tentativa de homicidio o de lesiones. Para poder determinarlo sería necesario conocer cuál es la intención de A. Incluso «puede suceder que el peligro que la acción contiene se advierta únicamente a través del conocimiento de la voluntad del autor» (191); pues la misma acción será o no tentativa de

de producir lesión en los mismos» (*Función de la pena y teoría del delito*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 44). Así, el núcleo de lo injusto no radica en un acto interior de desobediencia, sino en la realización voluntaria de la conducta externa prohibida, en atención precisamente, a su carácter peligroso para los bienes tutelados. Sobre la evolución referida en el texto, *vid.* ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 20 ss.

(190) COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN lo señalan en su obra, estimando que «con carácter general, puede afirmarse la presencia de la resolución delictiva como elemento subjetivo del injusto en los delitos intentados» (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., p. 372). «Este elemento subjetivo presenta una doble dirección: el querer ha de abarcar los actos que se realizan y, además, ha de hallarse dirigido a la realización de la totalidad de los elementos del delito consumado» (*op. cit.*, p. 655). Se aprecia, consecuentemente, la imposibilidad de definir el injusto de la tentativa únicamente desde el suceso externo; es preciso el complemento de una cierta dirección de voluntad sin la cual faltaría al comportamiento la lesividad potencial que lo convierte en una infracción punible [«la realización de actos ejecutivos, no constituye sino el elemento objetivo de la tentativa. Por su propia naturaleza de intentos se requiere la presencia del elemento subjetivo representado por la resolución delictiva (...) que constituye, así, un elemento subjetivo del injusto» (*op. cit.*, p. 655)]. En los delitos intentados, «el acontecimiento externo sólo deviene peligroso en tanto en cuanto se halla encaminado por el autor a la lesión del bien jurídico» (*op. cit.*, p. 372).

(191) Ciertamente, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN, coherentes con sus premisas, entienden que el subjetivismo que se ha deslizado en el tipo se limita a colorear una base objetiva pura. «En tanto no se sitúe el fundamento de la antijuricidad de la infracción en el momento del ánimo y en tanto dichos momentos anímicos no constituyan, por sí solos, el delito, sino que se limiten a operar como simples factores de determinación de la dirección del actuar externo hacia consecuencias jurídicamente desaprobadas, su inclusión en los tipos no representará una vulneración del principio del hecho» (*Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 271-273; 367-373), y reconocen que el Legislador es muy libre de caracterizar el tipo con elementos objetivos o subjetivos, pues para ellos la «objetividad» está garantizada por la valoración que supone el tipo, sin comprometer a su sistemática la presencia de elementos subjetivos, a diferencia de lo que ocurrió con el Causalismo, que, tras la admisión de los elementos subjetivos del injusto, terminó por desembocar en el Finalismo. COBO DEL ROSAL y VIVES ANTÓN llegan incluso a asumir la posibilidad de que el sistema puramente objetivo fracase por no poderse llevar hasta sus últimas consecuencias; pero, acertadamente, entienden que las empresas científicas están para eso. Ahora bien, no

delito, según esté o no animada por la resolución delictiva; hasta el punto de condicionar, con su presencia, la existencia misma del peligro para el bien jurídico (192).

Sobre la base de todas estas apreciaciones es indiscutible que únicamente se puede determinar la antijuricidad de la tentativa de delito recurriendo al contenido de la voluntad del autor. La imposibilidad de fundamentar la antijuricidad de la tentativa (inidónea) a través de una posición estrictamente objetiva, sin acudir a la dirección de la voluntad supuso, junto a la incorrección de la teoría clásica del delito, el aliciente definitivo para el progresivo abandono del sistema causalista y, en particular, de la fundamentación exclusivamente objetiva de la tentativa.

Una parte considerable de la doctrina, advirtiendo las dificultades con que se encuentra la explicación puramente objetiva, se inclinó por recomponer el propio concepto de lo injusto (193), hasta llegar a reconocer en él los anunciados rasgos de naturaleza subjetiva, aunque, por supuesto, habían de ser tratados como casos excepcionales (194). Tal

se trata de dejar fuera de la fundamentación que se pretende todo el capítulo de la tentativa, a la que habría que buscar un fundamento distinto al del delito consumado; no se trata, tampoco, de definir el injusto a la manera que lo hace esta concepción y añadirle elementos subjetivos cuya relevancia habría que justificar; no se trata, en fin, de preservar la objetividad del Derecho con el requisito de la tipicidad, lo que, siendo cierto, no prejuzga nada sobre lo que puede ser contenido de la tipicidad. El Finalismo, precisamente, surgió y se ha desarrollado con el designio de fundamentar unitariamente el injusto, de tal manera que, preservada la objetividad que proporciona la exigencia de lesión del bien jurídico, evidenciada en la causación típica del resultado, se afiance dicha protección de la única forma que el Derecho puede hacerlo con visos de eficacia (prevención) y garantía de libertad: esto es, puniendo sólo los actos encaminados conscientemente a su lesión o puesta en peligro. Así, se fundamenta tanto el injusto consumado como el intentado y se garantiza la objetividad del Derecho que proporciona aquello que tiene validez general frente a todos.

(192) CEREZO MIR, J., «Lo injusto de los delitos dolosos...» *op. cit.*, p. 58.

(193) Asiste la razón a quienes afirman que lo opuesto a «lo justo» (lo ajustado a Derecho) debe ser «lo injusto» (lo contrario a Derecho), mejor que «el injusto» (*vid. así, GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, en el «Prólogo» a La tentativa inidónea, de Rafael ALCÁ CER GUIRAO, op. cit., p. 16 núm. 1*); sin embargo, también es cierto que esta última denominación es la más extendida y ambas hacen referencia a lo mismo.

(194) La doctrina austríaca, más partidaria de la concepción clásica causalista, admitió la fundamentación subjetiva del delito intentado, conservando intacta la concepción objetiva de la antijuricidad, que se circunscribía al peligro o lesión efectiva del bien jurídico. Ello condujo a Friedrich NOWAKOSKY (*Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen*, Graz, 1955, pp. 86-94), representante de este sector, a reconocer, como consecuencia, que en la tentativa pueden concurrir culpabilidad y penalidad sin antijuricidad (cuando falte el peligro objetivo para el bien jurídico). Esta posición encuentra sus orígenes en GOLDSCHMITT, para quien lo característico de

debía ser el caso de la tentativa, en la que la resolución de cometer el delito aparece como un elemento subjetivo del injusto, pero que, a la vez, se integra en la culpabilidad (195).

En definitiva, se llega a la solución de que el fundamento del delito consumado reside en la producción del resultado, mientras que la tentativa se explica en base a la voluntad delictiva del autor, una conclusión que ha sido muy criticada, tanto por los defensores de la teoría subjetiva (196) como por los partidarios de la teoría objetiva del injusto para la tentativa y el delito consumado (197).

la tentativa es que la voluntad del autor se dirige a algo antijurídico, pero no es antijurídica, sino sólo culpable. En cambio, entre nosotros, rechaza abiertamente y con razón las consecuencias de esta construcción CEREZO MIR, J., «Lo injusto de los delitos dolosos...», *op. cit.*, p. 59; mientras que ZIELINSKI no aprecia diferencias esenciales entre esta argumentación y la denominada teoría de los elementos subjetivos del injusto (*Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 45 ss.).

(195) En principio, desde la concepción clásica se argumentó que el dolo además de desempeñar el papel que le corresponde como componente habitual de la culpabilidad, sirve también, en la tentativa, como elemento fundamentador del injusto. Se respetaba así la teoría clásica del delito (regla general: «carácter objetivo de la antijuricidad») y, al mismo tiempo, se reconocía una fundamentación subjetiva para la punición del delito intentado (excepción a la regla general).

(196) Un estudio pormenorizado de los tipos penales contenidos en el StGB reveló en Alemania que cerca del 90% de los aproximadamente 700 tipos autónomos existentes, presentaban elementos subjetivos del injusto. Esta realidad chocaba con aquel argumento de que la antijuricidad, como regla general, es de carácter objetivo, siendo la fundamentación subjetiva la excepción de la regla (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, p. 30). Al mismo tiempo, se hizo patente lo inadecuado de mantener que el dolo cumple en la tentativa una función distinta a la que desempeña en el delito consumado, algo incomprensible si se entiende a la tentativa simplemente como un «minus» frente a la consumación y no como un «aliud» que concurre junto a ella misma pero que es distinto de la propia consumación (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, pp. 52 s.).

(197) Desde el momento en que el tipo se define, por influencia de la dogmática neokantiana, como «tipo de injusto», han de pertenecer a él todos los elementos que fundamentan la desvaloración jurídica de la respectiva clase de conducta, ya sean objetivos, ya subjetivos; *vid.*, así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, p. 285. Forzando la formulación causalista tradicional, se afirma que producido el resultado, éste objetiviza la resolución delictiva, elemento subjetivo del injusto de la tentativa, que quedará abarcado por aquél como característica objetiva del hecho al alcanzarse la consumación. Dicho de otro modo, una vez ocasionada la lesión del bien jurídico, ésta desplaza a la resolución del autor en la fundamentación del injusto. Sin embargo, existen genuinos elementos subjetivos del injusto que, no obstante producida la consumación, no pierden su carácter fundamentador del injusto. Es lo que ocurre por ejemplo con el *animus iniuriandi* característico de los delitos contra el honor, o el animo libidinoso de los atentados contra la libertad sexual. *Vid. supra*, 3. 7. b. *El problema de los elementos subjetivos del injusto*.

Si es cierto que toda consumación va precedida de una tentativa, y si se acepta que el dolo constituye un elemento subjetivo del injusto en la tentativa, entonces aquel elemento habrá de conservar necesariamente ese mismo carácter en la consumación. *¿Cómo se explica si no, que, según que el disparo alcance su objetivo, el dolo forme parte del injusto o de la culpabilidad?* (198).

3.7.c) TOMA DE POSICIÓN

Resulta que no es posible configurar el injusto de la tentativa prescindiendo absolutamente de la voluntad del autor. Ésta constituye un momento esencial ya en el delito intentado que no cabe desconocer, de la misma forma que se ha reconocido para los elementos subjetivos del injusto (199). En definitiva, sabemos que una determinada acción integra de forma instantánea una tentativa precisamente por el momento final que contiene de dirigirse a la producción del resultado. No es aventurado concluir que cuando el legislador se decide por la punición de la tentativa, el injusto deja de tener una fundamentación puramente objetiva (200).

Si tomamos como punto de partida una concepción que circunscribe el injusto sólo a la efectiva lesión del bien jurídico (su puesta en peligro), nos resultará muy difícil resolver cualquiera de las interrogantes cruciales relacionadas con la tentativa, llámese acabada o inacabada, y se distinga, o no, entre idónea o inidónea, por cuanto que, reconocido que en la tentativa no hay lesión alguna del bien jurídico constatada *de facto, ex post*, allí donde no hubo lesión no hubo tampoco peligro (objetivo, disvalor resultado) previo, precisamente porque la confirmación de que el peligro existió es la efectiva lesión, sin ésta no puede afirmarse aquél. Más bien, lo que se constata en toda

(198) WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.ª ed. (trad. castellano y notas de José CEREZO MIR, de la 4.ª ed., alemana, 1960), Barcelona, 1964, pp. 62 ss. Es inadmisibles que se sustituya el desvalor de la acción que sirve de fundamento para la tentativa, por el desvalor del resultado según que se produzca o no la consumación. Disvalor acción y disvalor resultado son esencialmente distintos, podrán acumularse, pero nunca sustituirse (ZIELINSKI, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado, op. cit.*, p. 51).

(199) Así, también, aunque sin las mismas consecuencias, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., *op. cit.*, pp. 225, 269 y 310; CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español*, 2.ª ed., *op. cit.*, p. 372, especialmente núm. 112.

(200) BOCKELMANN, Paul, *Vorbereitung und Versuch. Niederschriften über die Sitzungen der Grossen Strafrechtskommission*, tomo II, 1958, p. 174; el mismo, «Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch», *Juristenzeitung*, 1954, pp. 468 ss.

tentativa es que el autor erró (elemento subjetivo), que él creyó estar realizando unos actos dirigidos a lesionar el bien jurídico que, en realidad, se mostraron (*ex post*) no idóneos para ello. El autor de la tentativa asume erróneamente la existencia de unas circunstancias de hecho que, en caso de estar presentes, deberían configurar el delito (el autor de la tentativa no se plantea realizar una tentativa en sí, sino consumir el delito).

En mi opinión la tentativa se pune porque el sujeto se ha colocado, con conocimiento y representación típicas, «*dolo de causar*», en una situación tal desde la que culminar inminentemente la lesión del bien jurídico, esto es, la ejecución misma del injusto: aquel *disvalor acción* a cuya realización plena (en la realidad) se asocia (conforme a la experiencia general) el *disvalor resultado*. Si exigiésemos «algo más», muchas tentativas, quizá la mayor parte, no se podrían punir. Las barreras de punición se adelantan, en la *tentativa*, hasta tal punto que no importa que no concurren en la realidad el objeto del ataque ni el concreto nexo causal (imaginados), estos elementos (esenciales del tipo del delito) importarán para la «tentativa acabada», o, lo que es lo mismo, para la apreciación del injusto del delito. Obviamente el fundamento de punición de la tentativa propiamente dicha y la «tentativa acabada», es muy próximo (= *fundamentación unitaria del injusto*): se pune en atención al peligro que conlleva la realización del comportamiento dirigido, a la postre, a la lesión del bien jurídico. Pero con una matización importante: en la primera («tentativa inacabada») no se precisa más que la constatación del «*dolo de causar*», mientras que en la segunda («tentativa acabada») al «*dolo de causar*» se le debe haber añadido la concreción plena, *exterior*, del atentado: concurrencia efectiva del nexo causal y el objeto del ataque (201).

Además de la efectiva producción del resultado, único supuesto que corrobora *ex post* que el peligro efectivamente existió, el único «peligro» relevante a efectos de responsabilidad penal, en el sentido de que la norma trate de atajarlo, es el que implica la sola constatación del

(201) En parecidos términos, pero con otra concepción de su injusto, *vid.* BUS-TOS RAMÍREZ, Juan/HORMAZÁBAL MALAREE, Hernán, *Lecciones de Derecho penal*, vol. II, *Teoría del delito, teoría del sujeto responsable, y circunstancias del delito*, Madrid, 1999, p. 270, para quienes en la tentativa «no se exige la realización de los actos expresamente señalados en el tipo legal (en relación al contenido de la prohibición), sino que basta con todos aquellos que están implícitos en el ámbito social situacional que describe el tipo y que sean necesarios para llevar a cabo el tipo de injusto. Con lo cual, entonces, en el fondo, objetivamente, dentro del concepto de tentativa se está comprendiendo ya todos aquellos actos relativamente inidóneos para la producción del hecho delictivo.

comportamiento mismo del autor: intentar el resultado con representación de un curso causal y un objeto de ataque válidos, es decir, típicos. Eso es lo verdaderamente peligroso, y eso es lo único (la mínima expresión de lo punible) que la norma puede tratar de evitar.

4. TEORÍA SUBJETIVA DE LA TENTATIVA

4.1 Orígenes y planteamiento

Señala Jiménez de Asúa (202) que la doctrina subjetiva arranca en Alemania, hacia 1798, de la mano de Grolmann (203), desarrollándola posteriormente, en 1806, Tittmann (204), y, aunque más adelante se le unirán otros autores (205), fue con von Buri con quien adquirió su máxima expresión, al proponer la punibilidad de los supuestos de delito imposible (206). La teoría objetiva se había mostrado incapaz

(202) *Tratado*, tomo VII, *op. cit.*, p. 413. Ya mucho antes en Roma, en tiempos del Imperio, el creciente subjetivismo del Derecho penal romano, por influjo del pensamiento griego, llevó a Adriano a reconocer que en los delitos se considera la voluntad, no el resultado, y que debe castigarse el designio de cualquiera, no el hecho; así en el Digesto, lib. XIV, 8, § 1, «*In maleficiis voluntas spectatur non exitus, concilium niusucisque, non factum puniendum est*». *Vid.*, asimismo, el complejo análisis sobre el origen de la teoría subjetiva realizado por Karl BINDING (*Die Normen...*, tomo III, 2.ª ed, *op. cit.*, pp. 507-526), quien observa que si bien la exigencia de «acciones externas» encuentra su origen en autores de los siglos XVII y XVIII, como Grocio, Pufendorf, Meister, Quistorp, etc., la doctrina subjetiva de la tentativa, fundamentada en concepciones iusnaturalistas de la culpabilidad, encontró un punto de apoyo esencial en la afirmación de que el acto de tentativa es expresión del «dolo», aserto que remonta sus raíces incluso hasta la Carolina (art. 178).

(203) *Grundsätze...*, 4.ª ed., *op. cit.*, § 31, pp. 27 - 28. MEZGER, E., *Tratado*, vol. II, *op. cit.*, p. 232, considera que fue el propio FEUERBACH, precursor de la teoría objetiva, quien originariamente señaló la importancia del aspecto subjetivo en la tentativa, desde el momento en que se planteó la penalidad del delito imposible.

(204) *Handbuch...*, tomo I, 1.ª ed., *op. cit.*, p. 18, destacando que la esencia de la tentativa se determina por la intención (*Absicht*).

(205) Como Carl Ernst JARKE (*Handbuch der Strafrechtswissenschaft*, vol. I, 1.ª ed., 1827, pp. 210 - 211) en 1827, entre otros.

(206) Von BURI desarrolla la teoría subjetiva hacia mediados del siglo XIX, llegando a plantear, en último término, el castigo de toda tentativa, entendida ésta como la manifestación de la voluntad delictiva, cualquiera que hubiese sido el medio, idóneo o inidóneo, empleado, pues en todo caso es reveladora de una intención criminal. Se advierte que, en realidad, toda tentativa supone un medio u objeto inidóneos, para el supuesto concreto, pues si hubiera sido idóneo el resultado se hubiera producido necesariamente. Algo más tarde, también se expresa así G. SAUER [*Derecho penal. Parte General* (trad. Juan DEL ROSAL y José CEREZO MIR), Barcelona, 1956]. Von

de fundamentar adecuadamente el injusto del delito intentado apelando sólo a la lesión del bien jurídico; no obstante, ésta había venido siendo la doctrina alemana mayoritaria durante la segunda mitad del siglo XIX, y así continuó siendo hasta principios del siglo XX, encontrando el apoyo del que fuera el primer Código penal alemán, el Código de 1871.

Aun cuando en Francia y en Italia se adoptó también la teoría subjetiva, fue en Alemania donde se desarrolló la doctrina más relevante. Fue allí donde, paralelamente a la aparición del nacional-socialismo (207), surgió una nueva forma de comprender el delito. Desde

BURI (*Beiträge zur Theorie des Strafrechts und zum Strafgesetzbuch. Gesammelte Abhandlungen*, Leipzig, 1894, pp. 53-90, 178 ss., y 187 ss.) argumenta que el delito consumado consiste en un tipo subjetivo y un tipo objetivo. El tipo subjetivo es la voluntad criminal puesta de manifiesto, de modo reconocible, mediante la acción; y el tipo objetivo es el conjunto de todas aquellas características por cuya concurrencia, según las disposiciones de la ley, debe representarse el lado objetivo de la lesión jurídica. En la tentativa aparece el tipo subjetivo del delito consumado *en toda su extensión*, razón por la cual, precisamente, la tentativa debe castigarse. Por el contrario, el tipo objetivo del delito consumado no se contiene en la tentativa, puesto que la esencia de la tentativa reside naturalmente en que en ella falta alguno de los momentos del tipo objetivo del delito consumado. «Y si falla el elemento objetivo del delito consumado, incluso el más insignificante, toda la aparición objetiva carecería de significación, objetivamente no existiría una lesión jurídica, ni en todo ni en la mitad, ni siquiera en parte» (*Beiträge...*, *op. cit.*, pp. 187 ss.). Carece de mayor trascendencia el hecho de que el ejecutor haya utilizado unos medios idóneos o inidóneos para la realización de su voluntad, o que haya dirigido ese medio contra un objeto idóneo o inidóneo. «La tentativa no pasa de ser una voluntad objetivada, una aspiración hacia el resultado desprovista de causalidad. Esa voluntad puede inferirse del propio hecho y de sus circunstancias, a despecho de la idoneidad de los medios o del objeto. Desde el momento en que el agente está convencido de que son idóneos, no hay razón para su impunidad». Para von BURI toda tentativa (incluso la considerada comúnmente como real) es tentativa imposible, por lo que descartada cualquier base objetiva (relevante), no cabe apoyar su punición en ningún elemento objetivo, y no queda otra salida que fundamentarla en la voluntad criminal del agente. El *Reichsgericht* aceptó esta teoría subjetiva, por influencia del propio von BURI, en 1880, y, con algunas restricciones, siguió aplicándola con posterioridad.

(207) En el seno de una sociedad germana industrializada y de masas, con elevados índices de paro e inflación, con aguda carestía de vida y una lucha de clases muy acentuada, y con un profundo resentimiento por las cláusulas humillantes del Tratado de Versalles (1919), tales como las indemnizaciones impuestas por los vencedores, o las mutilaciones territoriales sufridas como el corredor para dar salida al mar a Polonia en Dantzig (*vid.*, muy ilustrativo de la realidad socio-política de la época, SAÑA, Heleno, *Noche sobre Europa. El fascismo alemán 1919-1980*, Madrid, 1980; cfr. también, la segunda parte, el mismo, *El III Reich*, pp. 75 ss. *Vid.*, asimismo, SOLMSEN, Arthur R. G., *Una princesa en Berlín* (trad. castellano por Raúl ACUÑA), Barcelona, 1998; describe de una manera ingeniosa y amena el torbellino de desatinos que, hacia 1922, sacude a Alemania y que la prepara para la dictadura nacional-socialista.

la perspectiva de la concepción del Estado, existe un innegable paralelismo entre la transformación experimentada con posterioridad al Estado liberal y el progresivo desarrollo de la teoría subjetiva. Se comenzó a entender el hecho delictivo de una forma muy distinta a como lo había ideado el liberalismo frente al que, por entonces, ya se reaccionaba [se produce una «huida de la libertad protagonizada por la burguesía» (208)]. Si bien es cierto que la teoría subjetiva encuentra sus raíces en épocas más remotas (209), se verá nuevamente impulsada de una manera decisiva gracias a la atribución al Estado de una misión diferente cara a la sociedad. Si el modelo liberal, preocupado esencialmente por garantizar la libertad del individuo, le había reservado la función de «mero guardián del orden jurídico», no legitimado para invadir activamente la ordenación positiva de la sociedad, lo que se consideraba exclusiva competencia de los particulares, la configuración intervencionista asignará al Estado una función activa en el ámbito de las relaciones sociales. Esta transformación se va a traducir en una participación muy activa por parte del Estado en la tarea por atajar el delito (210). Así, al Derecho penal se le reconoce una finalidad protectora de bienes jurídicos, y a la pena, como instrumento suyo, una función de prevención de delitos (211).

Con la concepción social e intervencionista del Derecho penal, se buscaba, ante todo, proteger mejor al ciudadano mediante un Derecho penal más efectivo en la tutela de los bienes jurídicos. Este era, al menos, el planteamiento de la «moderna Escuela» alemana fundada

(208) FROMM, Eric, *La huida de la libertad*, Fondo de Cultura Económica, México, 1956.

(209) *Vid. supra* núm. 190.

(210) No obstante, la propensión a la injerencia excesiva, del Estado social, culminó, en algunos países, con sistemas totalitarios en los que la teoría subjetiva encontró también una construcción coherente. La vivencia de los horrores que esta configuración del Estado acarreó, primero en la paz y posteriormente en la guerra, puso de manifiesto la necesidad de un Estado que, sin abandonar sus deberes con la sociedad, es decir, sin dejar de ser social, reforzase sus límites jurídicos en un sentido democrático. Surgió así la fórmula sintética del «Estado social y democrático de derecho» (*vid. MIR PUIG, Santiago, El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1.ª ed., Barcelona, 1994. p. 55). Es por eso que, aun tras la caída y posterior desaparición de determinados sistemas totalitarios (comunista y nazi), ha seguido teniendo vigencia la concepción preventiva de la norma penal. Cfr. MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *op. cit.*, p. 119.

(211) Otra de las vías por la que se desemboca en la teoría subjetiva parte precisamente de la función preventiva de la norma penal que, destinada al individuo, trata de evitar la lesión del bien jurídico en un momento anterior a la comisión del hecho, motivando al individuo para que se abstenga de desarrollar una voluntad contraria a la norma. *Vid. MIR PUIG, Introducción a las bases...*, *op. cit.*, pp. 120 ss.

por von Liszt, exponente del «liberal de izquierdas», frente al «liberalismo de derechas» que podría representar, por ejemplo, Binding. El delito ya no va a consistir en el ataque a determinados bienes jurídicos individuales sino que se conceptuará más bien como la lesión de las normas de conducta que sirven al bien común, se antepone nuevamente la comunidad frente al individuo, concibiéndose así el delito como la transgresión de las obligaciones que incumben al hombre frente a la colectividad (212).

El rasgo distintivo que caracteriza a las teorías subjetivas reside en afirmar que la razón principal del castigo del delito intentado se halla en la voluntad del autor contraria a Derecho (213), reflexión ésta que sus detractores han aprovechado precisamente como el argumento primordial para su crítica (214). Desde la perspectiva subjetiva, no es preciso que la exteriorización de la voluntad sea peligrosa, pues ya es peligrosa para el orden jurídico la voluntad que al exteriorizarse cree intentar de modo inmediato la ejecución de un delito (215). La punición de la tentativa se explica así en base a la voluntad del autor objetivamente exteriorizada en orden a la comisión de un delito (216),

(212) Cfr., las definiciones recogidas por STRATENWERTH, G., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., *op. cit.*, pp. 2 ss.

(213) Representativa de esta concepción es la fórmula que expuso GERMANN (*Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs*, Tesis doctoral, Arau, 1914, p. 186): Punible es el querer, no la realización; lo punible preferentemente es, por tanto, la tentativa, más que la consumación. Ésta es más bien punible realmente como un caso especial de la tentativa; es decir, en cuanto encierra aquélla como ésta una voluntad delictiva; además, el tipo objetivo de la tentativa resultará indiferente y con sólo el aspecto subjetivo de la tentativa se podrá satisfacer el principio de la determinación típica.

(214) Aunque la manifestación de voluntad representa el límite máximo de la penalidad, con lo que el legislador únicamente puede conminar con pena el propósito criminal desde su exteriorización, ello no significa, en modo alguno, que deba castigar las simples resoluciones delictivas manifestadas. «La manifestación de voluntad, que es, sin duda, *condición* del castigo, no constituye, todavía, su *fundamento*». Cfr. así, COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 640 s.

(215) Cfr. CUELLO CALÓN, E., *Derecho penal*, 17.^a ed., *op. cit.*, p. 627. Se niega así la posibilidad de diferenciación entre hecho de tentativa peligrosa y no peligrosa. *Vid.*, JESCHECK, H. H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 709. Por tanto, y según la referida perspectiva, lo decisivo para que haya tentativa, no será la real puesta en peligro del objeto de acción protegido por el hecho, sino lo injusto de la acción realizado en el propósito criminal manifestado.

(216) También siguen la misma orientación los correccionalistas, ROEDER especialmente, quien equipara, en general, la tentativa, y sobre todo la frustración, al delito consumado (ROEDER, H., *Erscheinungsformen des verbrechens*, im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie, 1953). Asimismo, la escuela positiva se inspira en igual criterio, llegando a afirmar sus partidarios que, si se llegó a exteriorizar ya la temibilidad del sujeto, resulta indiferente para la reacción social defensiva,

careciendo de importancia, para la estimación de la peligrosidad de la tentativa, que se empleen medios idóneos o inidóneos, o que falte el objeto del delito cuando el agente la considera eficaz (217); bastará para ello con que la conducta en cuestión, según las propias representaciones del autor, infrinja un mandato o una prohibición jurídico-penal, pues la teoría subjetiva, entendiéndola como el mandato que el legislador dirige al ciudadano («norma primaria») (218), considera punible la infracción de la norma penal desde el punto de vista del autor (219). Lo decisivo ya no es el resultado exterior producido, sino las representaciones del autor del hecho en tanto que evidencian su actitud de respeto o menosprecio hacia la norma. Aunque en un principio no se sospechó que esta nueva concepción del Derecho penal pudiese ser utilizada en perjuicio de las libertades del ciudadano, sin embargo, la aparición de los totalitarismos tras la primera guerra mundial puso al descubierto los peligros que la perspectiva intervencionista podía implicar para las garantías del individuo (220).

que el delito pase, o no, del momento de la tentativa hasta alcanzar la consumación. CARELLI consideró a la tentativa como el genuino delito perfecto, pues, desde el punto de vista de la temibilidad y de la adaptabilidad del delincuente, es completamente accidental y accesorio que el delito llegue o no a su consumación [vid. GAROFALO, *Criminología* (traducción española de P. DORADO MONTERO)] 1.^a ed., Madrid, sin año, pp. 291 ss.).

(217) WELZEL, H., *Derecho penal, Parte General, op. cit.*, p. 145; MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (Prólogo de Octavio PÉREZ-VITORIA MORENO; trad. castellano y notas de Derecho español por Juan CÓRDOBA RODA), vol. II, Barcelona, 1962, p. 441 ss. Las primeras tesis del *Reichsgericht* y del propio von BURI perseguían la punibilidad del delito inidóneo por el objeto o por el medio, señalando la necesidad de acudir a la intención del agente frente a la ausencia de nexo causal. Si falta alguna de las condiciones que estructuran el proceso causal (conforme a la teoría de la equivalencia), la tentativa deviene absolutamente imposible, careciendo, consiguientemente, de significación penal las condiciones que sí se realizaron en la realidad (que no condujeron al resultado). Los subjetivistas hacen también una lectura particular de la llamada «teoría subjetiva de la peligrosidad», lo relevante no es la puesta en peligro concreto del bien jurídico a través del comportamiento tipificado, sino la puesta en peligro abstracto del orden jurídico a través de la voluntad de rebeldía.

(218) Que en el pensamiento de BINDING es conceptualmente previa a la Ley penal.

(219) El propio *Reichsgericht* llegó a esgrimir como argumento la controvertida «puesta al revés» de la regla del error del § 59 del Código penal alemán: «Así como el error fáctico, según el § 59 excluye la culpabilidad, así encuentra también consideración, en cambio, en contra del autor, el error que le lleva a la suposición de un requisito del tipo que en realidad no existe». Este razonamiento fue muy contestado por Günther SPENDEL, «Kritik der subjektiven Versuchstheorie», en *Neue Juristische Wochenschrift*, 18. Jahrgang, 14 octubre, 1965, pp. 1881-1888.

(220) A la concepción «social-liberal» iniciada por von LISZT siguió en los regímenes totalitarios un Derecho penal «social-autoritario». Al respecto vid. JIMÉ-

Aquel mismo argumento sobre la trascendencia de las representaciones del autor, llevado hasta sus últimas consecuencias, se utilizó como pretexto para desarrollar el Derecho penal de la voluntad característico del Estado nacional-socialista, el cual marcó su impronta sobre parte de la doctrina penal alemana de los años treinta (221).

En cualquier caso, la doctrina alemana había conseguido poner claramente en evidencia que la voluntad de realizar el hecho delictivo es un elemento constitutivo de lo injusto de la tentativa (art. 43 del Código penal alemán).

4.2 Implicaciones de la teoría subjetiva

La doctrina subjetiva concluyó que, como rasgo fundamental, la tentativa se caracteriza por presentar un déficit en el tipo objetivo, con

NEZ DE ASÚA, L., *Tratado*, II, *op. cit.*, pp. 170 ss., CUELLO CALÓN, Eugenio, *El Derecho penal de las Dictaduras*, Barcelona, 1934. El abuso que ello supuso del programa propuesto por los iniciadores del Derecho penal social no debe, sin embargo, confundirse con los principios, acertados, en los que aquellos mismos se habían inspirado, *vid.*, en este sentido, MIR PUIG, S., *Introducción a las bases...*, *op. cit.*, p. 123.

(221) Fue la llamada Escuela de Kiel, de marcado corte totalitario, la que desarrolló lo que se conoce con el nombre de Derecho penal de la voluntad (*Willensstrafrecht*), en su intento de teorizar un Derecho penal nacional-socialista. Para esta concepción del delito, se veía el hecho delictivo como «un hacer moralmente reprochable, una conducta a través de la cual se expresa la relación entre el autor y la comunidad, su disposición interna, su actitud contraria a la comunidad», y, sirviéndose de aquella nueva concepción de los tipos, conforme a la cual la producción del resultado lesivo ocupaba el segundo plano en la estructura de unos tipos de delito que no se concebían como procesos de causación, y en los que primaban los elementos subjetivos del hecho, llegó a sustituir el Derecho penal del hecho por un Derecho penal de autor. La Escuela de Kiel, con SCHAFFSTEIN y DAHM al frente, vino a elevar a pretensiones científicas los principios del Derecho positivo nacional-socialista. El Derecho penal de la voluntad fue una dirección íntimamente unida a esa ideología política, surgió a su amparo y sucumbió con su derrota. No pretendió nunca, por su propia naturaleza, sujetar al legislador a principios materiales anteriores a él. Fue una tendencia limitada al Derecho positivo y despreció cualquier aportación de la fenomenología. La Escuela de Kiel, como la propia ideología nacional-socialista que representó, hundió sus raíces en el irracionalismo, prescindió del método conceptual y negó la racionalidad del Derecho. Se fijó como objetivo un sistema jurídico de fondo emotivo, constituido sobre la base del sentimiento, con una visión instintiva e intuitiva, que alcanzase una consideración unitaria, totalitaria, completa y concreta del dato jurídico. Este Derecho penal de autor, compartió con el ambiente de la época la atención por lo real-concreto más que por lo abstracto, tendencia característica de la filosofía y el pensamiento, sobre todo, de principios del siglo xx.

ausencia de alguno de sus momentos, mientras que el tipo subjetivo, que coincide con el del delito consumado, se da completo (222). Esa carencia en el tipo objetivo hace que la realidad objetiva resulte absolutamente irrelevante, pues objetivamente no existe lesión alguna, ni siquiera en parte. Por ello es indiferente que el autor se haya servido de medios idóneos o inidóneos para realizar su voluntad, o que el objeto de ataque elegido fuera o no el idóneo (223). Como el fracaso es consubstancial a toda tentativa, el fundamento de punición de la misma sólo puede encontrarse en la voluntad delictiva del autor, lo que desde luego no implica el castigo de la mera intención, desde el momento en que se exige la exteriorización de la voluntad a través de la acción; es decir, que la voluntad del autor deberá haberse objetivado en la acción. Con la teoría subjetiva queda así superada toda la problemática relativa a la tentativa inidónea (224).

El punto de vista subjetivo resuelve negativamente la cuestión de la «materialidad» de la tentativa, que se incrimina al margen de la

(222) Von BURI, *Beiträge...*, *op. cit.*, pp. 53 s., señala que, en la tentativa, la voluntad delictiva es idéntica a la del delito consumado, ya que el resultado de la consumación no puede cambiar en nada la calidad de la voluntad manifestada. —Ahora bien, añadamos nosotros que no cabe igualar cosas desiguales, y no está igualmente exteriorizada esa voluntad en un caso que en otro, aunque esencialmente sean idénticas, pues al autor, que se representó la lesión del bien jurídico, le restó algo por hacer—. En el mismo sentido, JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación* (trad. castellano, Joaquín CUELLO CONTRERAS y J. Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., corregida, Madrid, 1997, p. 866. Tradicionalmente la mayoría de la doctrina ha venido proclamando la total identidad del tipo subjetivo del delito consumado y las denominadas formas imperfectas de ejecución del delito (tentativa y frustración), constituyendo la tentativa y aun la frustración, básicamente un *minus* frente a la consumación, pero sólo en su aspecto objetivo. En su parte subjetiva, las formas de imperfecta ejecución —se afirma generalmente— coinciden completamente con el delito consumado; así, por ejemplo, ANTÓN ONECA, José/RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *Derecho penal. Parte General*, tomo I, Madrid, 1949, p. 417; COBO DEL ROSAL, M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., *op. cit.*, p. 556; RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios*, I, *op. cit.*, p. 81; el mismo, *Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1977, p. 356.

(223) LUDEN fue de los primeros en señalar que toda tentativa es inidónea, en cuanto que no ha conducido a la consumación del delito (*Abhandlungen aus dem deutschen Strafrecht*, tomo I, Gottinga, 1836, p. 475). No obstante, entre los partidarios de la doctrina subjetiva, se admitieron excepciones, así un amplio sector doctrinal defendió la atenuación de la tentativa inidónea frente a la tentativa idónea, *vid.* SCHÜLER, G., *Der Mangel*, *op. cit.*, p. 19. Además, muy raramente se consideró extensible la punibilidad a la tentativa irreal.

(224) Pues si el fundamento de punición estriba en la voluntad objetivamente manifestada de cometer un delito, la existencia de una tentativa punible no puede depender de la idoneidad o inidoneidad objetiva de la acción que se emprenda para su ejecución.

eventual idoneidad o inidoneidad de los actos; rechaza coherentemente la posible distinción entre actos preparatorios y ejecutivos, y admite la relevancia de toda manifestación de la voluntad criminal como exteriorización de una voluntad contraria a la norma (225).

Según la teoría subjetiva, será punible toda acción en la que esté presente la voluntad de cometer un delito; y, correlativamente, puesto que esa voluntad se manifiesta igual en la tentativa acabada y en la consumación, la penalidad habrá de ser también la misma para una y otra (226). Habría que tener en cuenta, no obstante, la posibilidad de atenuar la pena para la tentativa inacabada, al no haberse manifestado en ella plenamente la voluntad delictiva (227).

(225) Von BURI, *Die Lehre vom Versuche*, 1867, pp. 60 ss.; *Versuch und Causalität*, 1880, pp. 321 ss.; GERMANN, *Das Verbrechen in neuen Strafrecht*, Zurich, 1942, pp. 41 ss.; WELZEL, *Derecho penal*, trad. esp., Buenos Aires, 1956, p. 197. Partiendo de unos presupuestos indudablemente distintos, los positivistas italianos alcanzan unos resultados ciertamente próximos a los defendidos por la teoría subjetiva, aunque con unas consecuencias muy diferentes. Aunque admiten igualmente que lo decisivo para la punibilidad de la tentativa no reside en el peligro que, en relación con la acción, pueda existir para el bien jurídico tutelado, fundamentan la punición en la peligrosidad que la tentativa pueda revelar en el agente, así, GAROFALO, R., *Criminología* (trad. castellano por D. MONTERO), Madrid, 1890, pp. 414 ss.; FERRI, *Principios de derecho penal*, trad. esp. R. MUÑOZ, Madrid, 1933, pp. 490 ss.

(226) Así JESCHECK, H. H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 709. Como se hubiera concebido el delito no como lesión sino como «realización de una mala voluntad» (así, Hellmuth MAYER, *Das Strafrecht*, 1936, p. 95) algo que está presente ya en el momento de la tentativa, se planteó la posibilidad de articular todos los tipos penales con la técnica de los delitos de emprendimiento, como «tipos de empresa», y, suprimido, además, el precepto de la Parte General en el que se tipifica la tentativa (*Das Strafrecht*, p. 278), ésta y la consumación llevarían aparejada la misma pena, algo que, no obstante, nunca llegó a encontrar su plasmación en la norma.

(227) JAKOBS, G., *Tratado*, *op. cit.*, pp. 866 s., señala que en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada, existiendo por tanto un déficit de voluntad de ejecución frente a la tentativa acabada y la consumación. En el mismo sentido, STRUENSEE, sostiene esta afirmación al estudiar el tipo subjetivo de la tentativa inacabada («Tentativa y dolo», *op. cit.*, pp. 405 ss.), razonando incluso que la tentativa inacabada contiene en realidad un injusto menor que la tentativa acabada. Algo que la doctrina dominante ni siquiera se cuestiona, porque se ha dado por sentado que en la tentativa el tipo subjetivo debe concurrir íntegramente, tal como en el delito consumado. Cfr. BAUMGARTEN, J., *Die Lehre vom Versuche*, 1888, pp. 348 y 351; BELING, Ernst, *Grundzüge des Strafrechts*, 11.^a ed., 1930, p. 56; GEMMINGEN, V., *Die Rechtswidrigkeit des Versuchs*, *op. cit.*, p. 118; GERMANN, *Das Verbrechen im neuen Strafrecht*, 1942, p. 41; HIPPEL, R. von, *Deutscher Strafrecht*, tomo II, *op. cit.*, p. 369; LAMMASCH, *Das Moment*, *op. cit.*, p. 3; MAYER, M. E., *Der Allgemeiner Teil*, 2.^a ed. *op. cit.*, p. 343; MEZGER, E., *Strafrecht*, *op. cit.*, pp. 379 ss.; NAGLER, *LK* (6.^a ed., 1944), p. 282; SCHWARTZ, *Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich*, 1914, § 43, com. 8, 11.

Desde esta perspectiva, será también la voluntad del autor la que marque el comienzo de ejecución, una cuestión que ya no dependerá de la proximidad de la lesión, sino que queda supeditada a la presencia de la repetida voluntad manifestada de lesionar el bien jurídico, como principal referente.

4.3 Breve reseña de la evolución de la teoría subjetiva

Inmediatamente, para resolver las cuestiones de la tentativa, en Francia, se decantaron por la opción subjetivista un buen número de penalistas modernos como E., Garçon (228), René Garraud (229), Degois (230), Vidal-Magnol (231), M. Frejaville (232), Besson (233), y también R., Saleilles puede ser considerado como partidario de la teoría subjetiva (234); por su parte, en Italia, donde la teoría subjetiva experimentó un nuevo empuje con la idea de la peligrosidad (acuñada por los positivistas), destacan Rafael Garofalo, que subrayó la importancia del hecho intentado como expresión de la voluntad del agente, del mismo modo que ya en el Derecho romano lo realmente trascendente para la tentativa era la intención y no el hecho material (235), Enrico Ferri, para el que constituye tentativa la manifestación suficiente de la voluntad criminal (236), E. Florian, con su *teoría de la peligrosidad subjetiva en concreto*: manifestada objetivamente la voluntad delictiva, corresponde constatar si tal manifestación es reveladora de una individualidad temible (la ley penal se aplica al delincuente socialmente peligroso) (237), así como Giulio Fioretti, que también fundamenta el castigo de la tentativa en la temibilidad del reo

(228) *Code pénal annoté*, 1.^a ed., París, 1901-1902, artículos 2 y 3, §§ 109 ss.

(229) *Traité théorique et pratique du Droit pénal français*, 3.^a ed., París, 1913, tomo I, § 206, págs 472-531.

(230) *Traité élémentaire de Droit criminel*, París, 1911, § 286.

(231) *Cours de Droit criminel et de Science pénitentiaire*, tomo I, *Droit pénal général. Science pénitentiaire*, 9.^a ed., París, 1949, pp. 141-166, §§ 239, 245, y 251.

(232) *Manuel de Droit criminel*, París, 1951, § 27.

(233) «Le délit impossible», en *Revue critique de Législation et Jurisprudence*, 1929, p. 259.

(234) «Essai sur la tentative», en *Revue pénitentiaire*, vol. XI, París, 1897, pp. 53 ss. y 321 ss.

(235) *Criminología*, Turín, 1885, p. 292; el mismo, *Criminología* (trad. castellano por Pedro DORADO MONTERO), *op. cit.*, pp. 298 ss.

(236) *Principii di Diritto criminale*, Turín, 1928, pp. 522-550, sobre todo p. 541; en la traducción castellana de J. A. RODRÍGUEZ MUÑOZ, pp. 487-512.

(237) *Parte generale*, vol. I, 4.^a ed., Nápoles, 1959, pp. 631-672, particularmente, la p. 655.

revelada por la acción criminal (ante la que se produce la reacción social de defensa), mejor que en la potencialidad de la conducta para producir un daño (lo cual supondría admitir el incierto concepto de probabilidad), pues tal peligrosidad únicamente puede estar referida al futuro, a la temibilidad del agente, y no al pasado, a la potencialidad del hecho (probabilidad), que sería un sin sentido (238).

También, con mayor o menor pureza «positivista», han defendido esta idea de la peligrosidad o temibilidad del agente que intenta un hecho delictivo, F. Puglia (239), Luigi Majno (240); A. Pozzolini (241); y, en Francia, Gabriel Tarde (242). La realidad es que estas tesis del positivismo italiano, ya superadas, distaban bastante de los verdaderos contornos del problema, pues, como señalan Luigi Scarano (243), y, también, Orestes Araujo (244), al colocar el acento sobre la capacidad delictiva del sujeto, confunden la razón de la tentativa con la de la reincidencia, y al insertar el conato entre los signos antropológicos, o los datos psicológicos, trastornan todas las bases de la institución.

Sin embargo en nuestro entorno no han sido muy abundantes las opiniones a favor de la tesis subjetiva (pura) (245). Siempre se ha querido excluir de la punición a la «tentativa irreal» (supersticiosa), y a la «tentativa absolutamente inidónea» (burdamente insensata), incluso a pesar del ambiguo tenor del ya histórico art. 52.2 CP introducido en 1944 (actualmente derogado). Algo que no es previsible que suceda en Alemania, donde el párrafo III del § 23 StGB (redacción

(238) «Note critiche sul tentativo», en *Archivio di Psichiatria Sc. Pen. e Antrop. Crim.*, vol. XI, 1890, pp. 469-489.

(239) *Del tentativo*, Messina, 1884, pp. 60 y 73 (existe traducción portuguesa por O. MENDES, *Da Tentativa*, 3.ª ed., Lisboa, 1914).

(240) *Commento al Codice penale*, tomo I, 2.ª ed., Verona, 1902, p. 178.

(241) «Note di studio sul tentativo», en *Revista di Diritto penale e Sociología criminale*, vol. III, 1902, pp. 57 ss.

(242) *La Philosophie pénale*, París, 1890, p. 463.

(243) *Il tentativo*, 2.ª ed., Nápoles, 1960, p. 70 (trad. castellana por ROMERO SOTO, Luis E., *La tentativa*, Bogotá, 1960).

(244) *La tentativa*, Montevideo, Facultad de Derecho, 1958, p. 30.

(245) Muy próximos a ella podemos encontrar los argumentos manifestados por SUÁREZ MONTES, Rodrigo-Fabio, «El delito imposible de aborto en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1966, pp. 215-229. Pero, en su evolución, la tesis subjetiva se ha ido objetivando paulatinamente, así, por ejemplo, tenemos una muestra reciente del enfoque mixto *subjetivo-objetivo* en MORENO-TORRES HERRERA, M.ª R., *Tentativa de delito*, *op. cit.*, p. 27; y un esbozo de la posición *subjetiva-finalista*, también expuesta *infra*, en GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa).

del 10 de marzo de 1987) (246), ha dejado todavía abiertas las puertas para la teoría subjetiva.

4.3.a) LA NATURALEZA DE LA TENTATIVA EN EL PENSAMIENTO DE HANS WELZEL

Entendido que todo delito constituye una concreción de voluntad, Welzel explica que dicha concreción puede verse interrumpida en un momento todavía inicial en la exteriorización de la voluntad, o puede alcanzar hasta la completa ejecución de la decisión. El delito pasa, entonces, por una sucesión continuada de etapas que suponen, por sí, concreciones parciales. Pues bien, en ese *continuum* la tentativa integra la etapa inicial en la concreción del delito. El problema será determinar cuándo comienza, en la referida serie de etapas, el delito como acción merecedora de pena, y cuándo se ha alcanzado ya el delito completo (247).

Así pues, «la tentativa es la concreción de la decisión de realizar un crimen o delito a través de acciones que constituyen un comienzo de ejecución del delito» (248). Señala Hans Welzel que, en esta etapa, si bien el tipo objetivo no está plenamente cumplido, en cambio, «el tipo subjetivo debe existir completamente y, por cierto, en la misma forma como debe ser en el delito consumado» (249).

Para este autor, la acción punible, existe allí donde el agente comienza a ejecutar la propia acción éticosocialmente intolerable, lo que equivale a decir, en la tentativa. «Como lo injusto punible no radica solamente en el acarreo de la lesión de un bien jurídico, sino, precisamente, en la índole de la comisión (en el desvalor de la acción), que está descrita plásticamente en el tipo, así empieza el hacer mere-

(246) «Cuando el autor, por incomprensión básica, haya ignorado que la tentativa, por el tipo de objeto o de los medios que debían emplearse para realizar el delito, no puede llevar a la realización de éste, el tribunal podrá prescindir de aplicar la pena o atenuarla según su justo parecer» [según la traducción de EIRANOVA ENCINAS, Emilio (coord.), *Código penal alemán, StGB. Código procesal penal alemán, StPO*, Madrid, 2000, p. 28].

(247) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 189, respondiéndonos que «la tentativa comienza en aquella actividad con la cual el autor inicia inmediatamente, de acuerdo con su plan del delito, la concreción del tipo penal» (op. cit., p. 194).

(248) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 193. Aclara el padre del *finalismo*, que la energía delictual se muestra con su transformación en el hecho real. El dolo es la voluntad de concreción, y no únicamente en el sentido de la voluntad que tiende a la concreción, sino también en el sentido de la *voluntad apta para la concreción*. «La clase de voluntad que es apta para la concreción del hecho, no surge de su contenido, sino del hecho real determinado por ella» (op. cit., p. 190).

(249) *Derecho penal. Parte General*, op. cit., p. 193.

cedor de pena en la actividad con la cual comienza el autor para ejecutar inmediatamente la acción adecuada al tipo» (250).

Considerando que la *tentativa*, al fin y al cabo no es sino una «etapa» en la concreción del delito, que se castiga siempre cuando es consumado, y «en la medida máxima», se plantea Welzel cuál ha de ser la técnica más adecuada para la incriminación de aquella. «Constituye un problema técnico legal –puntualiza el citado autor– el decidir si en la redacción de los tipos debe incluirse la tentativa en el tipo mismo, por ejemplo, mediante la fórmula: “quien emprende...”. O si se deben formular, en principio, solamente los tipos de delito consumados, situando en una cláusula general, también bajo pena, la tentativa» (251). En cambio, considera que la cuestión a cerca de si se debe punir la tentativa, por principio, en todos los delitos, y, más aún, si se la debe castigar con la misma pena que la consumación, es ya algo más que un simple problema técnico. En este sentido, Welzel contrargumenta que «la posibilidad de una punición más benigna de la tentativa encierra el pensamiento de que en el hecho, que queda detenido en la etapa de la tentativa, la fuerza delictual de la voluntad es, en principio, más débil que en la consumación del hecho» (252).

Hans Welzel concluye que *la punición de la tentativa supone el castigo de la actividad de la voluntad dirigida hacia la completa concreción del delito, y se hace en la etapa en que esa actividad ya no es una preparación sin compromiso, sino que inicia, inmediatamente, la concreción del delito, y en ella, por tanto, la manifestación de voluntad tiene una significación seriamente peligrosa para el orden jurídico* (253).

4.4 Examen crítico de la teoría subjetiva

Aunque la argumentación de la teoría subjetiva es bastante sólida, sin embargo, el argumento de que lo injusto del delito intentado se

(250) Conforme a su concepción, en la referida plasmación externa, a través del acto ejecutivo, de la decisión, se debe distinguir, en el punto de su total realización, entre *consumación formal* y *consumación material*. Formalmente, el delito está consumado cuando, de acuerdo con el tipo penal, la acción ha dado cumplimiento completo al tipo. Mientras que «la consumación material sólo se produce con la obtención del propósito delictual»; *vid.* WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, pp. 191 s.

(251) WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 192, «este último camino es técnicamente más manejable e idiomáticamente más popular,» añade él mismo.

(252) *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 192.

(253) *Vid.* WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General, op. cit.*, p. 195.

centra en el propósito criminal manifestado a través de la acción realizada, debe ser matizado. Pues no es cierto que carezca de relevancia jurídica si dicha voluntad se ha concretado a través de acciones objetivamente idóneas o inidóneas para producir el resultado. Sí es verdad que toda tentativa se caracteriza por no haber producido el resultado perseguido por el autor, y, por lo tanto, pudiera decirse que no hay tentativa idónea, que la inidoneidad para desencadenar el resultado no corresponde exclusivamente a la denominada tentativa inidónea sino que constituye una característica de toda tentativa.

Así, *por ejemplo*, quien dispara con una pistola que, sin él saberlo, está descargada, o introduce la mano con ánimo de hurtar en el bolsillo de otra persona que, sin embargo, está vacío, pone de manifiesto su voluntad de cometer un hecho punible con igual claridad que si se tratara de acciones «idóneas»; por tanto, ahí no radica la diferencia. (254)

Se ha censurado, desde posiciones objetivistas, que la teoría subjetiva termina por conceder al Estado una tarea que excede del papel que le corresponde, pues sirviéndose del Derecho penal como instrumento, trata de invadir la esfera interna de los individuos, controlando sus resoluciones de voluntad, en lugar de ceñirse a la ordenación de la vida en sociedad de los mismos, lo que conlleva una vuelta a la confusión entre Moral y Derecho (más propia de la Edad Media). El Derecho debe erigirse, en términos generales, como tutelador, protector, y conservador de bienes e intereses cons-

(254) En contra, quienes atribuyen al Derecho penal una función protectora de bienes jurídicos, entienden que, para que la norma pueda cumplir adecuadamente su función de protección, es preciso que concurra realmente (objetivamente) y no sólo en la mente del autor, un cierto peligro objetivo; así, COBO DEL ROSAL M./VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho penal. Parte General*, 4.^a ed., *op. cit.*, pp. 273 ss. El injusto, desde una configuración objetiva «pura», se constituye con la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, entendida como la creación de un estado no deseado por el derecho, valorado negativamente por él. Para fundamentar la conminación penal no basta la simple manifestación de la voluntad antijurídica, como sostienen las teorías subjetivas, sino que es preciso que esa manifestación tenga lugar de tal modo que represente, a la vez, un peligro, siquiera sea abstracto, para el bien jurídico (pp. 640-41.). Desde la perspectiva de estos autores, en correspondencia con la sistemática neokantiana, la norma penal es, ante todo, norma de valoración, ya que valora negativamente la creación de un estado perjudicial para el bien jurídico protegido. Esa norma, sólo es norma de determinación al llegar a la culpabilidad. Allí la norma sí obliga al sujeto a omitir un comportamiento, o a realizarlo (omisión) en tanto que, con él, puede evitar un estado antijurídico (lesión de bienes jurídicos), de manera que sólo quien ha podido cumplir el deber individual dimanante de la norma del derecho (siempre norma de valoración) habrá actuado culpablemente (*Derecho penal. Parte General*, 3.^a ed., *op. cit.*, p. 213).

tituidos, y no como un orden meramente imperativista, regulador de las voluntades individuales. La exigencia de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, concreción del principio de ofensividad, resulta inexorablemente unida a una concepción liberal del Derecho penal inspirada en la nítida separación entre Derecho y Moral, que requiere, evidentemente, una concreta exteriorización de la lesividad del delito, como garantía de la libertad e intimidad individuales frente al poder punitivo del Estado. Mientras la concepción predominantemente liberal otorga al Derecho una función protectora de bienes e intereses, la concepción *social* en sentido amplio, puede imprimirle un factor fundamentalmente imperativista, y por tanto, regulador de voluntades. Spendel, partidario de una concepción puramente objetiva (255), argumenta que las representaciones, las resoluciones de voluntad, o una determinada actitud del autor, no pueden constituir el sustento de la pena; que la pena debe fundamentarse en hechos, por lo menos para el Derecho penal de la consumación, el Derecho penal del hecho (256).

(255) Tomando como punto de partida el peligro para el bien jurídico como fundamento de la punición de la tentativa, entiende SPENDEL que dicho peligro, consecuencia de la acción realizada por el autor, debe determinarse a través de un examen «*ex ante*» de la misma, que permitirá constatar la tendencia objetiva a la lesión del bien jurídico, exceptuando todas las circunstancias del hecho actuales, independientes del autor, en particular el objeto de la acción, que han de ser objeto de una consideración «*ex post*». Para Günther SPENDEL la acción, que se evidencia a través de su desarrollo, y por lo tanto experimenta una transformación, es incierta; por contra, las restantes circunstancias del hecho, sobre todo el objeto de ataque, vienen establecidas desde el inicio y, en consecuencia, son ciertas, aunque sólo sean constatables posteriormente («*Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie*», en *Festschrift für Ulrick Stock, Würzburg, 1966*, p. 104 ss.). Por un lado, habrá que acudir al examen «*ex ante*» para constatar el peligro, y poder hablar de tentativa peligrosa, y, por otro, resulta imprescindible tener en cuenta el examen «*ex post*» para evitar que el propio concepto de peligro se desvanezca. SPENDEL ilustra su razonamiento con una serie de ejemplos como los siguientes: El sujeto que, con dolo de matar, únicamente consigue producir una inofensiva herida leve a un hemofílico, cuya enfermedad no conocía ni era posible conocer objetivamente «*ex ante*», y que sobrevive gracias a los excepcionales recursos médicos que se le aplican, deberá ser castigado por tentativa de homicidio, ya que el juicio «*ex post*» demuestra la peligrosidad de la acción, que no se advertía «*ex ante*». Por el contrario, no existe ninguna tentativa punible, pues no se da ningún peligro para el bien jurídico, cuando la mujer no encinta, cuyo médico había diagnosticado que se hallaba embarazada, realiza prácticas abortivas con un medio idóneo, ya que, en la realidad, falta el objeto del ataque, como queda patente con posterioridad («*ex post*»).

(256) No obstante, la concepción del Estado como Estado social se ha traducido en posturas aparentemente menos radicales, y así recientemente, desde posiciones funcionalistas, se ha propuesto determinar la punibilidad en atención a la lesividad social del comportamiento. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., recoge las diferentes

En su defensa, los partidarios de la teoría subjetiva de la tentativa han insistido en que no se trata de castigar la sola voluntad del autor, sino, antes bien, condicionar la punición a la manifestación externa de la voluntad delictiva, a través de los actos, negando por tanto, la persecución de la «nuda voluntad» o de la mera actitud de contradicción con los valores vigentes a través de las normas penales. El Derecho únicamente castigará aquellas voluntades que se hayan convertido en actos, por consiguiente es incorrecto afirmar que la teoría subjetiva de la tentativa se aparta del Derecho penal del acto.

La diferencia estriba en que la teoría subjetiva sólo concede importancia al hecho en tanto que constituye el reflejo objetivo de la voluntad, contraria a la norma, que se manifiesta exteriormente. Por eso, lo fundamental para el Derecho, siguiendo la argumentación de la teoría subjetiva, se encuentra en la actitud interna del autor, que ya se ha verificado por medio de la acción, careciendo de cualquier relevancia si esa acción poseía o no verdadera capacidad objetiva para producir el resultado, y al margen de la repercusión social que desencadene, o, en otras palabras, con independencia de su dañosidad social. Se le critica, en cambio, que considerando que la principal función que debe cumplir el Derecho es la que le corresponde como instrumento social de ordenación de la vida en comunidad, la antijuricidad no puede presentarse tan sólo como un mero reproche de actitudes ético-individuales, sino que deberá configurarse además aportando algún componente de carácter objetivo (257).

Precisamente, a la hora de establecer la frontera para la punibilidad de un determinado intento de delito, los propios representantes de la teoría subjetiva terminan por recurrir, en la mayoría de los casos, a parámetros objetivos, dado que, al considerar punible toda voluntad manifestada contraria a Derecho, situando el comienzo de ejecución en el instante de la exteriorización de la voluntad de atentar contra el bien jurídico, adelantan en exceso las barreras de protección penal ya que la

posiciones doctrinales y jurisprudenciales en su estudio «Principio de ofensividad...», *op. cit.*, pp. 10 ss.

(257) MIR PUIG, S., *Función de la pena...*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 62, ha señalado, respaldándose precisamente en nuestro Derecho constitucional, que en un Estado democrático de Derecho, el objeto de la prohibición, contenido de la norma penal, no puede circunscribirse exclusivamente a la resolución de voluntad contraria a ella, «ya que el fuero interno no constituye el ámbito que persigue regular, que es el de los procesos de interacción social». Así pues «no bastaría para el injusto tal resolución por sí sola, sino que se precisa su efectiva exteriorización, en una conducta que pueda modificar las expectativas sociales, que es lo único que la norma puede prohibir en un Estado social y democrático de Derecho».

voluntad delictiva puede haberse comenzado a exteriorizar en un momento todavía muy lejano a la producción efectiva del resultado, ampliando así el ámbito de la tentativa a costa de la preparación (por lo general, impune); se reprocha incluso, a la concepción puramente subjetiva, que no permite excluir de la punibilidad a la tentativa irreal, cuya impunidad es generalmente aceptada por la doctrina (258). En este sentido, además, se dice que la teoría subjetiva plantea un problema de límites, al despreocuparse de la delimitación entre la tentativa inidónea (punible) y la tentativa irreal (impune), pues, desde el punto de vista de la voluntad manifestada, no ofrecen diferencias (259).

5. REFORMULACIÓN DE LO INJUSTO DE LA TENTATIVA A LA LUZ DEL FINALISMO

Bajo mi punto de vista (260), en el «injusto» de la *tentativa* («inacabada»), con lo que nos encontramos es con un comportamiento humano consistente en comenzar a ejecutar el *injusto* del delito proyectado. En su *aspecto subjetivo*, el autor se representa *anticipadamente* la producción del resultado («muerte de B») con la interposición de un nexo causal adecuado, válido conforme a las leyes generales de la causalidad, y un objeto de ataque idóneo típicamente. Ahora bien, este *dolo* (*tipo subjetivo*) que ya, *ab initio*, es «dolo de causar» sólo se verá plenamente exteriorizado cuando en la realización exterior del *injusto*, del *tipo objetivo*, el autor, conforme a lo que planeó, haya acompañado sus representaciones con la objetiva materialización de las circunstancias que, en la realidad, ejecutan el tipo. Y hasta tanto eso no sea así, el *dolo*, siendo «dolo de causar», no será «dolo del hecho íntegro», esto es, no se habrá exteriorizado en su plenitud, sin dejar de ser, ello no obstante, «dolo de causar» típico (sin dejar de haber, pues, «tentativa inacabada») (261). Pues el *dolo*

(258) *Vid.*, por todos, JESCHECK, H.-H., *Tratado*, vol II, *op. cit.*, p. 701.

(259) Desde esta perspectiva se argumenta que, con la teoría subjetiva, resulta muy difícil establecer cuándo una determinada conducta pertenece a un grupo o al otro y por qué. Así, por ejemplo, quien intenta envenenar a la víctima, suministrando una dosis insuficiente (insignificante) de veneno, ¿está cometiendo una tentativa irreal (impune) o se trata de una tentativa inidónea (punible)?

(260) Partiendo de la doctrina del injusto personal, tal y como ya apunté *supra* en el apartado 3. 7. c. *Vid.*, también, GONZÁLEZ MATEOS, J. C., «Esencia del injusto penal...», *op. cit.* (en prensa), el mismo, «La penalidad de la tentativa», *op. cit.* (en prensa).

(261) Cfr. JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General*, 2.^a ed., *op. cit.*, p. 866, para quien, aun cuando el tipo objetivo no está completo en la tentativa, el tipo subje-

(*aspecto subjetivo del injusto* (262), en congruencia acompasada con las circunstancias (representadas) que en la realidad llevan a cabo el tipo, se hace más «perfecto» cuanto más perfecto es el *tipo objetivo* (del delito propuesto) cumplido en la realidad.

En cuanto al *aspecto objetivo* del «injusto» de la *tentativa*, deberá el autor, con su comportamiento, ejecutar un acto exterior que materialice el inicio de la realización del delito (aquél que el autor se ha propuesto perpetrar). Por consiguiente, aun cuando la tentativa presenta su *injusto* característico, que la distingue y fundamenta su anti-juricidad frente al delito, es preciso, no obstante, referirla a la realización de alguno de los delitos específicamente tipificados en la Parte Especial. La razón de esta aparente «necesidad de complementación» no es otra que la economía legislativa. En verdad *no hay dependencia* entre el tipo de injusto de la tentativa y el correspondiente al delito, pues aquél existe, por sí, con independencia de que se constate después, o no, el *injusto del delito* [lo que explica que pueda haber «tentativa inacabada» –consideración *ex ante*– en los supuestos en los que jamás podrá haber «tentativa acabada»/delito (*imposible*) –*ex post*–]. Por esto, verdaderamente no se trata de una «dependencia» de la tentativa con respecto al delito, sino que, más bien, siendo necesario que la conducta prohibida suponga un ataque para algún bien jurídico objeto de tutela penal, los bienes jurídicos se hayan protegidos específicamente en la Parte Especial del Código, lugar donde, además, se contemplan, junto a ellos, las diversas modalidades de ataque, prohibidas por insoportables. Más bien hay que reconocer que lo delictivo (= lo injusto) presenta como ingredientes esenciales siempre: el comportamiento humano (que se trata de normar/prohibir) y (en función de) el bien jurídico (que se trata de preservar). Eso es lo que, en todo momento, tendrán en común *tentativa y delito* (léase,

tivo, por el contrario, debe darse plenamente, con el mismo contenido y en la misma forma que es necesario para la punición del delito doloso consumado. Naturalmente, en la tentativa inacabada la voluntad de realizar el último acto parcial no está aún ejecutada (*nota bene*); en esa medida existe un *déficit de voluntad de ejecución* frente a la tentativa acabada y a la consumación. En el sentido del texto, sin embargo, dado que en la tentativa («inacabada») aún no está completo el «acto de voluntad», de acuerdo con Eberhard STRUENSEE, *Armin Kaufmann-Gedächtnisschrift*, pp. 528 ss., 532 s., el tipo subjetivo estaría sin desarrollar plenamente, «atrofiado», frente a como ocurre en la «tentativa acabada», y en la consumación. Con la consecuencia de que la «tentativa inacabada» infringe norma distinta que la acabada.

(262) Recuérdese que el *dolo*, como *elemento subjetivo del injusto* del tipo (doloso / imprudente), está referido a la representación del tipo objetivo. Siendo el concepto de dolo, único, ese modelo único debe ser aplicado unitariamente, atendiendo a la configuración de los tipos objetivos.

artículo 15.1 CP-1995: «Son punibles el delito consumado y la tentativa de delito») en tanto que expresiones de lo injusto (aquella, más remota; éste, más próximo –«lo más remoto»/«lo menos remoto» que el comportamiento humano pueda llegar a estar, de la lesión del bien jurídico–) (263).

Hubiera sido deseable, pues, que, en el nuevo Código penal, el legislador hubiera saldado esta pequeña «deuda histórica» para con la tentativa: su contemplación puntual también en la Parte Especial, como se ha hecho ya –acertadamente por otro lado– con el delito imprudente y algunos actos preparatorios. Una regulación sin duda mucho más adecuada y respetuosa con las exigencias de seguridad y certeza.

El *menor-injusto* de la tentativa se distingue entonces porque en ella el *disvalor acción* tiene como meta no sólo el *disvalor resultado* (en eso coincide, hemos concluido, con la forma más perfecta del delito), sino, además, inmediatamente, el *disvalor acción* del delito a realizar y con él, al final, su correspondiente *disvalor resultado* [entendido éste, todo el tiempo, como resultado-intencionado *ex ante*, y como «condición objetiva de punibilidad por delito consumado –y sólo para el caso de la consumación, *no en la tentativa* (264)– *ex post*]. En mi opinión, *aquí está la clave para entender y fundamentar adecuadamente el castigo del delito intentado*.

En la *tentativa* no está todavía presente, en la realidad, el (*quantum* del) injusto en el que se basa el delito (obviamente, hasta alcanzar la plenitud o «tentativa acabada»). Lo que hay, lo único que sirve de soporte y permite la imputación (265), es la *exteriorización* sólo inicial de lo representado por el autor: aquí está su esencia, ese es su (*menor-*) *disvalor acción*, que propende a la completa realización del *disvalor acción* (todavía en la *psique*) al que seguirá, según se espera

(263) Léase, ahora, el contenido del vigente artículo 16.1 CP (+ artículo 62 CP) = *concepto unitario de injusto*, «*ex ante*».

(264) En contra de lo que parece «conceder» a las teorías objetivas CUELLO CONTRERAS, J., *El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa*, *op. cit.*, p. 297.

(265) JAKOBS, G., «Tätervorstellung und objektive Zurechnung», (Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN. Carl Heymanns Verlag KG, Köhl, Berlin, Bonn, München, 1989, pp. 271 - 288 (trad. castellano, por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales*, 1991, p. 494, critica la formulación de Armin KAUFMANN, según la cual lo *decisivo* es la cadena de condiciones del resultado que han sido puestas en marcha por el autor, pues si así fuera, «entonces la tentativa inacabada no debiera ser punible, pues en ella el autor tiene aún en su mano la última decisión sobre si realizar el hecho; es decir, la causación del resultado aún no es plena».

por la experiencia (todo lo más, habida cuenta del componente aleatorio en su concreción efectiva), el *resultado* al que tiende (*disvalor resultado* que, en todo caso, es ajeno al injusto; y, en la tentativa, ajeno también a su mayor o menor punición: sólo en la consumación «cuenta», *ex post* para incrementar la pena). *¡Por esto es «peligrosa» la tentativa, y por eso se pune!* (266).

(266) Es compatible así la apreciación de JAKOBS, G., *Derecho penal. Parte General, op. cit.* (núm. 7), 25/21, de que «hay tentativa y no sólo injusto intentado de una consumación, porque también la tentativa conforma un pleno quebrantamiento de la norma», *de la norma que prohíbe la tentativa* –debemos, modestamente, añadir–. Dicho de un modo más preciso, «porque la tentativa constituye la ejecución de un comportamiento que expresa de manera plena la no observancia de la norma por parte del autor».