



SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL (*)

Santiago Mir Puig

Catedrático de Derecho penal
Universidad de Barcelona

SUMARIO:

I. La tentativa inidónea en el nuevo Código penal

1. El debate abierto sobre la punibilidad de la tentativa inidónea por la regulación de la tentativa en el Código penal de 1995

2. Las razones de una y otra posición

3. Distintos sentidos posibles del "objetivamente" del art. 16 CP:

A) Objetividad como efectiva correspondencia con la realidad

B) Objetividad como intersubjetividad ex ante

4. Dos conceptos de tentativa inidónea

5. La distinción de tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea

II. Fundamento político-criminal de la punibilidad de la tentativa inidónea

1. El peligro para un bien jurídico como fundamento de la tentativa inidónea

2. Utilidad de la punición de la tentativa para la protección de bienes jurídicos

3.

A) Tentativa idónea y delitos de peligro concreto

B) Tentativa inidónea y delitos de peligro abstracto

C) La tentativa idónea no siempre genera mayor peligro ex ante que la inidónea

4. Conclusiones

I. La tentativa inidónea en el nuevo Código penal

1. El debate abierto sobre la punibilidad de la tentativa inidónea por la regulación de la tentativa en el Código penal de 1995

El Código penal de 1995 ha operado dos modificaciones en la regulación de la tentativa que han abierto un debate sobre si sigue siendo o no punible la tentativa inidónea en el Derecho español. La primera modificación es la supresión de la referencia que hacía el Código penal anterior a la tentativa inidónea; la segunda es la exigencia, para la presencia de tentativa, de que se realicen "actos que *objetivamente* deberían producir el resultado" (art. 16 CP) (1).

En el Código anterior se mencionaba expresamente la tentativa inidónea en el art. 52, párrafo segundo, que señalaba la misma pena prevista para la tentativa (inacabada) a los "casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito". Esta referencia ha desaparecido en el nuevo Código. Ello se ha interpretado por un sector de la doctrina (2) y de la jurisprudencia (3) como expresión de la voluntad de suprimir la punición de la tentativa inidónea.

La exigencia expresa en la definición de tentativa del art. 16 del Código actual de "actos que *objetivamente* deberían producir el resultado" podría entenderse como confirmación de la desaparición de la tentativa inidónea en el nuevo Código. En esta línea parece argumentar la Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996. También *Cerezo Mir* (4) se apoya en la nueva exigencia de objetividad en los actos ejecutivos para afirmar que "una de las grandes innovaciones del nuevo Código consiste en la impunidad de la tentativa inidónea o imposible" (5).

Sin embargo, la mayoría de los autores no han entendido de este modo las indicadas modificaciones, que a su juicio no imponen la impunidad de toda tentativa inidónea, sino sólo de algunas de ellas: las no peligrosas *ex ante*, como la tentativa irreal y la supersticiosa (6), y/o, desde otra terminología, las absolutamente inidóneas (7). Y cuando *Cerezo Mir* afirma que en el nuevo Código la tentativa inidónea es impune, lo hace utilizando un concepto de tentativa inidónea distinto al tradicional y considerando inidóneas las tentativas no peligrosas *ex ante* para una persona media en la posición del autor, de modo que de hecho viene a coincidir con la opinión mayoritaria al considerar que sólo se excluyen estas tentativas no peligrosas *ex ante* (que generalmente se llaman *irreales* o *supersticiosas*) y no las tentativas peligrosas *ex ante* que normalmente se denominan inidóneas (8). Por último, un sector opina que el actual Código penal permite castigar incluso las tentativas no peligrosas *ex ante* (9).

Existen también Sentencias del Tribunal Supremo posteriores a la entrada en vigor del Código penal actual que parecen suponer que sigue siendo posible castigar la tentativa inidónea. Así, la STS de 16 de diciembre de 1996 considera aplicable el Código penal anterior y estima tentativa inidónea sin invocar el nuevo Código ni su aplicación retroactiva, como habría sido necesario en caso de creer que en éste último hubiera dejado de ser punible la tentativa inidónea (10). Y la STS de 30 de marzo de 1998, que cita a su favor esta Sentencia y la de 23 de septiembre de 1996, declara de forma más explícita que, aunque "el Código penal actual no contiene un precepto que sancione tan explícitamente la tentativa inidónea o el delito imposible, sin embargo ello no puede significar que para el legislador de 1995 la conducta descrita -no socorrer a la víctima del propio accidente creyendo que había quedado herida cuando en realidad falleció al instante- deje de ser socialmente reproachable e impune, antes bien al contrario".

Pero la STS más clara en este sentido fue la de 21 junio 1999, que proclamó expresamente la punibilidad de la tentativa inidónea en la que "los medios utilizados, 'objetivamente' valorados '*ex ante*' y desde una perspectiva general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico (de lesión o de peligro)" (11).

Un primer balance de la doctrina y la jurisprudencia vertidas desde la entrada en vigor del Código penal de 1995 permite afirmar, pues, tres cosas: 1) que este Código permite defender en mayor medida que el anterior la impunidad de la tentativa inidónea, cosa que hace un sector doctrinal y alguna Sentencia del Tribunal Supremo; 2) que, no obstante, la doctrina mayoritaria y otras Sentencias del Tribunal Supremo consideran que el nuevo Código no impide castigar a toda tentativa inidónea; 3) que la doctrina más extendida cree que el Código penal actual excluye la punibilidad de las tentativas no peligrosas *ex ante* para una persona media dotada de los conocimientos de la situación que tiene el autor al actuar, lo que excluye la punibilidad de la tentativa irreal y de la tentativa supersticiosa, mientras que un sector, que sigue utilizando la distinción entre tentativas absolutamente inidóneas y tentativas relativamente inidóneas, considera excluido el castigo de las primeras.

2. Las razones de una y otra posición

Profundicemos algo más en las razones que enfrentan a las dos posiciones mencionadas (1 y 2).

Empecemos por la primera de las señaladas. ¿Por qué unos consideran que la supresión de la referencia a la tentativa imposible del anterior art. 52, 2 CP supone la supresión de la punibilidad de esta clase de tentativa, en tanto que los otros no extraen esta consecuencia? La respuesta depende, en

parte, de un debate ya existente en torno al significado del anterior art. 52, 2 CP. Para un sector de la doctrina la introducción de este precepto vino en su momento a permitir la punición de la tentativa inidónea, que no cabría en las definiciones de tentativa y frustración del art. 3 del anterior CP (12). Para otra parte de la doctrina, en cambio, estas definiciones generales de tentativa incluían los casos de tentativa inidónea punibles, limitándose el art. 52, 2 a establecer una regla de determinación de la pena, que señalaba a dichos supuestos la pena de la tentativa (inacabada) (13). La supresión de la disposición del anterior art. 52, 2 había de tener distintas consecuencias para cada una de estas posiciones. Sólo había de determinar necesariamente la exclusión de la punibilidad de la tentativa inidónea para quienes partiesen de la base de que esta figura no tenía cabida en las definiciones generales de tentativa y frustración, sino sólo en aquel precepto. Para los demás lo decisivo es sólo si la definición de tentativa del actual Código continúa o no incluyendo supuestos de tentativa inidónea como el anterior art. 3.

Esto último depende, como adelantábamos más arriba, de la interpretación que se dé a la nueva expresión "actos que *objetivamente* deberían producir el resultado". Esta es la única modificación de la definición de tentativa que resulta relevante para la cuestión que estamos tratando. La unificación en una sola de las definiciones anteriores de tentativa (inacabada) y frustración (tentativa acabada) no afecta a dicha cuestión.

Pero que la actual definición de tentativa incluya o no casos de tentativa inidónea, depende también del concepto que se maneje de tentativa inidónea: *ex ante* o *ex post*.

Veamos estas dos cuestiones.

3. Distintos sentidos posibles del "objetivamente" del art. 16 CP

La nueva exigencia del art. 16 CP de que los actos ejecutivos tengan que ser de tal entidad que "objetivamente deberían producir el resultado" puede ser interpretada de dos modos: dando al adverbio "objetivamente" el sentido más fuerte del término, que exige correspondencia con la realidad, o entendiendo que sólo requiere intersubjetividad. La primera interpretación obliga a tener en cuenta todos los elementos realmente concurrentes en el intento, tanto los que conocía el autor, como los que antes o después se pongan de manifiesto. Si, por ejemplo, el sujeto disparó con una pistola que creía cargada con ánimo de matar, habría que decir que "objetivamente" el disparo no podía producir el resultado de muerte, y ello aunque cualquier persona hubiera podido creer *ex ante* que la pistola estaba cargada -como sucedería si la pistola hubiera sido cargada por el autor y descargada por otro poco antes del hecho aprovechando un descuido del primero-. La segunda interpretación se conforma con que al emprender el intento y antes de que éste se demuestre fallido (*ex ante*) cualquier persona normal en la posición del autor habría considerado posible que produjera el resultado típico. En el ejemplo propuesto, el disparo se presentaría *ex ante* como peligroso, aunque *ex post* se comprobase que no podía salir ninguna bala de la pistola. Aquí "objetivamente" significa "intersubjetivamente", para cualquier sujeto normal.

A) Objetividad como efectiva correspondencia con la realidad

A primera vista podría parecer preferible la primera interpretación, que entiende la *objetividad como efectiva correspondencia con la realidad*, por ser más estricta y favorecer al reo. Pero no es admisible, porque llevaría al absurdo de dejar sin contenido posible el concepto de tentativa. En efecto, como se ha señalado repetidamente (14), desde un punto de vista estrictamente objetivo que tome en cuenta todos los elementos del intento que lleguen a conocerse, también *ex post*, ninguna tentativa que haya quedado en tal podía producir el resultado típico. Si un intento no ha producido el resultado es porque objetivamente (en el sentido fuerte) no podía producirlo, porque algo había en él de defectuoso o inadecuado que ha impedido que alcanzase su objetivo (aunque sólo fuese por haberse efectuado en un momento inadecuado, por ejemplo, cuando la policía estaba cerca y apareció, o cuando la víctima está ausente por razones excepcionales del lugar de la explosión). En un sentido estrictamente objetivo, sólo los actos ejecutivos que acaban consumando el hecho contenían todos los elementos necesarios para afirmar que "debían producir el resultado". El disparo que no mata, sino que sólo hiere, estaba dirigido de tal modo que objetivamente no podía matar, habida cuenta de todos los elementos concurrentes en la situación. Esto es así incluso en el caso de que el disparo saliese perfectamente orientado hacia un órgano vital de la víctima, pero no lo alcanzase por haber sufrido ésta un desmayo en el último momento: si el desmayo tuvo lugar es porque había causas que

objetivamente lo determinaron. Todo lo que impide que un intento consiga su objetivo se debe a causas previamente concurrentes que objetivamente habrían de acabar impidiéndolo. Así lo impone la ley de la causalidad, según la cual todo lo que sucede en el mundo macroscópico (dejemos aparte el comportamiento de los electrones), es efecto necesario de un conjunto de causas. Aunque el indeterminista excluya de dicha ley los actos voluntarios del ser humano, la misma seguirá impidiendo afirmar que en buena parte de casos considerados de tentativa idónea objetivamente (en un sentido estricto) fuera posible producir el resultado. Es el caso del desmayo que acabamos de proponer, como lo sería el de la flecha en principio perfectamente dirigida por el campeón olímpico pero que no alcanza su meta por efecto de un posterior fuerte golpe de viento inesperado. Y no parece que estos casos merezcan mejor trato (impunidad) que el de aquéllos en que el intento se ha frustrado por obra de una intervención humana voluntaria inesperada (por ejemplo, porque la víctima se mueve en el último momento).

Se desprende de lo anterior que una interpretación estricta del "objetivamente" del art. 16 CP, que incluya los datos conocidos *ex post* (aunque también sean teóricamente cognoscibles *ex ante* por un espectador omnisciente), conduciría al absurdo. Hay otros dos elementos en la definición de tentativa del art. 16 que se oponen también a dicha interpretación.

Por una parte, la propia literalidad de dicha definición se refiere a los casos en que el intento no ha producido el resultado "por causas independientes de la voluntad del autor". Ello supone admitir que el fracaso del intento se deba a causas que, según la ley de la causalidad, lo hayan determinado objetivamente (en un sentido estricto). Y es incompatible con exigir al mismo tiempo que el intento pudiera producir objetivamente (en sentido estricto) el resultado. Por lo demás, no parece razonable excluir del término legal "causas" los actos voluntarios de la víctima o de terceros que impidan la consumación.

Por otra parte, el verbo utilizado por la ley junto al "objetivamente" -"deberían"-, hace aún más inviable la interpretación estricta de aquel adverbio. El art. 16 CP no se limita a exigir que los actos ejecutivos *pudieran* producir el resultado típico, sino que dice que "deberían" producirlo. Una interpretación estricta del "objetivamente" obligaría a restringir la tentativa punible a los casos en que era necesario objetivamente que el intento produjese el resultado. Pero si era *necesario* objetivamente que se produjera el resultado, es que éste *no podía* dejar de producirse: se hubiera producido, y entonces no tendríamos tentativa, sino consumación. No quedaría ningún caso posible de tentativa incluíble en el art. 16 CP, que requiere que el resultado no se produzca. Y sería aún más evidente la contradicción entre exigir que el intento debiera producir necesariamente el resultado y que no lo haya producido por "causas" objetivas.

B) Objetividad como intersubjetividad *ex ante*

El verbo "deberían" sólo puede interpretarse, sin dejar sin contenido la definición del art. 16 CP, en un sentido de pronóstico *ex ante* efectuado por un sujeto. Pero este sujeto no puede ser el mismo que realiza la tentativa, porque ello lo impide el adverbio "objetivamente", que cierra el paso a una concepción puramente subjetiva de la tentativa en el actual Derecho penal español. No basta que el autor del intento desee producir el resultado o crea que puede producirlo. La exigencia de objetividad no puede tomarse en su sentido más estricto, pero sí en el sentido de una *intersubjetividad que trascienda al sujeto actuante*. Es la perspectiva que adoptamos en la imputación *objetiva*: la perspectiva del hombre medio diligente.

Sin embargo, como en la imputación objetiva, es inevitable tener que imaginar a esta persona ideal *en la posición del autor*. Sin dejar de tener el juicio propio de una persona prudente medianamente inteligente, pero puesto en el lugar del autor. Sólo así podemos dejar de imputar objetivamente la muerte del tío rico a quien el sobrino ha hecho subir al avión que ha explotado por una bomba: nadie en la posición del sobrino podía imaginarlo, pero sí quien, en otra posición, supiera de la colocación de la bomba; a éste debería imputarse el hecho, pero no a aquél. También en la tentativa hay que adoptar la posición del autor.

a) Pero la tentativa no es la consumación, en ella no hemos de imputar la realización de un riesgo típico, sino sólo el intentar realizarlo sin conseguirlo. Sólo hay que preguntar si para cualquier persona medianamente inteligente y juiciosa puede hablarse realmente de un intento serio, de un intento que una persona media podría realizar si quisiera pretender el resultado, aunque pudiera fracasar. Esto *puede* entenderse en un sentido más vinculado a los *conocimientos* y *desconocimientos*

del autor que en la imputación objetiva del hecho consumado -aunque también cabe desechar esta diferenciación, como veremos-. Así, mientras que para la imputación objetiva del resultado típico imaginamos a una persona media que no sólo conociera los datos de la situación como el autor, sino con los conocimientos que *tendría* dicha persona imaginaria, además de los conocimientos especiales de la misma, en la tentativa podría considerarse preferible imaginar a dicha persona ideal con los mismos conocimientos y desconocimientos de la situación que tuviera el autor. Por ejemplo, si el autor intenta matar con una pistola que cree adecuada pero que en el último momento se encasquilla, podemos decir que cualquier persona inteligente y juiciosa que desconociera, como el autor, que la pistola iba a encasquillarse, consideraría que con ella podía matar. Podría hacerse abstracción aquí de si una persona prudente habría comprobado el estado del arma antes de utilizarla y habría advertido que fallaba. Bastaría para la seriedad objetiva del intento que la persona imaginaria que desconociera lo que desconoce el autor creyera posible que alcanzara su objetivo. Ello sólo dejaría de ocurrir cuando el autor atribuyese a sus actos una virtualidad causal inexistente, como en la tentativa irreal (el sujeto cree que puede envenenar con azúcar, sabiendo que es azúcar) o en la supersticiosa (el sujeto cree que puede matar mediante prácticas supersticiosas). La objetividad (intersubjetividad) de la tentativa sólo requeriría enjuiciar su viabilidad con los conocimientos *nomológicos* de una persona juiciosa (además de aquéllos que por razones especiales pudiera tener el autor).

Ésta es la concepción asumida por el § 22 del StGB alemán, según el cual hay tentativa cuando el sujeto "*según su representación del hecho* inicia directamente la realización del tipo" (15). Y es la posición que Gimbernat, Bacigalupo y Gracia Martín defienden a la vista del art. 16 CP. El primero entiende la objetividad requerida por el art. 16 CP en el sentido de valoración del intento por un "hombre medio (objetivo)", con base en "un conocimiento objetivo de las leyes de la naturaleza", pero "con el mismo conocimiento (más o menos amplio) de los hechos que el autor" y, por tanto, "con el mismo desconocimiento parcial del autor" (16). La tentativa que no da lugar a la consumación supone siempre la existencia de un error en el sujeto. Se castiga porque si éste "no se hubiera equivocado hubiera podido realizar su propósito". "Objetivamente" quiere decir que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que el plan de éste debe tener un fundamento racional (objetivo)" (17). No es necesario que pueda efectuarse un juicio de previsibilidad objetiva *ex ante*, que requeriría tener en cuenta no sólo los elementos de la situación conocidos efectivamente por el autor, sino también los *cognoscibles* por una persona prudente, sino que basta que el plan del autor se base en una representación de la realidad que, si se correspondiera con ésta, sería adecuado para producir el resultado típico (según las leyes causales generalmente admitidas): "*si las circunstancias que el autor imagina se dieran en la realidad*, los actos ejecutivos que realice deberían producir objetivamente el resultado" (18).

Ésta es una *posible* interpretación del art. 16 CP que parte de la representación subjetiva de las circunstancias de la situación que tenga el autor y que, para dar cumplimiento al requisito de objetividad que aquel precepto impone, sólo añade el conocimiento de las leyes causales (nomológico) aceptadas generalmente en una determinada sociedad. Esta concepción reduce al mínimo la exigencia de objetividad de la definición del art. 16. Pero también es posible otra interpretación que, sin llegar a requerir una estricta objetividad (a descartar por lo dicho más arriba), aumente el grado de intersubjetividad necesario para la punición de la tentativa.

b) Esta otra interpretación emplearía el criterio manejado por la teoría de la adecuación y por la teoría de la imputación objetiva del juicio *ex ante* de una persona inteligente y prudente que contase con los *conocimientos de la situación que tuviera el autor* más los que tendría *dicha persona imaginaria* (19). En el ejemplo propuesto de la pistola que se encasquilla, si una persona prudente habría detectado este fallo porque habría comprobado el estado del arma antes de usarla, habría que negar la existencia de adecuación objetiva (intersubjetiva) del intento y, por tanto, su punibilidad.

Pero esta versión más objetiva entraña dos dificultades.

a') La primera es que extiende un baremo pensado para la imputación de un resultado producido a un caso en cierta forma inverso, el de *no* producción del resultado pretendido, con la consecuencia de que aquí conduce a la impunidad de intentos que normalmente consideramos punibles.

Cuando en la tentativa hay un desconocimiento de un elemento que la hace fracasar se produce un *error inverso* al que se da en quien causa un resultado lesivo en un error de tipo. Cuando éste se da es en un sujeto que *no quiere la lesión*, y suponemos que si el autor hubiera advertido el error habría dejado de realizar la conducta lesiva. Entonces podemos decir que el error es imprudente, porque

quien no quiere la lesión ha de hacer lo que haría una persona prudente para evitarla. En cambio, el desconocimiento de la inadecuación de una tentativa concurre en una persona que *quiere la lesión*, y hemos de suponer que si advirtiera el error subsanaría el defecto de su intento. Evitar el error de tipo supone evitar la lesión, mientras que, por el contrario, evitar el error inverso que se da en una tentativa inidónea significaría hacerla más adecuada para producir la lesión. La no evitación del error de tipo vencible se reprocha como causa de la no evitación de la lesión; al contrario, en la tentativa la no evitación del error inverso (desconocimiento del defecto) no puede reprocharse como causa del intento de lesión, porque este intento no procede del error, sino que éste es un obstáculo para el intento. La tentativa no puede desvalorarse por el desconocimiento del fallo que impide que se convierta en lesión, sino por algo distinto a la evitabilidad o inevitabilidad de este error inverso: por la intención de consumir el delito y, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, por la peligrosidad estadística del intento. Más adelante veremos que esta clase de peligrosidad es la única que puede concurrir en una tentativa, aunque sea *idónea*. Y puede concurrir en tentativas inadecuadas aunque su inadecuación fuera cognoscible (error vencible) por una persona prudente.

Consideremos los ejemplos siguientes de tentativas de matar disparando una pistola: 1) El sujeto elige una de dos pistolas al azar, sabiendo que sólo una está cargada y dejando que sea la suerte la que decida si es ésta la que ha cogido y podrá matar, o lo contrario, que es lo que finalmente comprueba cuando aprieta el gatillo y no sale ninguna bala; 2) el autor trata de disparar a su víctima con una vieja pistola sin haberla comprobado previamente, y no puede porque no funciona; 3) el sujeto confunde una pistola descargada con otra cargada, y sólo cuando aprieta el gatillo se da cuenta de que está descargada.

En todos estos casos una persona cuidadosa podría haber advertido la inadecuación de la pistola empleada, si ello hubiera sido posible sin renunciar al intento o sin que éste se hiciera mucho más difícil (como ocurriría si no hubiera tiempo para comprobar el arma y en caso de hacerlo escaparía la víctima o ésta podría usar otra arma, etc.). Pero dicha *cognoscibilidad objetiva* no obsta en absoluto a que actuar como lo hace el autor, usar el arma sin comprobarla, sea *estadísticamente* peligroso.

En el ejemplo 1) es peligroso estadísticamente tratar de disparar sobre alguien con una pistola pensando que tiene el 50% de posibilidades de estar cargada. En el ejemplo 2) ha de haber también peligro estadístico si no cabe excluir que la pistola funcione, y tanto si el sujeto cuenta con la posibilidad de que la pistola no funcione -porque aun así *prueba suerte* e intenta disparar por si funciona, de forma parecida a como ocurre en el ejemplo 1)- como si está convencido de que funcionará -con mayor razón-. Y también es peligroso estadísticamente tratar de disparar con una pistola que se confunde con otra cargada, como sucede en el ejemplo 3), puesto que incluso hay más probabilidades que en el ejemplo 1) de que la pistola elegida sea la cargada: si tomando a ciegas, al azar, una de dos pistolas, cuando sólo una de ellas está cargada, hay un 50% de posibilidades estadísticas de coger la cargada, más posibilidades tendrá de elegir ésta quien conozca previamente las pistolas y quiere coger la cargada, aunque luego se confunda.

Es cierto, sin duda, que las posibilidades de evitar el fallo del intento de matar habrían sido mucho más altas si el autor hubiera comprobado el arma antes de usarla, como, de ser posible, habría hecho una persona más cuidadosa (y aquí más *peligrosa*). Pero usar la pistola sin comprobarla también es, en principio, estadísticamente peligroso -aunque lo sea menos.

b') La segunda dificultad procede de la exigencia legal de que los actos del sujeto "*deberían* producir el resultado" y no sólo *podrían* producirlo. Interpretada en un sentido objetivo, dicha exigencia excluiría todos los casos en que *ex ante* no es segura o, a lo sumo, muy probable la producción del resultado -aunque en sentido estricto el "*deberían*" exige seguridad, necesidad, cabe admitir que semánticamente permite incluir también casos de gran probabilidad, en los que *lo normal o esperable* sea la producción del resultado-. En el caso de la vieja pistola, habría que negar una tentativa punible. Como habría que hacer siempre que *ex ante* el plan del autor pueda fallar: el intento de matar a un Jefe de Estado abriéndose paso entre la multitud para dispararle de cerca no es fácil de realizar, puede ser frustrado si los agentes encargados de la seguridad del político lo advierten a tiempo, o simplemente si por las dificultades de la situación el disparo no se puede efectuar con precisión y sólo hiere a la víctima, etc.; los ladrones que planean robar un banco rodeado de grandes medidas de seguridad, pueden no conseguir su objetivo si no logran superar tales medidas, etc. En realidad, la mayor parte de los hechos que quedan en tentativa, y por tanto no llegan a la consumación, son casos en que ésta no era ni segura ni muy probable. Cuando la consumación es

segura, el hecho no queda en tentativa, y cuando la consumación es lo más probable, también será menos probable que el hecho quede en tentativa. Interpretar el "deberían producir el resultado" del art. 16 en el sentido de necesidad o gran probabilidad, siquiera *ex ante*, de producir el resultado, dejaría impunes la mayoría de los hechos castigados hasta ahora como tentativas idóneas.

c) Esta consecuencia puede evitarse si la expresión "deberían producir el resultado" se interpreta, con arreglo a la concepción subjetivo-objetiva más arriba indicada, en el sentido de que los actos deberían producir el resultado según la intención del autor. Por de pronto, si consideramos suficiente que el intento sea viable a la vista del conocimiento y desconocimiento de la situación que tenga el autor -aunque deba valorarse con el conocimiento nomológico de un espectador medio-, podremos incluir en la definición legal de tentativa los casos en que, con los datos conocidos por el sujeto, cualquier persona juiciosa creería *ex ante* muy probable la consumación. Por ejemplo, si el sujeto dispara a quemarropa a la cabeza de la víctima con una pistola que cree cargada, cualquiera en su lugar pensaría que "debería producirse el resultado". Es cierto que quedan todavía los casos en que el propio sujeto no considere seguro ni lo más probable que su plan tenga éxito, pero de todos modos lo intenta. Pero también tales casos pueden incluirse en la definición del art. 16 en la medida en que *según lo deseado por el sujeto deberían* producir el resultado. Para que ello tuviese la objetividad (intersubjetividad) que la fórmula legal requiere, podría considerarse suficiente que el deseo del autor no fuese irracional para una persona media (ello excluye la tentativa irracional y la supersticiosa).

Ahora bien, esta interpretación que parte solamente del conocimiento de la situación que tenga el autor, puede objetivarse más si la valoración que sobre esta base ha de hacer un espectador objetivo tiene en cuenta no sólo las leyes causales ordinarias (conocimiento nomológico) y las que especialmente conociera el autor, sino también la visión de la situación que tendría dicho observador objetivo. Cuando digo "visión de la situación" quiero decir "interpretación de la situación". Los hechos conocidos por el autor pueden *interpretarse* por él de forma distinta a como lo haría una persona prudente, sin que para ello necesite otros conocimientos fácticos que los que tiene el autor. Así, por ejemplo, en el ejemplo de la vieja pistola que se encasquilla podemos encontrar variantes en que una persona medianamente inteligente, aun sin haber comprobado el defecto, viendo sólo, igual como el autor, el estado de extremo deterioro de la pistola, puede considerarla absolutamente incapaz de funcionar. O, por variar de ejemplo, si los billetes que el ladrón encuentra en la caja son a todas luces falsos, una valoración objetiva *ex ante* debe descartar tentativa de hurto aunque el autor crea que los billetes son de curso legal, en la medida en que cualquier espectador medio, viendo los billetes como los ve el autor, advertiría su falsedad. En todos estos casos estamos suponiendo no sólo que el espectador imaginario *podría* interpretar correctamente la situación, sino que *necesariamente* lo haría. También suponemos que el autor no está en condiciones de interpretar de forma más certera la situación por razones especiales, pues si así fuera su mejor capacidad de juicio debería tenerse en cuenta como sus conocimientos especiales (20).

d) Es cierto, en cualquier caso, que el verbo "deberían" tiene consecuencias que probablemente no fueron previstas por el legislador y que no habría tenido el verbo *podrían*. Aparte de las señaladas, hay otra de importancia: de hecho cierra las puertas a la tentativa con *dolo eventual*, en que el sujeto no desea el resultado (no hay dolo directo de primer grado), ni lo considera seguro o prácticamente seguro (no hay dolo directo de segundo grado), por lo menos cuando ni siquiera espera como lo más probable que se produzca el resultado, sino que se limita a aceptarlo como posible, tal vez incluso prefiriendo que no tenga lugar. No veo la forma de decir que en estos casos "debería producirse el resultado": ni objetivamente ni para el autor, ni para nadie situado en su posición (21).

Conclusiones parciales:

1) La actual redacción de la definición de tentativa del art. 16 CP impide tanto una concepción estrictamente subjetiva, como otra estrictamente objetiva (*ex post*).

2) "Actos que objetivamente deberían producir el resultado" es una expresión que ha de interpretarse en el sentido intersubjetivo de actos que para cualquier persona juiciosa, situada *ex ante* en la posición del autor, deberían producir el resultado.

3) Dicho observador ideal debe valorar la viabilidad del intento con arreglo a su interpretación de los hechos y a los conocimientos nomológicos ordinarios, pero ha de contemplar el intento con los solos datos de la situación que conoce el autor, si no se quiere dejar sin castigo todos los casos en que objetivamente no es seguro ni muy probable que el intento produzca el resultado.

4) De las conclusiones anteriores se desprende que no caben en la definición de tentativa del art. 16

CP la irreal ni la supersticiosa, mientras que sí son punibles las demás tentativas inidóneas, según el concepto usual de tentativa inidónea.

4. Dos conceptos de tentativa inidónea

Esta última afirmación remite a la segunda de las cuestiones que plantea el debate existente en España acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea. Como hemos adelantado desde un principio, existe en la doctrina española un sector encabezado por *Cerezo Mir* que maneja un *concepto de tentativa inidónea* distinto al usual. Mientras que la doctrina dominante considera inidónea toda tentativa que *ex post* se demuestra que era incapaz desde un principio de llegar a la consumación, ya sea por inidoneidad de los medios, por inexistencia o ausencia del objeto, o -esto es más discutido- por inidoneidad del autor (22), *Cerezo Mir* llama tentativa inidónea a la que aparece como tal *ex ante* desde la posición del autor. Un ejemplo sirvió en su momento para distinguir ambos conceptos de tentativa inidónea: el de quien dispara sobre la cama en que cree está durmiendo su enemigo, cuando en realidad sólo hay un bulto que simula una forma humana, pero de modo que *ex ante*, desde la posición del autor cualquiera podría haber tomado dicho bulto por una persona. Es éste un caso paradigmático de lo que la doctrina dominante considera una tentativa inidónea por ausencia del objeto -los casos de ausencia o inexistencia de objeto se consideran los casos más *claros* de inidoneidad, y para quienes distinguen entre inidoneidad absoluta e idoneidad relativa son supuestos de inidoneidad absoluta-. Sin embargo, para *Cerezo Mir* éste es un ejemplo de tentativa idónea, porque *ex ante* la falta de objeto no era objetivamente cognoscible o era muy improbable (23). *Cerezo* equipara "tentativa idónea" a "tentativa peligrosa *ex ante*":

"Si la inexistencia, o falta de presencia del objeto, no era objetivamente cognoscible *ex ante*, o aparece *ex ante* como absolutamente improbable (el cepillo, la cartera o la caja de caudales están vacíos; la persona contra la que se dispara acaba de fallecer de un ataque al corazón, o ha colocado una almohada o un bulto en el lugar que ocupaba; el feto estaba muerto, o la mujer no estaba, en realidad, embarazada) la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Son supuestos de tentativa idónea o peligrosa" (24).

La razón que lleva a *Cerezo* a sostener esta concepción *ex ante* de la tentativa inidónea es que "*ex post* toda tentativa es inidónea" (25). Estoy de acuerdo en que todo juicio de peligro supone un pronóstico *ex ante* y en que *ex post* toda tentativa que no logra el resultado se ha demostrado incapaz de producirlo. Pero es lógicamente posible retrotraer el juicio de peligro al momento de inicio de la tentativa (*ex ante*) pero teniendo en cuenta todos los elementos de la situación que luego, *ex post*, se demuestra que alguna persona hubiera podido conocer *ex ante*. En el ejemplo del bulto en la cama, cabe preguntar si una persona media consideraría peligroso *ex ante* el disparar sobre el bulto *sabiendo lo que luego se descubre*, que no había nadie en la cama. De hecho, el que había simulado el bulto lo sabía *ex ante*, y también otras personas podían saberlo. No es contradictorio admitir que el juicio de peligro siempre ha de ser *ex ante* y al mismo tiempo introducir en la base de dicho juicio elementos desconocidos por el autor pero conocidos o cognoscibles por otros *ex ante*. Puede decirse sin contradicción que, mientras para quien desconociese la ausencia de la víctima era peligroso *ex ante* disparar sobre el bulto, para quien supiese que sólo había un bulto no era *ex ante* peligroso disparar sobre él. Y lo que hace la doctrina dominante al hablar de tentativa inidónea es preguntar si, sabiendo todo lo que se conoce *ex post* y se podía haber sabido *ex ante*, una persona prudente habría considerado *ex ante* idóneo (peligrosa) o no el plan de ejecución. En los casos de falta o ausencia de objeto cualquiera que las conociese *ex ante* juzgaría *ex ante* inidóneo cualquier plan dirigido a lesionarlo.

Nótese que he dicho que para juzgar la idoneidad o inidoneidad de una tentativa *ex ante* cabe incluir en la base del juicio todos los conocimientos obtenidos *ex post* que *alguien hubiera podido tener ex ante* (26). Esto es esencial para que sea posible evitar la conclusión de que por tal procedimiento habría que llegar a afirmar que todas las tentativas son inidóneas. Las llamadas tentativas idóneas fallan por algún factor que no era cognoscible *ex ante*. Por ejemplo, que el disparo no haya dado en la víctima porque estaba ligeramente mal orientado, no es algo que pudiera saberse *ex ante*, al ir a disparar; ni tampoco podía saberse que el golpe de viento súbito desviaría la flecha que salió bien dirigida.

Ahora bien, es cierto que sólo es posible hablar de tentativas idóneas por las limitaciones actuales del conocimiento humano. Si el estado de la ciencia permitiese conocer de antemano todos los

elementos que pueden impedir que una tentativa acabe en consumación, dejaría de tener sentido distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea. El juicio de peligro *ex ante* que partiese de todos los conocimientos posibles *ex ante* concluiría siempre en la inidoneidad de toda tentativa.

Siendo así, cabe ciertamente plantear la cuestión de si tiene mucho sentido mantener la distinción entre tentativa idónea y tentativa inidónea. Como he dicho más arriba, en un sentido estrictamente objetivo si un intento falla es porque algo había en él (incluido su contexto) que había de hacerlo fallar. Si podemos seguir hablando de tentativas idóneas es sólo en el sentido intersubjetivo de que hoy por hoy nadie puede ver en ellas *ex ante* la incapacidad de éxito que luego se manifiesta. Y si tampoco este criterio intersubjetivo basado en todos los conocimientos *posibles para alguien* puede decidir la impunidad de la tentativa inidónea que aparezca como viable a la vista de los datos conocidos *por el autor*, ¿sirve para algo distinguir entre tentativa idónea y tentativa inidónea? (27)

5. La distinción de tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea

Al resumir el estado de la cuestión de la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código penal, al inicio de este trabajo, señalamos que un sector doctrinal sigue utilizando la *distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea* para considerar que la primera es impune en el Código actual, mientras que no lo es la segunda (28). Se entiende por tentativa absolutamente inidónea la que no sólo era incapaz de producir la consumación en el caso concreto, sino también en cualquier otra circunstancia, mientras que se considera sólo relativamente inidónea la tentativa que en otras circunstancias no habría sido inidónea. Como ejemplo paradigmático de tentativa absolutamente inidónea se menciona el caso de inexistencia de objeto: así, el intento de matar a un cadáver. Pero también serían casos de absoluta inidoneidad aquéllos en que el medio empleado es completamente inadecuado en cualquier circunstancia. No lo sería el uso de una cantidad insuficiente de veneno, el ejemplo de tentativa sólo relativamente inidónea que se propone tal vez con más frecuencia (29).

Creo que tiene razón la doctrina dominante al haber abandonado esta distinción. Contemplado en concreto, todo intento inidóneo lo seguirá siendo siempre que se den todas las circunstancias que lo hacen inidóneo. Así, echar una cantidad insuficiente de veneno será siempre inidóneo cuando la víctima tenga la misma resistencia física. Para poder decir que en otras circunstancias el veneno podría matar, hay que variar las circunstancias del caso de tal modo que ya no se trataría de la misma clase de casos: hay que imaginar una víctima menos resistente, o que el sujeto emplease más cantidad de veneno, etc. Y aun admitiendo que esto tuviera sentido, no sabríamos qué circunstancias modificar y cuáles mantener (30). Como dice *Farré Trepas*, "la conclusión será distinta si se examina la conducta "disparar con una pistola" en lugar de "disparar con una pistola descargada"; o bien "disparar con una pistola cargada", en lugar de "disparar con una pistola cargada a una distancia excesiva para su alcance" (31). En realidad, si hacemos abstracción de todas las circunstancias que determinan la inidoneidad, toda tentativa, *incluso la irreal*, se convertiría en idónea. En el caso extremo del que intenta envenenar con azúcar, si hacemos abstracción del azúcar y nos quedamos sólo con el "intento de envenenar", podríamos decir que en otros casos (si se emplease un verdadero veneno) podría ser idóneo.

O sea: en concreto ninguna tentativa inidónea puede producir la consumación, y en abstracto toda tentativa inidónea podría producirla (32).

En cualquier caso, la definición de tentativa del art. 16 CP no contiene ningún elemento que aconseje la distinción entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea. Desde luego, la expresión "actos que objetivamente deberían producir el resultado" no adopta un punto de vista abstracto o genérico, puesto que no se refiere a actos que *en otros casos* deberían producir el resultado.

II. Fundamento político-criminal de la punibilidad de la tentativa inidónea

Las consideraciones efectuadas hasta aquí han tenido por objeto la cuestión de si en el Código penal español de 1995 sigue siendo o no punible la tentativa inidónea. Hemos llegado a la conclusión de que la respuesta ha de ser afirmativa si se maneja el concepto habitual de tentativa inidónea, a excepción de los casos de tentativa irreal y tentativa supersticiosa. No distingue el art. 16 CP entre tentativas absolutamente inidóneas y relativamente inidóneas. Pero queda por examinar la cuestión

político-criminal de si la punibilidad de la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa puede fundarse en la existencia de peligro.

1. El peligro para un bien jurídico como fundamento de la tentativa inidónea

¿Es la admisión de la punibilidad de tentativas inidóneas una vulneración del *principio de lesividad u ofensividad*, según el cual sólo merecen castigarse hechos que lesionen o pongan en peligro un bien jurídico-penal? ¿Puede decirse que una tentativa inidónea pueda poner realmente en peligro un bien jurídico-penal?

Es evidente que un intento inidóneo nunca puede alcanzar su objetivo, pero también es cierto - como hemos indicado más arriba- que toda tentativa que queda en tal ha demostrado también su incapacidad para determinar la consumación. Si cuando la tentativa es idónea decimos que supone una puesta en peligro de un bien jurídico-penal, es porque el concepto de peligro no implica la posibilidad real y concreta (empírica y no sólo estadística) de producción de una lesión, sino sólo la apariencia *ex ante* de dicha posibilidad (33). Sólo cuando al peligro sigue la lesión se habrá confirmado la posibilidad real y concreta de dicha lesión, porque sólo entonces se habrá demostrado que concurrían en el hecho todas las condiciones necesarias para que la lesión fuera posible. Pero si la lesión se produce dejaremos de hablar de peligro para hablar de lesión. Es cuando la lesión no se produce cuando decimos que *sólo hubo peligro*. Y es pensando en esta posibilidad cuando contraponemos a la lesión la puesta en peligro. En esta contraposición, la puesta en peligro no sólo no implica la posibilidad real y concreta de lesión, sino que presupone la ausencia de lesión y, por tanto, de su real y concreta posibilidad. Aquí el juicio de peligro significa sólo apariencia *ex ante* de la posibilidad de una lesión.

Es verdad que dicha apariencia sólo existe en la tentativa inidónea (no irreal ni supersticiosa) para el autor y para quien tenga el conocimiento de la situación que tiene el autor, mientras que no existiría para quien conociese todo lo cognoscible *ex ante*, a diferencia de lo que ocurre en la tentativa idónea, en la cual la apariencia de la posibilidad del resultado existe *ex ante* también para el observador que conoce todo lo cognoscible entonces. Pero, si en todo caso se trata de *meras apariencias*, ¿por qué habría que dar mayor relevancia a la apariencia que tendría el que conocía todo lo cognoscible si de lo que se trata es de valorar el *intento* de una persona que no conocía todo esto? No hay que olvidar que en la tentativa castigamos precisamente un intento fallido. Lo único necesario es que dicho intento no sólo exista en la mente del autor, que no se trate sólo de que él *crea intentar*, sino que intersubjetivamente ("objetivamente") pueda hablarse de intento, y para ello basta que una persona razonable situado en la posición del autor no considere irracional el intento.

2. Utilidad de la punición de la tentativa para la protección de bienes jurídicos

Ahora bien, si el peligro que *queda* en todo intento fallido es sólo apariencia *ex ante* de la posibilidad de lesión, y si entonces el bien jurídico-penal atacado con la tentativa nunca (tanto si la tentativa es idónea, como si es inidónea, y tanto si es absolutamente inidónea como si sólo lo es relativamente) pudo realmente resultar lesionado en el caso concreto, la pregunta que se plantea es *si es necesario castigar tentativa alguna para proteger bienes jurídico-penales*.

Desde luego, desde mi punto de vista, toda norma que pretenda evitar la lesión de un bien jurídico-penal habrá de dirigirse a sus destinatarios antes de que éstos hayan realizado la conducta que puede producir la lesión: *ex ante*. El mensaje normativo no puede esperar a que se haya producido la conducta lesiva, puesto que entonces llegaría demasiado tarde. Si la norma quiere evitar homicidios, tiene que dirigirse a quien va a realizar la acción homicida sin esperar a que produzca el resultado de muerte: tiene que prohibirle que realice toda conducta capaz de matar. Y el destinatario de la norma infringirá *subjetivamente* dicha norma, desobedecerá el imperativo, siempre que él crea estar realizando una acción capaz de producir la muerte.

Sin embargo, la infracción subjetiva de la norma no es suficiente para afirmar una infracción objetiva de la misma. Si el legislador decidiese no prohibir la tentativa, sino sólo la consumación, el sujeto que la intentase sin éxito habría podido suponer que infringía la norma que le prohibía realizar acciones homicidas, si él creía realizar una de estas acciones (34); pero su creencia subjetiva no se correspondería con la realidad, puesto que de hecho no habría efectuado una acción verdaderamente homicida.

La cuestión es, entonces, si el legislador ha de prohibir o no bajo pena no sólo la consumación, sino

también la tentativa. En un Derecho penal que trate de proteger bienes jurídico-penales ello depende de si la prohibición penal de la tentativa aumenta o no la protección de estos bienes. Pues bien, aunque ninguna tentativa que queda en tal podía realmente lesionar el bien jurídico-penal correspondiente, hay que admitir que la prohibición bajo pena de la tentativa puede contribuir a disuadir de emprender acciones que puedan efectivamente acabar lesionando el bien jurídico-penal.

A primera vista cabría pensar que la prohibición penal de la tentativa no añade ninguna motivación adicional a la evitación de la consumación que no suponga la sola conminación penal de esta consumación. Cabría pensar que, puesto que el autor de la tentativa busca con ella la consumación, basta que se castigue ésta para disuadirle de aquélla. Pero esto sólo sería correcto cuando el autor considerase completamente seguro que su intento iba a producir la consumación. En los demás casos, si no se castigase la tentativa, el autor podría hacerse el siguiente razonamiento: "si logro la consumación, que es lo que deseo, puedo ser castigado, pero al menos habré conseguido lo que quería; y si mi intento no tiene éxito, al menos sé que tampoco me pueden castigar". Piénsese, por ejemplo, en el que especula con la posibilidad de robar una gran cantidad de dinero que puede *resolver* su vida. Si consigue hacerse con esta suma, puede incluso asumir el riesgo de un tiempo en la cárcel, *a cambio* de poder disfrutar cuando salga del dinero previamente ocultado. En cambio, el castigo de la tentativa puede ser un elemento más de disuasión, tanto más cuanto más insegura sea la consecución de la consumación. El autor puede decirse: "no sólo corro el riesgo de ir a la cárcel si consigo mi objetivo, sino que lo peor es que puedo no sacar nada del intento y encima ser castigado". Y ello es válido tanto para la tentativa idónea como para la inidónea, puesto que el autor ha de incluir entre los factores que pueden malograr su intento los posibles errores en que pueda incurrir y que hagan inidóneo su plan (35).

3.

La tentativa, sea idónea o inidónea, no ha producido la consumación porque tal como se llevó a cabo, no podía producirla habida cuenta de todas las circunstancias del caso concreto. Pero ello no significa que no haya puesto en peligro el bien jurídico atacado, salvo que la tentativa sea irreal o supersticiosa, porque el peligro exige sólo una apariencia intersubjetiva *ex ante* de la posibilidad de lesión. Esto es lo que he razonado más arriba, en el apartado II, 1..Ahora voy a *comparar el peligro que supone la tentativa no irreal o supersticiosa y el propio de los delitos de peligro consumados*.

A) Tentativa idónea y delitos de peligro concreto

La tentativa idónea crea la misma clase de peligro que un delito de peligro concreto.

Como es sabido, éste requiere una acción que haya puesto en peligro un bien jurídico concreto. Generalmente esto se expresa diciendo que el delito de peligro concreto no sólo requiere una conducta peligrosa, sino también un *resultado de peligro*. Esta expresión no puede entenderse en el sentido de que, a diferencia de lo que ocurre en los delitos de peligro abstracto, en los de peligro concreto no sólo ha de existir una apariencia de peligro, sino que ha de resultar un verdadero peligro. Para el peligro basta la apariencia de la posibilidad de lesión, y tan verdadero es en este sentido el peligro que exigimos en el delito de peligro concreto, como el que basta para el delito de peligro abstracto. También en éste ha de *resultar* (se ha de producir) efectivamente la conducta peligrosa. Ahora bien, es cierto que los delitos de peligro concreto requieren un resultado separado de la conducta: un resultado de *proximidad* empírica de la conducta peligrosa respecto a un bien jurídico-penal concreto (36). Es lo que *Welzel* explicó al requerir en los delitos de peligro concreto que un concreto bien jurídico entre en el "radio de eficacia de la acción" (37). Pero también el peligro existente para dicho bien jurídico ha de decidirse desde una perspectiva *ex ante* (38).

En la tentativa idónea ocurre lo que también sucede en los delitos de peligro concreto: se realiza una conducta peligrosa *ex ante* para un bien jurídico-penal concreto que se encuentra en el radio de posible eficacia (*ex ante*) de aquella conducta (39).

Esto no significa que no puedan encontrarse otras diferencias entre la tentativa idónea y los delitos de peligro concreto tipificados especialmente. Así sucede si para que concurra en éstos el resultado de peligro se exigen los elementos que un sector de la doctrina alemana requiere, como la imposibilidad de dominar el curso del peligro, que el resultado no se haya producido por azar y que el peligro sea inminente (40). Estas exigencias, que tienen el sentido de requerir mayor intensidad en el peligro, no son necesarias en la tentativa porque en ésta concurre voluntad de producir la lesión típica (si se trata

de un delito de lesión), y ésta supone un factor de peligrosidad del hecho que no concurre en los delitos de peligro concreto. Así, requerir que en un delito de peligro concreto el hecho haya escapado al control del sujeto tiene sentido porque se parte de que éste no quiere producir la lesión y, por tanto, tratará de evitarla si mantiene el control del hecho; en cambio, que el autor de la tentativa controle el hecho no disminuye las posibilidades de que se produzca la lesión, sino que en principio las aumenta, puesto que el sujeto utilizará aquí su control para conseguir la lesión. Es decir: mientras que en los delitos de peligro concreto tipificados especialmente el mantenimiento del control del hecho por el sujeto disminuye el peligro del mismo, en la tentativa dicho control aumenta su peligrosidad. Podríamos seguir argumentando en esta línea para explicar que en la tentativa no sea necesario exigir otras de las notas que puedan considerarse necesarias para asegurar una suficiente intensidad del peligro en los delitos de peligro concreto.

B) Tentativa inidónea y delitos de peligro abstracto

El tipo objetivo de la tentativa inidónea tiene, en cambio, la estructura del tipo objetivo de un delito de peligro abstracto (41).

Ello es evidente en los casos de inexistencia o ausencia del objeto de la acción (como cuando queriendo matar a una persona se dispara sobre un cadáver, o cuando la persona a la que se quería matar incendiando su casa estaba ausente en aquel momento). Como en todo delito de peligro abstracto, basta aquí la peligrosidad *ex ante* de la conducta, y es evidente que el bien jurídico-penal que se pretendía lesionar no ha resultado próximo a aquella conducta (42). Cuando la tentativa inidónea se refiere a un bien jurídico *presente* puede decirse que resulta próxima a éste, pero no por ello supone la clase de peligro concreto que requieren los delitos de peligro concreto y que falta cuando la conducta se demuestra *inidónea* para producir el resultado.

La razón última para el castigo de la tentativa inidónea es la misma que la que ha llevado a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas u otras drogas. Aunque también se discute la conveniencia de tipificar conductas como ésta, es innegable que su incriminación trata de disminuir el número de muertes y otras lesiones graves que se producen en el tráfico a consecuencia del alcohol. Es obvio que si nadie condujera en estas condiciones no se produciría ninguno de estos accidentes. Hay una relación estadística abrumadora entre consumo de alcohol y accidentes de tránsito. Aunque en el caso concreto resulte (*ex post*) que ninguna persona concreta haya entrado en el "radio de acción" de la conducción bajo el efecto del alcohol, esta clase de conducción entraña un *peligro estadístico* muy relevante. También la tentativa inidónea no irreal ni supersticiosa, además de suponer peligro *ex ante* en el caso concreto, pertenece a una clase de conductas que *estadísticamente muestran una alta frecuencia de lesividad* y que, en este sentido, son *estadísticamente peligrosas* (43).

El intento que resulta inidóneo a causa de un error o fallo circunstancial, habría tenido éxito en otras circunstancias. Muchas veces el error o fallo responderá a una casualidad difícilmente repetible. El arma del terrorista de comprobada eficacia letal se encasquilla cuando está a un palmo de la nuca de la víctima, que salva su vida de milagro; se comprueba que ello se debió a una circunstancia del arma ya concurrente desde el inicio de la tentativa. La policía ve desde un helicóptero cómo unos ladrones entran a robar con máscaras y armas una joyería, lo que permite esperarles a la salida sin dejarles ninguna posibilidad de disponer del botín (sin disponibilidad no hay consumación); ha sido una casualidad que la policía descubriera a tiempo el atraco. Alguien intenta dar muerte a otro vertiendo en una bebida una sustancia que encuentra dentro de un recipiente destinado a contener veneno, pero que casualmente no lo era; o le suministra una dosis letal de una medicina que le han vendido en la farmacia antes de la fecha de caducidad pero que, por defecto de etiquetación, había perdido su eficacia. La pistola había sido cargada hacía unos momentos por el asesino a sueldo, pero alguien que le había seguido aprovecha un descuido para descargar la pistola que el sicario había dejado sobre la mesa para ir al baño. El agente secreto que estaba durmiendo se despierta con frío, va a cerrar la ventana y ve desde ella que entra en la casa un enemigo que le estaba persiguiendo para matarle; con almohadas forma un bulto en la cama que simula una persona durmiendo, y se esconde detrás de una cortina; el enemigo entra en la habitación y ametralla el bulto creyendo que es el agente secreto; fue una casualidad que éste se despertara y viera llegar a su enemigo. Unos racistas prenden fuego a la chabola donde duerme siempre el inmigrante, según han comprobado aquéllos observándole durante varios días, incluso el del atentado, pero la víctima había salido, antes del

comienzo de la ejecución, por una puerta trasera por cualquier circunstancia inesperada.

En ninguno de estos ejemplos se dirá que el intento no sea peligroso. Cualquier persona que conociera alguno de estos planes criminales momentos antes de su iniciación, cuando nada podía hacer pensar que había de fallar, vería en él un gran peligro. Sin embargo, en todos los casos propuestos parto de la base de que la ejecución comienza cuando ya era imposible que produjera la consumación y ello podría haberlo sabido o de hecho lo sabía alguien en aquel momento (*ex ante*): alguien podría haber advertido la circunstancia del arma que hizo que se encasquillara; quien llenó el recipiente destinado al veneno sabía que lo llenó de otra sustancia inocua; el error en la fecha de caducidad de la medicina podría y debería haber sido detectado por el fabricante; el que descarga la pistola del sicario sabe que ésta ha dejado de ser un medio idóneo para matar; el agente que simula el bulto en la cama sabe que ello hace inidóneo el intento de matarle durmiendo; el inmigrante sabe que no está en su chabola cuando tratan de matarle. Todos son casos de tentativas inidóneas según el concepto habitual, porque *ex ante* era cognoscible o incluso conocida por alguien la inidoneidad o la circunstancia que determinaba ésta.

Esto último concurre precisamente en los ejemplos que he puesto en que más *absoluta* es la inidoneidad: aquéllos en los que falta el objeto de la acción desde el principio de la ejecución. Sin embargo, es un hecho que la víctima se ha salvado *por los pelos* y que ha sido objeto de un ataque estadísticamente muy peligroso. La distinción que maneja un sector doctrinal entre tentativa absolutamente inidónea y relativamente inidónea no puede utilizarse para negar que en la primera pueda existir peligro *en general*, esto es, estadístico. Los únicos casos en que este peligro no concurre son los de tentativa irreal y de tentativa supersticiosa.

C) La tentativa idónea no siempre genera mayor peligro ex ante que la inidónea

La diferencia existente entre la tentativa idónea y la inidónea, aunque permite establecer el paralelismo indicado entre la primera y los delitos de peligro concreto y la segunda y los delitos de peligro abstracto, no sólo no permite decir que en la tentativa idónea (ni en los delitos de peligro concreto) el peligro sea más *real* que el que crea la tentativa inidónea (o los delitos de peligro abstracto) -en todo caso se trata de peligro estadístico-, sino que tampoco supone *necesariamente* que la tentativa idónea suponga *mayor* peligro que la tentativa inidónea. La distinción no tiene por qué determinar necesariamente una menor necesidad de castigo de la tentativa inidónea desde el punto de vista de su peligrosidad estadística.

La propia frontera de ambos conceptos puede resultar poco significativa en este sentido. Nótese que algunos de los ejemplos propuestos podrían ser variados de modo que la circunstancia que hace imposible la ejecución apareciese una vez iniciada la tentativa, en cuyo caso ésta sería idónea, y no obstante fuese menor su peligrosidad. Así podría suceder si el que quiere envenenar a otro, en lugar de iniciar la ejecución de forma inidónea utilizando una sustancia inocua que casualmente estaba en un recipiente destinado a contener veneno, comienza la ejecución de forma idónea, echando veneno en una bebida preparada para la víctima, con quien ha de compartir el desayuno, pero, por el nerviosismo con que actúa debido a su carácter y a que es la primera vez que delinque, confunde la bebida envenenada con otra sin veneno preparada para él, de modo que acaba sirviendo a la víctima la bebida inocua, mientras que él no llega a probar la envenenada por falta de apetito; o si, en vez de salir antes de que los racistas prendan fuego a su chabola (antes de empezar la ejecución), el inmigrante escapa cuando ésta ya arde (una vez ya iniciada una tentativa idónea). Estos casos de tentativas idóneas pueden ser estadísticamente menos peligrosas que las tentativas inidóneas que hemos imaginado más arriba: un plan de envenenamiento por parte de una persona nerviosa e inexperta que confunde la bebida no parece tan peligroso como el del que vierte una sustancia etiquetada por error como veneno; o el inmigrante puede haber escapado tras haberse iniciado el incendio porque las llamas no son tan poderosas como las que en pocos momentos acaban con la chabola del inmigrante que por casualidad había salido momentos antes.

4. Conclusiones

Conclusiones acerca del fundamento político-criminal del castigo de la tentativa inidónea:

El peligro estadístico no acompañado de capacidad efectiva de producir la consumación en el caso concreto es la única clase de peligro que concurre en toda tentativa, sea idónea o inidónea -si no es irreal o supersticiosa-, porque ninguna tentativa que queda en tal podía en el caso concreto producir la

consumación. No puede contraponerse, pues, la tentativa idónea a la inidónea diciendo que la primera implica un *verdadero* peligro en el caso concreto, mientras que la inidónea sólo entraña un peligro estadístico.

La incapacidad de lesión de toda tentativa en el caso concreto no impide que tenga utilidad preventiva la conminación penal de la tentativa. Ello incluye a la tentativa inidónea, que no encierra un peligro menos real que la *idónea*.

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. Pero en todo caso sólo puede hablarse de peligro estadístico, que no tiene por qué ser menor en la tentativa inidónea que en la idónea.

Por lo demás, tampoco puede distinguirse entre tentativas relativamente inidóneas y tentativas absolutamente inidóneas según que supongan un peligro en general o no, porque también las tentativas absolutamente inidóneas no irreales o supersticiosas encierran un peligro estadístico -como ponen de manifiesto los ejemplos propuestos de ausencia casual del objeto de la acción-. Toda tentativa que, de haber sido correctos los datos que el autor tenía de la situación, habría producido la consumación, supone un peligro estadístico, en la medida en que en otros casos dichos datos podrían haber sido correctos.

NOTAS

- (1) El art. 16 del Código penal español de 1995 dice: "Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor".
- (2) Cfr., p. ej., López Garrido/García Arán, *El Código Penal de 1995 y la voluntad del legislador*, 1996, pp. 45 s.; Cobo del Rosal /Vives Valldecabres, *Derecho penal, Parte General*, 1996, p. 356.
- (3) Así la STS 28 mayo 1999 (Ponente Martín Pallín), que, tras constatar que no se contiene en el nuevo Código una referencia a la tentativa inidónea como la que había en el art. 52, 2 del anterior, concluye con rotundidad que la tentativa inidónea ya no es punible.
- (4) Cerezo Mir, *La regulación del "iter criminis" y la concepción de lo injusto en el nuevo Código penal español*, en *Rev. de Derecho Penal y Criminología (RDPC)*, 2ª época, nº 1 (1998), pp. 20 ss.
- (5) *Loc. cit.*, p. 20.
- (6) Así Gimbernat Ordeig, *Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos*, pp. 17 ss.; Silva Sánchez, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 133 ss., 137; Luzón Peña, *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, 1996, p. 469; Mir Puig, *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed. 1998, L 13/86-89, pp. 347 s.; Muñoz Conde / García Arán, *Derecho penal, Parte General*, 1996, pp. 439 s.; Alcácer Guirao, *La tentativa inidónea*, 2000, pp. 466 ss., 473 s. (este importante libro apareció cuando ya estaba redactado el presente trabajo, por lo que no pude tenerlo en cuenta al escribirlo; sin embargo, la excepcional calidad de la obra de Alcácer me obliga a hacer alguna referencia a él, aunque sólo sea a pie de página y sin la extensión que hubiera requerido). También Bacigalupo, *Principios de Derecho penal*, 4ª ed., 1997, pp. 339 ss., pero no exigiendo peligro objetivo, sino sólo desde la perspectiva del autor.
- (7) Quintero Olivares, en Quintero Olivares (dtor.), *Comentarios al Código penal*, 1996, p. 120 s.; próximo Vives Antón, en Vives Antón (coord.), *Comentarios al Código penal de 1995*, 1996, I, p. 100; Sánchez Domínguez / Pérez Parente, *Acerca de la punición de la tentativa inidónea*, en *La Ley*, D-20 1998, pp. 1802, 1805.
- (8) Cfr. Cerezo Mir, *RDPC cit.*, p. 21. También en este sentido Sola Reche, *La llamada "tentativa inidónea" de delito*, 1996, pp. 176 ss. y, especialmente, p. 229, aunque prefiere evitar la distinción entre tentativa idónea e inidónea.
- (9) Vid. Gracia Martín, *Sobre la punibilidad de la llamada tentativa inidónea en el nuevo Código penal español de 1995* (Comentario a la Sentencia de la Audiencia provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996), en *RDPC* 2ª época, nº 3 (1999), pp. 341 ss., especialmente pp. 348 s. Tampoco exige peligro abjetivo, pero sí peligro desde la perspectiva del autor, Bacigalupo, *Pricipios cit.*, pp. 339 s.
- (10) Ver, interpretando de este modo la Sentencia, Sánchez Domínguez / Pérez Parente, *La Ley cit.*, p. 1806, que también interpretan como favorables a mantener la punición en un caso de tentativa inidónea la STS 23 septiembre 1996, puesto que en un caso de tentativa inidónea anterior al nuevo Código penal no alega la necesidad de dejar sin castigo el hecho, sino que sólo señala la necesidad de revisar la sentencia "a la vista de la ordenación contenida en el nuevo Código penal de 1995, singularmente en su artículo 62 en relación con el artículo 52 del Código derogado", lo que aquellos autores entienden en el sentido de que sólo impone la necesidad de revisar la pena en función del grado de peligro del hecho.
- (11) Invocan esta STS diversas Sentencias de Audiencias Provinciales, como la de Baleares, Sección 1ª, de 28 dic. 1999 (núm. 278/1999), y la de Castellón, Sección 3ª, de 28 nov. 2000 (núm. 263-A/2000). También considera punible la tentativa relativamente inidónea la S. De la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 3ª, de 1 jun. 2000 (rec. Apel. Núm. 295/2000). Y, aunque declara impune la tentativa inidónea en el actual CP, la S. De la Aud. Prov. de Álava, Sección 2ª, de 18 nov. 1999 (núm. 200/1999), de hecho castiga en un caso en que la tentativa es inidónea (no se pudo cobrar el talón porque se había dado aviso con anterioridad).
- (12) Así Rodríguez Mourullo, en *Córdoba / Rodríguez Mourullo*, *Comentarios al Código penal*, II, 1972, pp. 216 s., 221 ss.
- (13) Así Mir Puig, *Derecho penal, Parte general*, 3ª ed., 1995, p. 376. Otras referencias sobre este debate en Farré Trepal,

Consideraciones dogmáticas y de lege ferenda en torno a la punición de la tentativa inidónea, en Estudios de Derecho penal y criminología, UNED, 1989, pp. 264 s., señalando en la p. 265, a favor de la no necesidad de una referencia expresa como la del anterior art. 52, 2 para la punibilidad de la tentativa inidónea, que antes de la introducción de dicho precepto, bajo la vigencia de los Códigos de 1948 y 1970, tanto la doctrina como la jurisprudencia admitieron dicha punibilidad en base a las definiciones generales de tentativa y frustración.

(14) Por ej., ver Silva Sánchez, *El nuevo Código penal* cit., p. 125; Cerezo Mir, RDPCP 1998 cit., pp. 21 y 22.; Bacigalupo, *Principios* cit., p. 340; Gimbernat, *Prólogo a la 2ª ed. del Código penal de Tecnos*, 6ª ed., 2000, p. 27; Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., p. 175.

(15) Cfr. Farré Trepas, *Consideraciones* cit., pp. 266 s.

(16) Cfr. Gimbernat, *Prólogo* cit., p. 28.

(17) Cfr. Bacigalupo, en *Conde-Pumpido* (dtor.), *Código penal. Doctrina y jurisprudencia*, I, 1997, pp. 532 s.

(18) Cfr. Gracia Martín, RDPCP 1999 cit., pp. 351, 357.

(19) Así, p. ej., Cerezo Mir, RDPCP 1988 cit., pp. 21 s. También parece favorable a este criterio Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 176 s., en relación con las críticas que dirige a las teorías que parten del conocimiento del hecho que tenía el autor: pp. 92 ss., aunque en la p. 173 parece dejar más abierta la cuestión de qué conocimientos deben tenerse en cuenta para la valoración intersubjetiva *ex ante* del intento.

(20) La introducción de la *interpretación* de los hechos que haría un espectador medio (salvo casos de especial capacidad del autor para valorar la situación) puede mediar en la distinción de conocimientos ontológicos y conocimientos nomológicos, cuya dificultad en casos límite ha sido puesta de manifiesto por la doctrina: ver, por todos, en sentido crítico frente a dicha distinción Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 85 ss.

(21) Sobre esta consecuencia Luzón Peña, *Curso* cit., p. 428, aunque cree posible una interpretación amplia que diera cabida al dolo eventual, "entendiendo que, en caso de realizarse la eventualidad aceptada (en caso de concretarse el peligro en dirección lesiva), deberían producir como resultado el delito".

(22) Cfr. Mir Puig, *Derecho penal, Parte General*, 5ª ed., L 13/81, p. 346. Admite que este concepto de tentativa inidónea es el más usual, y considera útil su manejo porque permite "acentuar el carácter de *excepción* de la punición de conductas "inidóneas", Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 11, 13 s.

(23) Ver la discusión sobre este ejemplo en Mir Puig, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, p. 64, nota 95, y Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal español, Parte general*, I, 2º ed., 1981, p. 449, nota 140, y 3º ed., 1985, p. 366, nota 139. Gracia Martín, *Política criminal y dogmática jurídico-penal del proceso de reforma penal de España*, en Actualidad Penal, n° 18 (1994, pp. 351 ss. se manifestó a favor del concepto de tentativa inidónea manejado por Cerezo.

(24) Cfr. Cerezo Mir, RDPC, 1998, cit., p. 22. En el mismo sentido, defiende también este concepto de tentativa inidónea como equivalente a tentativa no peligrosa *ex ante* desde la posición del autor Farré Trepas, *La tentativa de delito*, 1986, pp. 394 ss., pero reconoce que dicho concepto se aparta del usual (pp. 399, 402 s.). Aunque también Roxin, op. cit., p. 267, define la tentativa idónea acudiendo también al criterio *ex ante* manejado por la teoría de la adecuación y de la imputación objetiva, parece que usa el concepto de tentativa inidónea en el sentido tradicional, puesto que Roxin considera tentativa inidónea lanzar una bomba que no estalla a consecuencia de "un error de construcción desconocido por el autor -*aunque reconocible*" (p. 262, la cursiva es mía). Como diré más abajo en el texto, también yo creo que la inidoneidad ha de determinarse por un juicio *ex ante*, pero basado no sólo en los conocimientos que tenía el autor, sino también en todos los que *alguien* tenía o hubiera podido tener, aunque esto sólo se compruebe con posterioridad (sólo en este sentido hablo aquí de una consideración *ex post*).

(25) Cfr. *Ibidem*, pp. 21 y 22.

(26) En el ejemplo del que dispara sobre una cama creyendo que en ella está durmiendo una persona cuando sólo hay un bulto simulado una figura humana es evidente que alguien hubiera podido saber esta circunstancia. No sólo es evidente que alguien lo sabía, la persona que había simulado el bulto, sino que también el que dispara podía haber comprobado qué es lo que había en la cama. Por ello, no me parece válida la objeción que me dirige Gracia Martín, AP cit., p. 352, según la cual en este ejemplo se comprueba que yo sólo adopto un punto de vista *ex post*, y no *ex ante*, cuando tengo en cuenta para afirmar la inidoneidad de la tentativa el dato de que en la cama no había ninguna persona, porque, según dicho autor, esto no era cognoscible *ex ante* por un espectador objetivo, sino sólo *ex post*.

(27) Se inclina por rechazar la utilidad de la distinción Farré Trepas, *Consideraciones* cit., p. 278. A su juicio, el criterio de distinción según el cual son inidóneas las tentativas que ya desde un primer momento son incapaces de lesión, mientras que son idóneas aquellas que fallan por circunstancias posteriores no puede explicar por qué se suele considerar idónea la tentativa cuando el ángulo de tiro de la pistola se encuentra desviado (*ibidem*, nota 30). Si se incluyen en este supuesto sólo los casos en que la desviación del ángulo de tiro sea un defecto del arma, hay que decir que desde luego puede dar lugar a tentativa inidónea si el defecto es importante y la víctima está lejos, pero que no siempre hará imposible *ex ante* dar en el blanco, porque puede ser una desviación pequeña o insuficiente, teniendo en cuenta que tal vez pueda compensar la mala orientación del disparo por parte del mal tirador. Por otra parte, si se incluyen también los casos en que el desvío del ángulo de tiro no se debe a defecto del arma, sino a una mala orientación de la misma por el tirador, según el criterio que a mi juicio mejor explica el uso corriente del concepto de tentativa inidónea, habría que distinguir en este caso según que o concurriese desde el principio de la ejecución o fuese posterior. Generalmente será posterior, porque habrá que considerar que la ejecución empieza ya al sacar la pistola con ánimo de disparar o por lo menos al apuntar, y entonces cabe decir que al empezar la ejecución, antes de disparar, *era posible* que la dirección del disparo hubiera sido la correcta (tentativa idónea).

(28) Defendió esta posición ya con el anterior Código González Cussac, *Principio de ofensividad, aplicación del derecho y reforma penal*, en Poder Judicial, n° 28 (1992), pp. 22 ss., aunque introduciendo un matiz fundamental: cree que la tentativa relativamente inidónea supone una peligrosidad abstracta que ha de juzgarse *ex ante*. Ello se aproxima al

concepto de peligrosidad estadística que definiendo en el texto. Respecto al nuevo CP ver los autores citados *supra*, nota 6.

(29) En la doctrina española clásica cfr. , por ej., Antón Oneca, *Derecho penal*, 1949, 2ª ed. 1986, pp. 447 ss.

(30) Así Silva Sánchez, *El nuevo Código...* cit., p. 133, nota 343.

(31) Cfr. Farré Trepal, *Consideraciones* cit., p. 272, nota 25. También Sola Reche, *Tentativa inidónea* cit., p. 19; Bacigalupo, *Principios* cit., pp. 341 s.

(32) De acuerdo Alcácer, *Tentativa inidónea*, p. 138.

(33) Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 198 ss., ha profundizado en el análisis del concepto de peligro sirviéndose admirablemente de la distinción del filósofo Searle entre "hechos brutos" (existentes con independencia de los seres humanos) y "hechos sociales" (construidos intersubjetivamente), para concluir, a mi juicio, de forma convincente, que el "peligro" es un hecho social, no una realidad independiente del ser humano, sino un juicio que efectúa un observador, aunque sea intersubjetivamente comunicable (compartible) y, sólo en este sentido, objetivo. Este juicio de peligro expresa un cálculo de probabilidad de un resultado basado en determinados conocimientos de una situación, pero también, necesariamente, en el desconocimiento de algún aspecto de dicha situación. Tal cálculo depende, entonces, del momento en que se efectúa y de los datos que se conozcan en ese momento por el observador que emite el juicio. Por ello, quien sólo ve que alguien va a disparar sobre otra persona que se encuentra cerca del primero, dirá que la conducta de éste es peligrosa, aunque a continuación resulte que el arma se encasquilla y la bala no puede salir. El peligro no es un estado de efectiva posibilidad ontológica de un resultado, sino un juicio de *pronóstico* que puede no corresponderse con dicha efectiva posibilidad. El juicio de que existe peligro sólo requiere una apariencia de la posibilidad ontológica de que algo ocurra. La *apariencia* de esta posibilidad permite afirmar un *verdadero* peligro (no sólo un peligro aparente). Ahora bien - y ésta es una reflexión mía-, mientras que la afirmación de un peligro presupone cierto desconocimiento, la negación de peligro puede basarse en el completo conocimiento de la situación: cuando este conocimiento pone de manifiesto que no es posible en absoluto que se produzca un determinado mal, decimos que no hay peligro. Cuando vemos que la tentativa ha fallado, *ex post*, podemos decir que, si hubiéramos sabido la evolución de los cursos causales que han confluído para que fallase el intento, habríamos dicho que no existía peligro alguno; en este sentido hay que entender el uso retrospectivo del término peligro que a veces se hace: situándonos imaginariamente en un momento anterior (p. ej., anterior al fallo de una tentativa) pero sabiendo todo lo que ocurriría. A la misma conclusión de ausencia de peligro llegaría un espectador omnisciente situado *ex ante*. Para él ninguna tentativa que queda en tal (no llega a la consumación) era peligrosa. No es éste el sentido en que se usa el término peligro en el texto, sino en el sentido de juicio de pronóstico *ex ante*, desde la posición del autor, que parte del desconocimiento de ciertos elementos de la situación.

(34) Ello no ocurre en toda tentativa. Por supuesto no ocurre cuando la tentativa es inacabada y el sujeto lo sabe, y tampoco en la tentativa acabada cuando el autor es consciente de que no es seguro que el intento produzca la consumación.

(35) Silva Sánchez, *El nuevo Código...* cit., p. 132, nota 338, afirma: "es preciso subrayar que, desde una perspectiva de análisis económico, la punición de la tentativa inidónea introduce costes adicionales a los de la punición de la consumación y de la tentativa idónea, de modo que todavía hace más antieconómica la decisión delictiva. La sanción de la tentativa inidónea es, pues, eficiente".

(36) Cfr. Mir Puig, *Derecho penal*, 5º ed. cit., L 9/63, pp. 209 s.

(37) Cfr. Welzel, *El nuevo sistema del Derecho penal*, 1964, p. 77. Acoge esta expresión Gracia Martín, RDPCP 1999 cit., p. 346. Habla, de forma parecida, de "radio de acción de la conducta" Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal*, II, 6º ed., p. 114, y RDPCP 1998 cit., p. 21.

(38) Insiste con razón en ello Gracia Martín, RDPCP 1999 cit., p. 346.

(39) Cuestión distinta es si la tentativa idónea exige la misma *cantidad* de peligro que el delito de peligro concreto. Es esto, a mi juicio, lo que niega Roxin, op. cit., p. 261, por entender que en el delito de peligro concreto "el resultado sólo queda sin producirse por una casualidad, mientras que en la tentativa inidónea la frustración puede deberse a acciones de defensa previstas en el plan". Pero esta posible diferencia *cuantitativa* no impide una coincidencia *cualitativa* entre la tentativa idónea y el delito de peligro concreto: en ambos hay un bien jurídico-penal cercano a la conducta peligrosa. Esto es lo que debe tener presente Roxin cuando, pese a la diferencia apuntada, afirma que la tentativa idónea supone "un hecho penal de puesta en peligro *sui generis*, parecido a un delito de peligro concreto" (op. cit., p. 261, la cursiva es mía).

(40) Cfr. Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 187 ss., que en base a ello entiende que existe una diferencia estructural entre la tentativa y los delitos de peligro concreto.

(41) Es evidente, en cambio, que el tipo subjetivo es distinto en ambas figuras, como acertadamente señala Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., p. 228, como también tiene razón este autor al hacer la reserva de que la coincidencia básica de los tipos objetivos de la tentativa inidónea y de los delitos de peligro abstractos existirá sólo si se admite que también en éstos hay que exigir la presencia de peligro *ex ante* de la conducta.

(42) Sin embargo, los delitos de peligro abstracto no excluyen la *posibilidad* de que la conducta realmente resulte próxima a la lesión de un bien jurídico concreto ni tampoco la de que acabe lesionando un bien jurídico -aunque la ley puede disponer que en tales casos deje de castigarse el delito de peligro abstracto y se castigue sólo el de peligro concreto o de lesión, como hace el art. 383 CP en materia de delitos contra la seguridad del tráfico para el caso de que se haya llegado a producir un delito de lesión de mayor gravedad-, sino que no *exigen* dicho resultado. En cambio, la tentativa inidónea excluye conceptualmente la puesta en peligro concreta que requieren los delitos de peligro concreto (una tentativa sólo produce este resultado cuando es idónea) y, desde luego, nunca puede determinar la lesión del bien jurídico -aunque esto último también vale para la tentativa idónea en sentido estricto, esto es, la que no va seguida de consumación.

(43) De lo que sigue en el texto se advertirá que no uso el concepto de peligro estadístico para obviar la necesidad de exigir que en el caso concreto exista verdadero peligro *ex ante* para una persona prudente situada en la posición del autor - el peligro intersubjetivo que, según he dicho más arriba, exige la redacción del actual art. 16 CP-. No creo, pues, que me alcancen las críticas que justificadamente dirige Alcácer, *Tentativa inidónea* cit., pp. 231 ss., al concepto de peligrosidad

estadística cuando se requiere *en lugar del* concreto peligro *ex ante* de la conducta. Si utilizo el concepto de peligrosidad estadística no lo hago en el sentido de que no requiera peligro (*ex ante*) en el caso concreto, sino en el sentido de que *además* supone plena *lesividad* en otros muchos casos (también podría hablar de "lesividad estadística"). Ello puede y debe ser tenido en cuenta por el legislador a la hora de decidir si castiga o no la tentativa, que entonces se presenta *no sólo* como apariencia *ex ante* de posibilidad de una lesión determinada -posibilidad que *ex post* se demuestra inexistente -sino como conducta perteneciente a un conjunto de conductas que estadísticamente producen con frecuencia aquella clase de lesión. El problema global que ello supone para un Derecho penal que trate de controlar todo este conjunto de lesiones se pone de manifiesto en conductas como la conducción bajo el efecto de alcohol u otras drogas: si queremos disminuir el número global de lesiones producidas por esta clase de conductas, lo conseguiremos más fácilmente castigando no sólo las que efectivamente lesionen la vida o salud de alguna persona, sino toda conducción influenciada por alcohol o drogas que suponga un peligro *ex ante* para aquellos bienes jurídicos. Por otra parte, en la tentativa inidónea con falta de objeto me parece especialmente conveniente salir al paso de la posible objeción de que en ella no puede decirse que el supuesto objeto haya estado en peligro, ya que o no existía (por no haber existido nunca o haber dejado de existir), o no estaba presente en el momento de los hechos, por mucho que *ex ante* pudiera parecer todo lo contrario. Es fácil decir, p. ej., que "no se puede poner en peligro a alguien que ya ha muerto con anterioridad", aunque dicha muerte no fuera perceptible por el autor porque tuvo lugar pocos momentos antes. Aquí se está utilizando el término peligro en el sentido retrospectivo de quien lo afirma sabiendo lo que después se descubre, o desde la posición *ex ante* de alguien omnisciente o que sabía lo que el autor no podía saber. Desde luego, ello no impide considerar que cualquier persona situada en la posición del autor-que es la posición relevante en la tentativa -habría considerado peligroso para la víctima atentar contra ella. Pero esto puede considerarse insuficiente desde una perspectiva *ex post*, como lo prueba la resistencia que existe en muchos autores y jueces en admitir la punibilidad en casos de falta de objeto. Frente a esto, en el texto quiero poner de relieve que la lesividad estadística de conductas como éstas ofrece un motivo de punición análogo al que aconseja al legislador a castigar delitos de peligro abstracto como la conducción bajo el efecto de bebidas alcohólicas o drogas. Tampoco en estos delitos de peligro abstracto hace falta la presencia de bienes jurídicos que entren en el radio de acción de la conducta peligrosa. Pero, como en estos casos, la punición de tentativas con falta de objeto puede justificarse no sólo por el peligro *ex ante* de la conducta concreta, sino también porque dicha punición tiene un sentido preventivo global que permite disminuir el número de lesiones producidas (*ex post*) por otras conductas que *ex ante* no pueden distinguirse de aquélla.

También quiero aclarar que la peligrosidad propia de la tentativa inidónea, aun siendo de la misma clase que la necesaria para todo delito de peligro abstracto, exige más concreta referencia al peligro *ex ante* para un bien jurídico determinado. Ello se debe a que en la tentativa no existe una descripción típica de una conducta específica, como la de conducción bajo los efectos del alcohol o drogas, seleccionada por su especial peligrosidad estadística, sino que la ley utiliza una definición genérica válida para toda clase de delitos (contra la vida, contra la propiedad, etc.) y que en cada uno de ellos permite formas de ejecución tan diversas como lo permita la imaginación del autor. La cuestión de si los actos de ejecución son "objetivamente" adecuados para producir la consumación del delito correspondiente exige, entonces, comprobar de forma muy concreta si *ex ante* dicha consumación parecía posible. Así, para afirmar si disparar sobre la forma que se ve en una cama constituye una tentativa punible de asesinato hay que comprobar que, por las concretas condiciones de oscuridad de la habitación y de apariencia de que en la cama hay una persona que duerme, una persona media colocada en el lugar del autor podría creerlo como lo cree el que dispara sobre el supuesto durmiente. Desde luego, no bastaría una conducta tan genérica como la de disparar a una ventana sin saber si hay alguien tras ella -ejemplo que pone Alcácer (op. cit., p. 236) de conducta peligrosa en abstracto pero que no lo sería, sin más en el caso concreto.

(*) *Este artículo está publicado en papel en la Revista Jurídica de Cataluña, núm. 3, 2001, págs. 63-90 (691-718).*

SOBRE LA PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL NUEVO CÓDIGO PENAL

Santiago Mir Puig

RESUMEN: *El Código penal de 1995 ha modificado la definición de tentativa, cuyo art. 16 ahora exige la realización de actos de ejecución que "objetivamente deberían producir el resultado" y que, no obstante, no alcanzan a consumar el delito. Esta exigencia de objetividad ha llevado a alguna sentencia a negar que la "tentativa inidónea" siga siendo punible, aunque la jurisprudencia del Tribunal Supremo parece decantarse a favor de considerar punibles aquellas tentativas inidóneas que ex ante y desde el punto de vista del autor aparecieran como capaces de consumar el delito. Este trabajo constituye una reflexión sobre el fundamento y los límites de la tentativa inidónea y los pone en relación con la categoría de los delitos de peligro abstracto.*

PALABRAS CLAVES: *Tentativa, tentativa inidónea, delito imposible, ejecución del delito, iter criminis, delitos de peligro, peligro concreto, peligro abstracto.*

FECHA DE PUBLICACIÓN EN RECPC: *16 de noviembre de 2001.*