

Doctrina



Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

A la memoria
de Juan Bustos Ramírez

Felipe Caballero Brun¹

*Abogado, Doctor en Derecho
por la Universidad de Salamanca*

Revista Penal, n.º 23.—Enero 2009

RESUMEN: *En el presente artículo se aborda el estado de la cuestión relativa a la punibilidad de la tentativa y sus límites conforme al derecho positivo español. Asimismo se hace una revisión crítica de los criterios que ha venido exponiendo la jurisprudencia en este tema y se toma posición personal respecto a las exigencias mínimas que deben cumplir las tentativas para su punibilidad.*

PALABRAS CLAVES: *tentativa, tentativa inidónea, inidoneidad absoluta, inidoneidad relativa, derecho penal español, peligro como fundamento del injusto.*

SUMMARY: *The present work explores into the spanish legal limits of the attempted crime and his punishment.*

KEY WORDS: *Attempted crime, impossible attempted crime, spanish criminal law.*

SUMARIO: *I. Introducción. I.1. Dedicatoria. I.2. Planteamiento del problema a tratar. II. Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para fundamentar su doctrina. II.1. El argumento relativo al tenor literal que fluye del concepto de tentativa II.2. El argumento de la continuidad de regulación en torno al delito imposible o tentativa inidónea. II.3. El argumento de la aptitud racional (u objetiva) del plan del autor. III. Estado de la discusión doctrinal en España sobre la comúnmente denominada tentativa inidónea. III.1. La punibilidad de las tentativas peligrosas ex ante (según la valoración de un observador objetivo). III.2. La no punibilidad de las tentativas que carecen de peligrosidad (establecida en concreto). IV. Revisión crítica y toma de posición.*

I. Introducción

I.1. Dedicatoria

El 07 de agosto de 2008 nos dejó el profesor, maestro y amigo Juan Bustos Ramírez. Su partida cierra un ciclo para muchos de los que fuimos sus discípulos y logramos comprender su especial forma de percibir el derecho penal; la cual por sobre todo representaba la mirada sensible de quien es capaz de remover obstáculos, abrir ventanas y

mostrar los muchos horizontes que tras ellas suelen esconderse.

Descontada la diversa e influyente literatura científica producida por Juan Bustos, talvez otro de sus importantes logros académicos sea el haber formado a muchas generaciones de juristas. Su innata vocación docente, espíritu crítico y generosidad intelectual potenciaron la que fue una permanente contribución suya a la *transmisión/transformación* del conocimiento teórico y práctico, incluso más allá de la universidad y del aula de clases.

1. Email: fcb@usal.es.

Revista Penal

Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

Así cuando recién se iniciaba la década de 1990 Juan retornaba a Chile del exilio y, quienes tuvimos en dicha época la oportunidad histórica de formarnos con él, poco a poco nos fuimos dando cuenta que nuestras anquilosadas formas de percibir y acercarnos al derecho se remecían y transformaban en profundidad. Juan Bustos se atrevió a desenmascarar aquellos lugares comunes con que el derecho político hasta ese entonces se enseñaba y a señalar con agudeza las funciones encubridoras subyacentes a todo sistema penal, sin importar el lugar del mundo donde este se situara. Nos demostró y evidenció que la pena era «*autoconstatación del poder estatal*», que mediante ella el Estado acreditaba su vigencia al resto de los ciudadanos. Naturalmente que afirmaciones de esta originalidad y tenor eran atractivas, motivadoras, seductoras y, al ser indudablemente críticas del orden vigente, gustaban de sobremañera a quienes no visualizábamos la relevancia que el derecho podía llegar a poseer como disciplina del conocimiento.

Hacia 1992 Juan organizó en Chile el *Seminario Profundizado de Ciencias Penales* que, bajo su iniciativa y dirección, funcionó ininterrumpidamente por aproximadamente diez años. En este seminario participaron sus más inquietos alumnos de pregrado de las distintas Facultades de Derecho donde, a la época, desempeñaba la docencia². El mismo sirvió como una instancia seria y rigurosa para la formación de jóvenes penalistas y fue capaz de producir algunos proyectos legislativos sobre modificaciones al Código Penal, así como también una interesante discusión —plasmada en artículos y *papers*— sobre aspectos relevantes de política criminal, criminología y de dogmática jurídico penal, tanto de parte general como especial. Es dable destacar que este Seminario no tuvo apoyo institucional alguno y las respectivas sesiones de trabajo se desarrollaban, indistintamente, en la casa o el despacho de «*Don Juan*»: quien además facilitaba su biblioteca personal a fin de poder acceder a aquella bibliografía extranjera más reciente y que, a la época, no era posible encontrar en las bibliotecas universitarias.

Dar fe de lo anterior excede a la formalización del agradecimiento profundo que todo discípulo ha de tener respecto a su maestro. Tan solo implica recordar la propia experiencia y la de muchos que fuimos formados por quien ahora homenajeamos. Constituye además una manifestación de justicia hacia quien tuvo la valentía de develar los

compromisos ideológicos, debilidades fundamentadoras e incoherencias sistemáticas de un derecho penal que, por comodidad, se situaba preferentemente en el ámbito especulativo a fin de evitar someterse al control del ciudadano y a mecanismos de contrastabilidad.

Pero, ante todo, constituye un acto de reconocimiento a ese consecuente y marcado idealismo de Juan que, como característica vital de su persona, lo determinó a la necesidad constante de imaginar otros mundos posibles y de construir planteamientos alternativos.

Asimismo no debemos olvidar que Juan se dio el esfuerzo generoso y desinteresado de contribuir a la formación de muchas generaciones de abogados y académicos en Chile, América Latina y España. Esa sola circunstancia lo pone a él por sobre el resto de los maestros que habitualmente suele encontrarse. Pero por sobre todo impone a quienes lograron captar dicha diferencia un enorme desafío futuro. Si bien ahora las espaldas de Juan se van perdiendo en el horizonte, ellas van marcando el camino por el que debemos transitar y así no apartarnos de lo que nuestro maestro y amigo con su bella y humilde sonrisa nos regaló.

Es en este contexto que hemos escrito el artículo que ofrecemos a continuación; en la convicción de que la mejor manera de honrar el esfuerzo de una vida dedicada a la universidad, la docencia y el derecho es demostrando que ese esfuerzo ha sido también capaz de generar sus frutos.

I.2. Planteamiento del problema a tratar

Si bien, inmediatamente después de la entrada en vigencia del CP 1995, la Sala Segunda del Tribunal Supremo (en adelante Tribunal Supremo) se pronunció en dos fallos aislados por la no punibilidad —conforme a la nueva regulación sustantiva— de la tentativa inidónea y del delito imposible³, debe reconocerse que en los pronunciamientos posteriores a 1999, en los cuales se han debatido dichas figuras, la mencionada Sala ha sostenido —invariable y categóricamente— la punibilidad de aquellos comportamientos inidóneos que se desarrollan objetivamente conforme al plan del autor⁴. Además en el informe del Tribunal Supremo correspondiente al período 2002-2003, se ha afirmado que «en cuanto a la polémica cuestión de la tentativa inidónea, la posición actual, ...»

2. Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello y Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

3. Uno de estos fallos aludidos es el contenido en la STS N° 842/1999 de 28/05/1999 (ponente Martín Pallín); la cual tiene como principales argumentos —para sostener la no punibilidad del delito imposible y de la tentativa inidónea en el CP 1995— la supresión del párrafo 2° del art. 52 del antiguo CP (que expresamente hacía alusión a estos supuestos) y la utilización del adverbio “objetivamente” en la definición de tentativa contemplada en el art. 16 del CP 1995.

4. Así las SSTS Nos 289/2007 de 04/04/2007 (ponente Jiménez García), 477/2006 de 13/04/2006 (ponente Sánchez Melgar), 78/2005 de 28/01/2005 (ponente Sánchez Melgar), 749/2004 de 07/06/2004 (ponente Monterde Ferrer), 630/2004 de 18/05/2004 (ponente Bacigalupo Zapater), 1326/2003 de 13/10/2003 (ponente Jiménez García), 2122/2002 de 20/01/2003 (ponente Moner Muñoz), 1250/2002 de 05/07/2002 (ponente Bacigalupo Zapater), 1124/2001 de 13/06/2001 (ponente Bacigalupo Zapater), 379/2000 de 13/03/2000 (ponente Bacigalupo Zapater) y 1000/1999 de 21/06/1999.

es la de considerar punibles los actos inidóneos, cuando el plan del autor se despliega objetivamente, para conseguir su finalidad delictiva, que no se produce por causas ajenas al mismo»⁵.

Pareciera entonces que, a partir de la interpretación casacional del derecho penal vigente en España (CP de 1995), el Tribunal Supremo habría resuelto el nada pacífico problema de la denominada tentativa inidónea en favor de su punibilidad.

En el presente artículo trataremos de sistematizar los fundamentos tenidos en cuenta por el Tribunal Supremo para arribar a la conclusión antedicha, revisaremos algunos de los diversos planteamientos doctrinales que se han esbozado sobre la materia y explicitaremos nuestra posición personal sobre el tema.

II. Los argumentos utilizados por el Tribunal Supremo para fundamentar su doctrina

II.1. El argumento relativo al tenor literal que fluye del concepto de tentativa⁶

El Tribunal Supremo ha sostenido que la introducción del adverbio *objetivamente*, en la definición de la figura de tentativa contemplada en el art. 16 del CP de 1995, no limitaría la punibilidad de las tentativas solamente a aquellas tradicionalmente denominadas idóneas. Para el referido Tribunal *objetivamente* significaría —en el contexto de dicho artículo— «que el plan o actuación del autor, objetivamente considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado»⁷. De este modo *objetivamente* no implicaría la idoneidad de los medios o del objeto; la utilización de dicha locución solo expresaría la necesidad de que la producción del resultado no ha de depender de la imaginación o fantasía del autor, sino de un plan que tenga fundamento racional⁸.

II.2. El argumento de la continuidad de regulación en torno al delito imposible o tentativa inidónea

El Tribunal Supremo afirma no ser efectivo que el CP de 1995 hubiere suprimido la regulación del delito imposible o tentativa inidónea. En este sentido plantea que la fórmula utilizada por el referido código —de redefinir la tentativa en el art. 16 y fijar su penalidad en el art. 62— permitiría sostener que la misma «... se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de medios al fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa inidónea por idoneidad relativa no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior Código Penal, solo que con distinta sistemática»⁹.

II.3. El argumento de la aptitud racional (u objetiva) del plan del autor

A partir de la inteligencia que ha hecho del concepto de tentativa (*supra*. II.1.—), el Tribunal Supremo establece como criterio interpretativo que la objetividad de los actos, requerida por el legislador en la tentativa para establecer la punibilidad de ésta, ha de estar referida a la *aptitud racional (u objetiva) del plan del autor*. De este modo, conforme a lo planteado por el Tribunal Supremo, el plan del agente —en la medida que sea racionalmente apto para la consecución del fin propuesto— determinará necesariamente la punibilidad de aquellos supuestos intentados¹⁰. Dentro de esta lógica, pareciera además que para el Tribunal Supremo, categorías como *utilización de medios generalmente idóneos*¹¹ o *aptitud objetiva del acto para producir el resultado*¹² cumplen funciones análogas al criterio de aptitud racional del plan del autor.

A su vez la *aptitud racional u objetiva (del plan del autor)* debe ser valorada como tal, por el juzgador, según el propio plan del autor¹³. Este planteamiento, establecido por el Tribunal Supremo, pareciera acoger

5. Cfr. Informe de la actividad de la Sala Segunda en lo Penal del Tribunal Supremo correspondiente al período 2002-03. Puede revisarse en la siguiente dirección: <http://www.poderjudicial.es/eversuite/GetDoc?DBName=dPortal&eShowPath=false&UniqueKeyValue=3408>

6. Este argumento pareciera que busca hacerse cargo de aquellas opiniones doctrinales que han planteado que el concepto de tentativa acuñado en el art. 16 CP 1995 impediría considerar —dentro de dicho círculo conceptual— a la tentativa inidónea.

7. Cfr. Fundamento de Derecho 3º de la STS Nº 1000/1999 de 21/06/1999.

8. Cfr. Fundamento de Derecho 4º de la STS Nº 1124/2001 de 13/06/2001.

9. Cfr. fundamentos de Derecho 3º de la STS Nº 1326/2003 de 13/10/2003 y 4º de la STS Nº 1124/2001 de 13/06/2001.

10. Cfr. fundamento de derecho 1º B) de la STS Nº 2122/2002 de 20/01/2003 y fundamento de derecho 1º de la STS Nº 630/2004 de 18/05/2004. En esta última se sostiene, expresamente, que «toda tentativa en la que la realización del tipo no sea dependiente de la mera imaginación del autor, sino de un plan objetivamente racional, es punible en el derecho vigente».

11. Cfr. fundamentos de derecho 3º y 1º, respectivamente, de las SSTs Nº 1000/1999 y Nº 379/2000.

12. Cfr. fundamento de derecho 1º de la STS Nº 630/2004 de 18/05/2004.

13. Cfr. fundamento de derecho 1º 2. de la STS Nº 630/2004 de 18/05/2004, en la cual se expone: «Es claro, sin embargo, que esta nueva redacción (refiriéndose a la del art. 16.1 CP 1995) no determina quién es el sujeto que debe hacer el juicio sobre la aptitud objetiva del acto para producir el resultado, o mejor dicho, la realización del tipo. En efecto, si dicha aptitud objetiva se establece según el plan del autor, será claro que el error del mismo sobre la posibilidad de consumar el delito con la acción proyectada determinará la impunidad sólo en el caso en el que el autor haya estructurado su plan pretendiendo la consumación mediante los medios que la doctrina designa como irreales o supersticiosos. El criterio del plan del autor es, por otra parte, el más adecuado a la

Revista Penal

Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

el parámetro —mayoritario hoy en la doctrina española¹⁴— de utilizar un criterio *ex ante* a efectos de evaluar y ponderar la aptitud o idoneidad peligrosa que han de poseer los actos (integrantes del plan del autor) para la producción del resultado.

III. La discusión doctrinal en España sobre la comúnmente denominada tentativa inidónea¹⁵

Sin perjuicio de reconocer lo equívoca que resulta la terminología de *tentativa inidónea*, así como la evidente falta de univocidad en la utilización de la misma que es posible apreciar en la doctrina española¹⁶, es innegable que lo realmente importante —al momento de acotar la cuestión problemática subyacente— es la determinación cierta de si los grupos de casos a ella referidos resultan punibles o no conforme al derecho vigente.

En un primer nivel del análisis pareciera existir claro consenso en la doctrina¹⁷ en torno a considerar como no

punibles los supuestos comúnmente denominados de tentativa irreal o supersticiosa¹⁸.

Despejado este primer nivel del análisis, la complejidad y los matices del problema se asoman con vehemencia. Así un sector doctrinal —a partir de la supresión de toda referencia al delito imposible y, específicamente, frente a la exigencia de objetividad de los actos ejecutivos establecida en el art. 16.1 del CP— ha entendido que la comúnmente denominada tentativa inidónea resultaría impune en el CP 1995¹⁹. Esta posición —como hemos señalado antes en este trabajo (cfr. *supra* I.2)— solo tuvo hasta 1999 aislado reconocimiento en la jurisprudencia del Tribunal Supremo²⁰.

Otro sector doctrinal ha planteado que —conforme a los arts. 16.1 y 62 del CP— solo tendría cabida la punibilidad de la tentativa relativamente inidónea, excluyéndose la punibilidad de aquella absolutamente inidónea²¹.

Pero la verdad es que hoy en día no resultan clarificadores para resolver la cuestión los antiguos criterios diferenciado-

ley vigente, dado que no es posible justificar político-criminalmente la impunidad del agente que exterioriza en la acción una voluntad racional claramente delictiva, que no ha alcanzado la consumación simplemente por el error del autor».

14. Vid. por todos Núñez Paz; «El Delito Intentado», Colex, Madrid, 2003, pp. 87 y ss. (en específico p. 90).

15. Sobre el estado de la discusión en profundidad ver, entre otros, Doval Pais; «La Penalidad de las Tentativas de Delito», Tirant Lo Blanch, Valencia, 2001, pp. 39 y ss.; Alcácer Guirao; «Tentativa y Formas de Autoría», Edisofer, Madrid, 2001; Mir Puig; «Sobre la Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Nuevo Código Penal», en RECPC 03-06 (2001); Cuello Contreras; «El Estado de la Discusión Doctrinal en Torno al Fundamento de la Tentativa», y Serrano-Piedecabras; «Fundamento de la Punición de la Tentativa», ambos artículos en «El Nuevo Código Penal: Presupuestos y Fundamentos», libro homenaje al Profesor Doctor Don Ángel Torío López, Comares, Granada, 1999, respectivamente en las pp. 285 y ss. y 521 y ss.; Sánchez García de Paz; «El Moderno Derecho Penal y la Anticipación de la Tutela Penal», Universidad de Valladolid, 1999, pp. 20 y ss.; Moreno-Torres Herrera; «Tentativa de Delito y Delito Irreal», Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999 y Sola Reche; «La Llamada Tentativa Inidónea de Delito. Aspectos Básicos», Comares, Granada, 1996.

16. Vid. Farré Trepas; «La Tentativa de Delito (Doctrina y Jurisprudencia)», Bosch, Barcelona, 1986, pp. 347 y ss.; Moreno-Torres Herrera; op. cit., pp. 252 y ss y Sola Reche, Esteban, op. cit., pp. 11 y ss.

17. Así, entre otros, Sola Reche, op. cit., pp. 229 y ss.; Cerezo Mir, *La Regulación del Iter Criminis y la Concepción de lo Injusto en el Nuevo Código Penal Español*, en RDPC 2ª época, N° 1/1998, pp. 20 y ss., Gimbernat Ordeig, Prólogo al Código Penal, Tecnos, 6ª edición, 1997, pp. 17 y ss.; Silva Sánchez, «El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales», Barcelona, 1997, pp. 133 y ss.; Mir Puig; «Derecho Penal Parte General», 4ª edición, Reppertor, Barcelona, 1996, p. 348, Muñoz Conde y García Arán, «Derecho Penal Parte General» (2ª edición), Tirant Lo Blanch, Valencia, 1996, p. 439 y ss., Bacigalupo Zapater, «Principios de Derecho Penal, Parte General», 4ª edición, Akal, Madrid, 1997, p. 341; Quintero Olivares, en Quintero Olivares (Director), «Comentarios al Nuevo Código Penal», Aranzadi, Pamplona, 1996, p. 120 y Rodríguez Mourullo, en Rodríguez Mourullo (Director), «Comentarios al Código Penal», Civitas, Madrid, 1997, pp. 16 y Vives Antón, en Vives Antón (Coordinador), «Comentarios al Código Penal de 1995», Vol. I, Tirant Lo Blanch, 1996, p. 100.

18. Vid. Núñez Paz, op. cit., pag 95, quien no comparte una identidad estructural entre tentativa irreal y supersticiosa, advirtiendo entre ellas una relación de género a especie que en, todo caso, no afectaría la no punibilidad de las mismas debido a que «en ningún caso se pone el peligro el bien jurídico protegido».

19. Así, entre otros, Vives Antón, op. y loc. cit.

20. Vid. STS N° 842/1999 de 28/05/1999 (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.

21. Así Quintero Olivares en op. cit., p. 120 y Rodríguez Mourullo, op. cit., pp. 16-17. Este último sostiene expresamente: «La nueva definición de la tentativa al exigir la posibilidad de producción objetiva del resultado, entraña la idoneidad también objetiva de los medios empleados. Por consiguiente, sólo podrán reconducirse a la tentativa punible aquellos casos de tentativa relativamente inidónea en los que el medio empleado era, en principio, idóneo, si bien resultó insuficiente (dosis de veneno menor que la necesaria para causar la muerte)». También Bustos Ramírez/Hormazábal Malaree, en Obras Completas de Juan Bustos Ramírez, T. I, ARA Editores, Lima, 2004, p. 1058, quienes, si bien, parten de la base que —conforme al sistema adoptado por el CP 1995— toda tentativa inidónea es impune, estiman que algunos casos extremos, tradicionalmente entendidos como supuestos de tentativas relativamente inidóneas (p/ej. caso del que dispara sobre su víctima, pero sin acercarse lo suficiente, con lo que las balas dan en el vacío), deben ser tratados como tentativas punibles conforme al art. 16.1 del CP.

res de «inidoneidad absoluta» o «inidoneidad relativa»²². Se estima, con razón, que toda tentativa, ya sea por motivos fácticos o jurídicos, siempre será inidónea desde la perspectiva de la consumación del delito²³. Por ello entonces que —a partir de una concepción material del injusto— resulte más adecuado y coherente enfocar el problema en torno a la ponderación y valoración de la peligrosidad que, para el bien jurídico, el comportamiento intentado hubiere entrañado.

De ahí que, en un segundo nivel del análisis, sea posible advertir en la doctrina actual (sin perjuicio de reconocer por cierto la existencia de interesantes matices) básicamente dos criterios dirigidos a elaborar un fundamento material que permita la diferenciación entre la tentativa punible y la que no lo es²⁴.

Un primer criterio se identifica con aquellos planteamientos que propugnan la punibilidad de los intentos que puedan considerarse peligrosos *ex ante*. Y el otro con aquellos planteamientos que exigen el establecimiento *ex post* de un peligro concreto de los comportamientos intentados.

III.1. La punibilidad de las tentativas peligrosas *ex ante* según la valoración de un observador objetivo

Pareciera que resulta mayoritaria —si bien con distintos fundamentos— la doctrina que se inclina (expresa o tácitamente) por la utilización de un criterio *ex ante* al momento de valorar la peligrosidad del comportamiento intentado²⁵.

Así, al interpretar los arts. 16.1 y 62 del CP 1995, algunos autores como Cerezo Mir²⁶ y Sola Reche²⁷ diferencian marcadamente el *resultado de peligro* de la *peligrosidad de la acción* para sostener que la punibilidad de la tentativa se extiende también a aquellas *acciones peligrosas* que no producen un *resultado peligroso*; toda vez que la valoración del contenido de éstas (peligrosas o no) ha de realizarse por el juzgador desde una perspectiva *ex ante*. El criterio correcto —según esta posición— implica exigir que la producción del resultado aparezca *ex ante* como una consecuencia no absolutamente improbable, pero sin que sea necesaria la producción de un resultado de peligro para un bien jurídico.

Desde otra perspectiva Mir Puig²⁸ plantea que la locución *objetivamente* utilizada por el legislador en el art. 16.1 CP debe entenderse, tan solo, como exigencia de entendimiento intersubjetivo²⁹. Y en ese contexto bastará la apariencia *ex ante* de idoneidad (determinada por el criterio del observador medio) para establecer el juicio de *peligrosidad estadística* del hecho y con ello extender la categoría de tentativa a supuestos que, constatados *ex post*, no eran materialmente peligrosos³⁰.

Por su parte resulta interesante constatar la absoluta identidad que la doctrina del Tribunal Supremo antes analizada posee con el planteamiento sostenido en este tema por Bacigalupo Zapater³¹; para quien *objetivamente*, en el art. 16.1, alude a la necesidad de fundamento racional

22. También en este sentido Núñez Paz, op. cit., p. 110 y Bacigalupo Zapater, op. cit., p. 341.

23. Cfr. Muñoz Conde/García Arán, op. cit., p. 439.

24. Estas posiciones doctrinales, si bien sólo en sus efectos prácticos y no en sus fundamentos, se condicen con aquellas expuestas en el fundamento de derecho 1º de la STS 2122/2002.

25. Entre otros cfr. Cerezo Mir, «Derecho Penal Parte General» (Lecciones 26-40), UNED, Madrid, 1997, p. 128, Sola Reche, op. cit., p. 177, Muñoz Conde/García Arán; op. cit., p. 440; Jiménez Díaz; *Comentario al art. 16*, en «Comentarios al Código Penal» (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal), VV AA, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, p. 796; Núñez Paz, op. cit. pp. 111 y ss.; Mir Puig; «Derecho Penal Parte General», ya. cit., p. 349, Bacigalupo Zapater, op. cit. pp. 339 y ss. y Farré Trepal, op. cit., pp. 392 y 393.

26. Op. y loc. cit.

27. Cfr. op. cit., pp. 176 y ss. Es importante destacar que el mencionado autor llega a esta conclusión a pesar de tener una concepción dualista de la antijuricidad. Específicamente sostiene (op. cit. p. 177): «Así, una concepción dualista de lo injusto, como la aquí seguida, permite considerar en la medida de éste, aspectos constatables *ex post*, sin perjudicar con ello la valoración capital de la conducta desde la perspectiva *ex ante*. Para esto tenemos la posibilidad de graduar lo injusto en el desvalor del resultado determinable *ex post*, que ya estaba constituido por una acción disvaliosa (cuya peligrosidad no ha de replantearse). Aunque falte el resultado porque no se haya materializado la lesión o la puesta en peligro, no hemos de concluir que la conducta no fuese peligrosa; las posibilidades son que la acción disvaliosa (peligrosa) ha generado, o no, un resultado disvalioso. Aún faltando éste en nada ha de influir para la valoración de capacidad de consumación, establecida *ex ante*. De lo que podemos concluir: 1. que *ex ante* se comprueba que hay tentativas (peligrosas) que alcanzan un resultado disvalioso, y otras que no; 2. la conducta no deja de ser antijurídica; 3. la medida de lo injusto es menor en el segundo caso que en el primero».

28. Cfr. los sugerentes argumentos que proporciona en «Sobre la Punibilidad de la Tentativa Inidónea en el Nuevo Código Penal», en RECPC 03-06 (2001).

29. En el mismo sentido también Doval Pais, op. cit. p. 43.

30. Cfr. Mir Puig, «Derecho Penal Parte General», ya cit., p. 347. Una crítica fuerte y contundente en torno la pretendida intersubjetividad que constituiría recurrir al observador medio, así como lo arbitrario que dicho recurso puede resultar se encuentra en Molina Fernández; «Antijuricidad Penal y Sistema del delito», Bosch, Barcelona, 2001, pp. 777-778. La misma crítica, pero ya desde el subjetivismo puede encontrarse en Sancinetti; «Teoría del Delito y Disvalor de Acción». Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pp. 504 y ss.

31. El interés a que aludo va más allá del hecho de haber sido precisamente el autor quien intervino como magistrado ponente en gran parte de los fallos antes analizados, sino en la circunstancia de que la influencia de su posición se ha materializado incluso en decisiones jurisdiccionales en las cuales no ha intervenido (así p/ej: STS N° 1326/2003 y 749/2004).

Revista Penal

Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

del plan del autor, cuestión que tiene que determinarse *ex ante* y desde la perspectiva del agente³².

III.2. La no punibilidad de las tentativas que carecen de peligrosidad (establecida en concreto)

En contraposición al criterio antes señalado un calificativo sector de la doctrina³³ —aunque minoritario— estima (con diversos argumentos) que, conforme al sistema del CP de 1995, toda tentativa, para ser punible, requiere de peligrosidad en concreto; la que ha de establecerse (*ex post*) al momento del juzgamiento.

De un lado la redacción del art. 16.1 CP le sirve a Polaino Navarrete para sostener que los actos ejecutivos propios de la tentativa requieren adecuación objetiva para producir el resultado. Así aquellos actos ejecutivos que no sean adecuados (objetivamente) para alcanzar el resultado no constituyen tentativa y por lo tanto no son punibles. Los actos ejecutivos propios de la tentativa, conforme a la posición de Polaino Navarrete, han de ser idóneos (objetivamente adecuados para la producción del resultado) tanto al momento de la comisión de los actos ejecutivos adecuados, como también al instante de la valoración jurídica de los mismos (o sea con posterioridad a su realización)³⁴.

Por otro lado, la interpretación colectiva de Berdugo/Arroyo/García/Ferré/Serrano ve en la cláusula «*deberían producir el resultado*» del art. 16.1 CP una exigencia de idoneidad respecto a los actos de la tentativa punible³⁵. A su vez esta idoneidad de los actos debe necesariamente provocar una situación de peligro (desvalor de resultado) que se identifica con la probabilidad de lesión del bien jurídico protegido. Por su parte este juicio de probabilidad debe ampliarse en su base más allá del conocimiento potencial acotado que se predica respecto al observador objetivo e incorporar todos los elementos que conforman la situación fáctica³⁶. De este modo —para los autores mencionados— los casos recurrentemente discutidos —como el intento de homicidio con el arma descargada, el intento de hacer abortar a una mujer que no está embarazada y el

disparo homicida sobre un cuerpo muerto— no constituyen tentativa punible conforme al sistema del CP de 1995; toda vez que no conllevan peligrosidad alguna porque la probabilidad de lesión del bien jurídico es cero. Los casos señalados constituyen «...supuestos carentes de desvalor de resultado y cuyo castigo ha sido justificado hasta ahora por la impresión que provoca en la comunidad el hecho de que alguien demuestre una voluntad antinormativa muy intensa (es decir, un elevado desvalor subjetivo de acción)»³⁷.

Por último, en el concepto de Serrano Piedecosas, resulta imprescindible que la tentativa para ser tal (y por ende punible conforme al CP 1995) contenga actos ejecutivos que, desde una perspectiva *ex ante*, sean idóneos para la creación de una concreta puesta en peligro establecida *ex post*³⁸. Esta posición reafirma la necesidad de ampliar el juicio de peligro a los elementos y variables efectivamente concurrentes.

IV. Revisión crítica y toma de posición

Entendemos que la doctrina sustentada actualmente por el Tribunal Supremo para delimitar la punibilidad de la tentativa carece de fundamentos sólidos, plausibles y convincentes. Nótese que cuando se recurre al argumento hermenéutico relacionado con el tenor literal del concepto legal de tentativa (*supra II.1*), el Tribunal Supremo realiza una interpretación extensiva de dicha cláusula que trae como consecuencia la mutación del sentido natural y obvio que fluye de la palabra «*objetivamente*» contenida en dicho concepto legal³⁹. Por su parte sostener la existencia de una supuesta continuidad de regulación en torno al delito imposible (*supra II.2*) parece contradecir de manera flagrante lo que resulta evidente. No puede haber continuidad de regulación cuando la norma que sostenía jurídico positivamente la teoría del delito imposible (art. 52.2 del CP de 1944) ha sido suprimida en el CP de 1995, y este último no contiene alguna (ni siquiera) similar. La continuidad de regulación es una situación diversa de la continuidad

32. Op. cit., p. 340.

33. Cfr. Polaino Navarrete, en «Comentarios al Código Penal» (Dirigidos por Manuel Cobo del Rosal), VV AA, Tomo I, Edersa, Madrid, 1999, pp. 841 y ss.; Serrano-Piedecosas; op. cit., pp. 546 y 547 y Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/García Rivas/Ferré Olivé y Serrano Piedecosas, «Lecciones de Derecho Penal Parte General», 2ª edición, Ed. Praxis, Barcelona, 1999, pp. 280 y ss.

34. Vid. op. cit., p. 848.

35. Vid. op. cit., p. 281.

36. Vid. op. cit., p. 282. Esta posición pareciera que es mantenida actualmente por estos autores; cfr. Berdugo Gómez de la Torre/Arroyo Zapatero/Ferré Olivé/García Rivas/Serrano Piedecosas y Terradillos Basoco; «Curso de Derecho Penal, Parte General», Ediciones Experiencia, Barcelona, 2004, p. 371.

37. Cfr. op. cit., p. 283.

38. Cfr. op. cit., p. 546. Sin perjuicio de lo planteado por este autor, debe destacarse que él deja la posibilidad abierta de que aquellos casos de inidoneidad no punibles a título de tentativa pudieren calificarse o subsumirse (autónomamente) en algún delito de peligro abstracto.

39. La ambigüedad y por lo mismo debilidad del argumento gramatical ha sido puesta de manifiesto por Moreno-Torres Herrera, op. cit., pp. 384 y ss.; para quien la nueva redacción de la regulación del CP de 1995 en materia de tentativa permite una doble posibilidad interpretativa.

de interpretación y presupone una sucesión temporal de normas idénticas y que llevan a las mismas consecuencias, cuestión que claramente no ha acaecido con el CP de 1995 en esta materia. Por último cuando el Tribunal Supremo entiende que la objetividad de los actos (requerida por el legislador para la punibilidad de la tentativa) ha de estar referida a la aptitud racional (u objetiva) del plan del autor (*supra* II.3) identifica «racionalidad» con «objetividad» a pesar de ser conceptos de diversa naturaleza, significación y uso. De ahí entonces que este recurso hermenéutico constituya una forma de interpretación extensiva que trae como consecuencia la ampliación de la punibilidad a formas no cubiertas expresamente por el legislador y por lo tanto entre en conflicto directo con el principio de legalidad.

A su vez, pareciera que también la doctrina ha enfocado el problema de los límites a la punibilidad de la tentativa desvinculándolo de las exigencias que impone el principio de legalidad. En general las interpretaciones doctrinales han girado en torno a la determinación del correcto alcance y significación que ha de darse a la voz «*objetivamente*» utilizada por el legislador en el art. 16.1 del CP, pero sin reparar que en algunos casos la consecuencia interpretativa puede ir más allá de lo directamente explicitado por el legislador.

Nótese que el propio Cerezo Mir reconoce que la interpretación del tenor literal del art. 16.1 del CP de 1995 llevaría a exigir la efectiva probabilidad de producción del resultado delictivo (lo que, según mi opinión, resulta coherente y sistemático con la regla de determinación de la pena contenida en el art. 62), pero plantea que dicha interpretación ha de descartarse, por razones de política criminal, «ya que se reduciría excesivamente el ámbito de las conductas punibles»⁴⁰. En otras palabras se está sosteniendo que a veces es político criminalmente adecuado ampliar el ámbito de lo punible y ello puede llevarse a cabo a través de una interpretación que sobrepase el tenor literal que fija la ley penal. De este modo el intérprete pasaría a convertirse en legislador, situación que —*de lege lata*— es claramente inadmisibles; toda vez que el CP de 1995 expresamente ha prohibido, en el art. 4.1, el recurso (*in malam partem*) a la analogía.

Si convenimos que en el problema de la tentativa lo que en rigor está en juego es la fundamentación de la necesidad político criminal de extender la punibilidad a comportamientos anteriores a la consumación, tendremos que aceptar que, en el contexto de un derecho penal

que reconoce (indiscutidamente) en el principio de legalidad un límite infranqueable, el legislador tiene mucho que decir en relación a ello y que, además, la forma o modo en que lo dice será relevante para acotar con certeza dicha punibilidad. Pareciera que dentro de esta lógica se inserta la posición de Bustos Ramírez⁴¹ que, en relación a la regulación del CP de 1944, abogaba directamente por la necesidad de que los casos más extremos comprendidos dentro de la comúnmente denominada tentativa inidónea (p.ej. quien dispara al corazón de otro sin saber que va en un coche blindado) se abordaran, *de lege ferenda*, a través de la creación de tipificaciones autónomas en base a la técnica de los delitos de peligro. Es importante destacar que esta posición de alguna manera es recogida, en relación a la actual regulación, por Serrano Piedecosas⁴² al plantear que los casos de tentativa inidónea que son impunes conforme al CP de 1995 podrían calificarse o subsumirse (autónomamente) en algún delito de peligro abstracto.

Sin perjuicio de lo anterior es posible apreciar en la doctrina (básicamente en la aludida *supra* III.1) una suerte de búsqueda en el CP de 1995 de un modelo subjetivista de injusto que a simple vista no es posible encontrar; y para ello se llegan a construir complejas estructuras de análisis que diferencian entre *resultado de peligro* y *peligrosidad de la acción* o entre los distintos momentos (*ex ante* y *ex post*) en que ha de valorarse el peligro. De alguna manera se quiere plantear una solución subjetivista a partir de un texto legal (arts. 16 y 62 CP 1995) que, según su sentido natural y obvio, claramente no lo es. Se intenta reproducir la discusión y soluciones ensayadas en la doctrina alemana⁴³, pero sin las normas positivas que a ella le sirven de sustento. Nótese que a pesar de la crítica que se puede hacer respecto al ortodoxo subjetivismo del legislador alemán en materia de tentativa, debe reconocerse que el *StGB* resulta de sumo respetuoso con el principio de legalidad al establecer expresamente que constituye tentativa aquella que se realiza de acuerdo con la propia representación del hecho (§22) y al establecer la punibilidad de aquella cuando se desconoce (por una falta de comprensión grave) que de ninguna manera se podría producir la consumación (§23.3). Es obvio que en base a un derecho positivo como el contenido en el *StGB* la discusión sobre la tentativa inidónea (incluso sobre la irreal o supersticiosa) habrá de darse necesariamente. Lo extraño resulta que se reproduzcan discusiones y se pretendan adoptar soluciones similares en aquellos sistemas jurídicos donde no

40. Cfr. op. cit., p. 128.

41. Cfr. *Castigo o Impunidad de la Tentativa Inidónea: un Falso Dilema*, en Obras Completas de Juan Bustos Ramírez, ARA Editores, Lima, 2004, T. II, pp. 302-303. Según afirma Farré Trepát (cfr. op. cit., p.32) esta posición también habría sido manifestada por Quintero Olivares en (la p. 239 de) su «Introducción al Derecho Penal» (Parte General) de 1982. Hacemos presente que, por no haberse encontrado, no se pudo acceder al texto y cotejar lo expuesto por la autora y de ahí la referencia a partir de lo que ella expone.

42. Cfr. «Fundamento de la Punición de...», p. 547.

43. Sobre dicha discusión cfr. Farré Trepát, op. cit., pp. 333 y ss.

Revista Penal

Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

existen previsiones legales en dicho sentido (así los arts. 16 y 62 del CP español).

Ahora bien, abordar el tema desde una dimensión meramente formal no resuelve el problema porque siempre será posible (como ocurrió antes con el art. 52.2 del CP de 1944) que el legislador modifique el derecho vigente y disponga otra cosa.

De ahí entonces, y entendiendo que con ello se contribuye a la elaboración de un sistema cimentado en principios sólidos, consistentes y generalizables, que el asunto ha de ser observado desde aquella perspectiva que nos traslada a revisar los fundamentos del injusto o (en otras palabras) el contenido de la antijuricidad⁴⁴. En este orden de ideas adherimos —siguiendo a Bustos Ramírez⁴⁵— a una teoría dualista del injusto estructurada, copulativamente, sobre el desvalor de acción y el desvalor de resultado⁴⁶. Con lo cual no puede plantearse la antijuricidad sin que la infracción de la norma prohibitiva o de mandato vaya acompañada, al menos, de una puesta en peligro del bien jurídico protegido por la misma.

De ahí que, coherentemente, para sostener la antijuricidad (y llegado el caso la punibilidad) de la tentativa siempre se deberá exigir la puesta en peligro del bien jurídico

protegido⁴⁷. Con lo cual el problema se convierte, básicamente, en una discusión sobre la idea de peligro y sobre la determinación del tiempo (o momento) en que se ha de realizar su vinculación con el bien jurídico.

Y es precisamente esta la discusión que nos lleva a la diferencia de criterios doctrinales expuestos anteriormente (*supra III*). Nótese que conforme a la doctrina mayoritaria en esta materia resultarían punibles —conforme al derecho penal vigente— todas aquellas tentativas que puedan ser valoradas, *ex ante* (desde la perspectiva de un observador «objetivo» o «racional»), como peligrosas; aunque con posterioridad se constate la inidoneidad de las mismas. De este modo la punibilidad o no de determinados supuestos de tentativa no quedaría resuelta en el nivel legislativo, sino que a partir de la aceptación o no del criterio de valoración *ex ante*. A pesar de ser evidente que en dicha cuestión se centra el núcleo del debate doctrinal sobre la tentativa inidónea y los delitos de peligro, es extraño que ello no haya sido explícitamente abordado por las sentencias del Tribunal Supremo revisadas para el presente trabajo. Más extraño aún (e incoherente con la decisión a que se arriba) es que, la única de éstas sentencias que aborda el tema⁴⁸, adopte un criterio *ex post* para esta-

44. Para un panorama general en torno a la evolución de la antijuricidad y sus implicancias dogmáticas *vid.* Huerta Tocildo; «Sobre el Contenido de la Antijuricidad», Tecnos, 1984. Nuevos e interesantes intentos por desformalizar el contenido de la antijuricidad constituyen los trabajos de Mir Puig; «Valoraciones, Normas y Antijuricidad Penal», en RECPC 06-02 (2004) y de Molina Fernández; «Antijuricidad Penal y Sistema del delito», Bosch, Barcelona, 2001. Específicamente, sobre las distintas posiciones fundamentadoras de la tentativa (en la actualidad) *vid.* Núñez Paz, *op. cit.*, pp. 23 y ss.

45. *Vid.* los siguientes trabajos del autor: «Del Estado Actual de la Teoría del Injusto», «Política criminal y Derecho Penal», «Consideraciones en Torno al Injusto», «Significación Social y Tipicidad» y «Política Criminal e Injusto»; todos en Obras Completas de Juan Bustos Ramírez, T. I y II, ARA Editores, Lima, 2004.

46. En contra de una posición dualista véanse las tesis subjetivistas de Sancinetti; «Teoría del Delito y Disvalor de Acción», Hammurabi, Buenos Aires, 1991 y Zielinski; «Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el Concepto de Ilícito», Hammurabi, Buenos Aires, 1990.

47. En este sentido Bustos Ramírez, *Castigo o Impunidad de la Tentativa Inidónea: un Falso Dilema*, ya cit., p. 298; quien —además del principio de lesividad— incorpora también el principio de culpabilidad por el hecho como fundamento de su crítica respecto de la punibilidad de la tentativa inidónea en la antigua regulación del CP de 1944.

48. Cfr. STS N° 1250/2002 de 05/07/2002, cuyo fundamento de derecho segundo transcribimos en lo medular: «De todo ello sólo surge que el plan del acusado era evidentemente incendiar la casa, sobre todo porque de otra manera no se justificaría que haya dañado el tubo de la bombona de gas. Sin embargo, también es claro que la prueba de la idoneidad del medio utilizado para extender el fuego sólo se basa en las suposiciones y conjeturas contenidas en el informe obrante en el folio 118 y ss. Un juicio *ex-post*, es decir, sobre lo realmente ocurrido, no permite afirmar que el fuego producido por la combustión de la colonia, que según han afirmado los testigos en el juicio era un producto para niños, haya tenido la capacidad de generar un incendio con el peligro requerido por el tipo penal. Esta conclusión se ve reforzada por el hecho de que a pesar de escape de gas no se llegó a producir una extensión del fuego realmente peligrosa para los bienes protegidos por el tipo del art. 351 CP. El informe pericial, que, como se dijo, analiza una serie de conjeturas referentes a lo que hubiera podido pasar, no ha proporcionado ninguna explicación plausible de por qué no ha pasado lo que hubiera podido pasar. Sus conclusiones sólo se refieren a las consecuencias posibles de cualquier incendio y a la posible evolución del incendio, si el fuego se hubiera desarrollado». «La sentencia recurrida sólo se basa en dicha pericia y en los fundamentos jurídicos no existe ninguna explicación de por qué razón el fuego no se propagó a otros ámbitos. Tales comprobaciones fácticas eran necesarias, pues el resultado de la acción en el delito del art. 351 CP no es cualquier producción de fuego, sino un incendio, que además debe generar un peligro para la vida o integridad física de las personas». «A la vista de lo anteriormente establecido, parece clara la inidoneidad del medio empleado, pues no sólo no llegó a producir el resultado de incendio, sino porque no se ha podido determinar que el fuego generado por el acusado hubiera podido llegar a causarlo. El art. 62 CP permite en todos los casos de tentativa atenuar la pena hasta en dos grados. La aplicación de esta disposición, sin embargo, requiere una especial justificación en el caso del delito del art. 351, pues éste prevé una atenuación especial, que sólo alcanza a un grado de la pena en los casos en los que el peligro causado sea de poca entidad. Teniendo en cuenta que la tentativa inidónea no determina un peligro

D o c t r i n a

blecer la idoneidad del medio utilizado para producir el peligro exigido por el tipo de incendio del art. 351 del CP y se termine condenando por tentativa (con un medio inidóneo) de dicho delito.

Pero por más que la doctrina mayoritariamente se incline por la aceptación del criterio *ex ante*, creemos que no puede ser acogido acríticamente como el único posible. La verdad es que es sumamente discutible que exista una pretendida necesidad lógica de formular siempre la valoración del peligro *ex ante* a fin de evitar la no punibilidad que se produciría respecto de toda tentativa (incluidas también las tradicionalmente denominadas idóneas). No es efectivo que, por definición y naturaleza, toda tentativa valorada *ex post* devenga en inidónea⁴⁹, toda vez que consecuentemente habría que concluir que toda tentativa valorada *ex ante* resultaría siempre peligrosa, incluso la irreal. Más allá del juego de denominaciones ello se podría llegar a compartir solo si, como destaca notablemente Polaino Navarrete⁵⁰, se observa dicho enunciado desde la perspectiva de la consumación, *pero no desde el propio nivel de análisis que constituye la tentativa*. En relación a lo anterior nótese que el propio Mir Puig reconoce como perfectamente posible distinguir *ex post* (una vez que se conocen todas las características del hecho) las tentativas «que en un principio eran capaces de la consumación (aunque luego fallen por circunstancias posteriores) y aquéllas otras que aparecen como incapaces de lesión desde un primer momento⁵¹. Y si ello se reconoce como teóricamente posible, entonces resulta evidentemente claro que el criterio *ex ante* constituye —en definitiva— solo una opción interpretativa que permite extender la punibi-

lidad⁵² a comportamientos donde no existía desde un primer momento la capacidad de puesta en peligro (aunque quien realizaba el comportamiento no lo supiese).

Asumido lo anterior es válido entonces preguntarse si frente a dos interpretaciones posibles podemos preferir aquella que extiende mayormente la punibilidad. Pensamos que la respuesta ha de ser categóricamente negativa conforme a las exigencias impuestas por el principio de *legalidad* (la ley como única fuente creadora de delitos y penas) y del principio *in dubio pro reus* (frente a la duda entre dos o más interpretaciones posibles se ha de optar por la que menos perjudique al imputado).

Es importante destacar la crítica frontal que realiza Polaino Navarrete a este criterio de valoración *ex ante*, al afirmar que la «... realización del tipo de tentativa requiere la práctica de actos idóneos, que fueron estimados por el sistema penal como objetivamente adecuados para la producción del resultado en el momento de la ejecución, entonces (*tunc*), y han de seguir siéndolo en el de la valoración (*nunc*)»⁵³. Y más adelante agrega «la disociación de la tentativa en dos pretendidas categorías, idónea (*ex ante*) e inidónea (*ex post*), por razón de la objetiva adecuación para producir un resultado apreciada en el momento de la comisión de los actos y en el de la valoración del evento de la no producción del resultado, entraña la falacia de transmutar la cualidad de unos actos y modificar la estimación jurídica de los mismos»⁵⁴.

Por eso es que la punibilidad de toda tentativa ha de quedar limitada únicamente a aquellos supuestos donde haya existido —desde un primer momento— la proba-

real de producción del resultado —bien porque el medio no podría producir tal resultado, bien porque el objeto de la acción no hubiera podido ser lesionado de ninguna manera en las circunstancias en las que el autor actuó— se justifica preguntarse si en estos casos cabe una atenuación mayor que la prevista en el art. 351 CP. La Sala entiende que la respuesta debe ser positiva. En efecto, el art. 351 se refiere a delitos de peligro creados mediante incendio que se puedan considerar consumados. Si el delito, por el contrario, quedó en tentativa será siempre de aplicación el art. 62». «En el presente caso esta Sala considera que cabe una reducción de la pena por el delito de incendio en dos grados, dadas las características del hecho y el reducido daño causado».

49. Cfr. por todos Farré Trepal, op. cit., p. 392: «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 conducirá a la idoneidad de toda conducta que haya permanecido en una fase de imperfecta ejecución». Por su parte la STS Nº 749/2004 de 07 de Junio de 2004 también asume dicho enunciado como válido; así en su fundamento de derecho séptimo se sostiene: «Se trata de supuestos, se dice, en los que la intervención penal se justifica plenamente porque el autor ha decidido vulnerar el bien jurídico tutelado, a través de una acción que no resulta ajena a la órbita del tipo y utilizando medios generalmente idóneos, aún cuando no lo sean en el caso concreto. La concepción contraria equivaldría, prácticamente, a la opción, no aceptada por el legislador, de la despenalización de la tentativa, pues desde una perspectiva *ex post* toda tentativa implica, en cierto modo, un error de su autor sobre la idoneidad de la acción».

50. Cfr. op. cit. p. 848, donde afirma: «Cuando se califica *ex post* como tentativa inidónea a la ejecución de los hechos exteriores objetivamente idóneos para la producción del resultado típico, estimándose que tales hechos pese a ser idóneos fracasaron en la producción del resultado, y cuando se concluye que en esta perspectiva posterior a la realización de los hechos toda tentativa es inidónea, en realidad se está contemplando a la tentativa desde la óptica de la consumación, pero no desde la tentativa misma. Si los hechos objetivamente adecuados para el resultado concretaron el tipo de tentativa, tales hechos han de seguir siendo considerados idóneos con posterioridad al momento de su ejecución. Por no llegarse a alcanzar la producción del resultado típico, no llega a haber consumación, sino precisamente tentativa de delito».

51. Cfr. Mir Puig, «Derecho Penal Parte General», ya. cit., p. 346.

52. Cfr. Núñez Paz, op. cit., pp. 114-115; quien pareciera simpatizar con la crítica en torno a la excesiva ampliación de la punibilidad que conlleva el criterio *ex ante*.

53. Cfr., op. cit., p. 849.

54. Cfr., op. cit., p. 849.

Revista Penal

Sobre los límites a la punibilidad de la tentativa en el Derecho español

bilidad de puesta en peligro para el bien jurídico. Estimamos, como lo ha planteado Escrivá Gregori⁵⁵, que resulta sumamente restringido cortar o escindir el tiempo a efectos de realizar el juicio y por ello debe defenderse enérgicamente la necesidad de que el juzgador utilice todos los datos posibles para determinar la probabilidad de peligro, **sin limitarlos solo a aquellos conocidos o que eran cognoscibles al momento de la realización (*ex ante*)**.

Si lo que el derecho penal protege son bienes jurídicos, la intención y el comportamiento del sujeto susceptibles de desvaloración no son suficientes para establecer la punibilidad cuando ni siquiera existía probabilidad alguna de que el bien jurídico pudiere ser puesto en peligro. Tal vez esa sola desvaloración podría ser suficiente en el contexto de un derecho penal monista que se cons-

truye —exclusivamente— sobre un injusto subjetivado que aspira a proteger los valores ético sociales dimanantes del ordenamiento jurídico, o bien sobre un derecho penal peligrosista fundamentado en juicios hipotéticos de probabilidad en torno a la personalidad o el carácter de las personas⁵⁶, pero que —como ya hemos señalado— nosotros no compartimos.

Creemos, por último, que si lo propio del peligro es la probabilidad de un resultado dañoso o lesivo⁵⁷ para el bien jurídico, entonces el peligro es esencialmente graduable y, por lo tanto, mientras exista probabilidad existirá peligro, y con él tentativa punible⁵⁸. En contraposición, la inexistencia absoluta de probabilidad de peligro para el bien jurídico no puede convertir en punible una tentativa por el solo hecho de la errada representación fáctica del autor.

55. Cfr. «La Puesta en Peligro de Bienes Jurídicos en Derecho Penal», Bosch, Barcelona, 1976, pp. 92 y ss.

56. Así Bustos Ramírez, «Castigo o Impunidad de...», ya cit., p. 301.

57. En este sentido Corcoy Bidasolo; «Delitos de Peligro y Protección de Bienes Jurídico-penales Supraindividuales», Tirant Lo Blanch, Valencia, 1999, p. 45; y Escrivá Gregori, op. cit., pp. 18 y ss. Coincide en considerar al bien jurídico como objeto de referencia del peligro Méndez Rodríguez; «Los Delitos de Peligro y sus Técnicas de Tipificación», Publicaciones Facultad de Derecho Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1993, p. 117.

58. En este sentido Berdugo/Arroyo/García/Ferré/Serrano, op. cit., pp. 282 y ss.