

La tentativa inidónea en el Código Penal de 1995.

De: Luís Belestá Segura, Septiembre 1999.

## 1. PLANTEAMIENTO

El Código Penal de 1995 ha introducido importantes novedades en lo que se refiere a los actos ejecutivos punibles<sup>1</sup>. En su artículo 16 se establece que:

*"1. 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. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta.*

*3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito o falta."*

Así mismo el artículo 62 del Código Penal de 1995 dice que *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado"*.

De la simple lectura de estos artículos y su comparación con los correspondientes del Código Penal de 1973 llegamos a la conclusión, con GRACIA MARTIN<sup>2</sup>, que tres son las novedades en este ámbito:

1.- Refundición de los artículos 3 y 5 del Código Penal de 1973<sup>3</sup>, suprimiendo la diferencia legal tradicional en el Derecho Penal español entre la tentativa y frustración, que no significa la eliminación de la diferente punición que tendrá la tentativa acabada y la inacabada<sup>4</sup>.

2.- Nueva formulación del concepto de tentativa, si bien algún autor habla únicamente de "giro redaccional"<sup>5</sup>. Esta nueva definición es la que nos plantea el problema de si en el nuevo Código Penal los supuestos de tentativa inidónea son o no punibles.

3.- Nueva regulación del desistimiento. En efecto, se admite la posible existencia de desistimiento tanto en los casos de ejecución ya iniciada pero no

acabada como en los casos de ejecución acabada, impidiendo la producción del resultado y respondiendo únicamente por los actos ya ejecutados, si estos fueran ya constitutivos de delito o falta.

Para saber si la nueva redacción del Código Penal considera punible o no la tentativa inidónea resulta útil saber si era punible en el Código Penal de 1973. Posteriormente hay que delimitar el concepto general de tentativa y hacer lo propio con el de tentativa idónea, inidónea e irreal, examinando si el concepto de tentativa engloba todas estas modalidades. Analizando esto debemos estudiar la naturaleza jurídica de la tentativa inidónea y el fundamento de su posible punición y solo de esta manera podremos llegar a resolver si la tentativa inidónea es o no punible en el Código Penal de 1995.

## 2. LA TENTATIVA IDÓNEA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1973

Como señala FARRÉ TREPAT<sup>6</sup> hasta el Código Penal de 1944<sup>7</sup> no se había hecho referencia alguna a la tentativa inidónea en ninguno de los códigos penales españoles, lo cual no impidió que un amplio sector doctrinal se manifestase a favor de su punición. En su artículo 52 se dice que *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado.*

La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito".

El Código Penal de 1973 recogía exactamente las mismas palabras de su predecesor puesto que en su artículo 52 establecía que *"A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según el arbitrio del Tribunal, a la señalada por la ley para el delito consumado. La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, (...)"*.

CEREZO<sup>8</sup> establece a modo de resumen la posición de la doctrina con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1995. En definitiva se puede dividir en dos grupos:

1. Doctrina mayoritaria (CORDOBA RODA, RODRÍGUEZ MOURULLO, SUAREZ MONTES, CEREZO MIR) que consideraba punible tanto la tentativa relativamente inidónea como la absolutamente inidónea, dejando solamente impune la tentativa irreal.

2. Doctrina minoritaria (FERRER SAMA, ANTÓN ONECA, RODRÍGUEZ DEVESA y SERRANO GÓMEZ<sup>9</sup>) que consideraba únicamente punible la tentativa relativamente inidónea, siendo impunes la absolutamente inidónea y por supuesto la tentativa irreal.

Existen diferentes teorías para fundamentar la punición de la tentativa inidónea antes de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

En primer lugar las teorías objetivas<sup>10</sup>:

1. Teoría objetivo formal o de la falta de tipo. Sostenida por ANTON ONECA, QUINTANO, CEREZO<sup>11</sup>, JIMENEZ DE ASUA. Exclúan del ámbito del artículo 52 párrafo segundo aquellos supuestos en que falta algún elemento descrito por la ley.

2. Teorías objetivo materiales. Estas se centran en criterios materiales, principalmente en la existencia de peligro. La diferencia entre unas y otras estriba precisamente en cuándo existe o no peligro.

a) Teoría del peligro abstracto e imposibilidad relativa (RODRÍGUEZ RAMOS, COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN). Según estos dos últimos autores, "cabe distinguir una idoneidad abstracta, que se identifica con la virtualidad lesiva del hecho del intento, de una concreta, que consiste en su capacidad específica para alcanzar la consumación"<sup>12</sup>. De esta manera resulta que la tentativa absolutamente inidónea resultaría impune por ausencia de peligro para el bien jurídico<sup>13</sup>, porque la punición de la tentativa se fundamenta en el peligro para el bien jurídico<sup>14</sup>.

b) Posición de FERRER SAMA. Defiende en España la distinción hecha por MANZINI entre inidoneidad e insuficiencia del medio empleado, y del peligro para el bien jurídico. Si el medio es inidóneo será tentativa impune. Si es idóneo pero insuficiente, será punible. Lo mismo se aplicará en cuanto a la inexistencia absoluta o relativa del objeto contra el que se dirige la acción.

c) Posición de CEREZO MIR<sup>15</sup>. La tentativa inidónea, para este autor es "aquella en la que de antemano, *ex ante*, en un juicio de previsibilidad objetiva, aparece como imposible la producción del resultado delictivo"<sup>16</sup>, añade además que hay que distinguir la peligrosidad de la acción y el resultado de peligro, no siendo necesario que se produzca resultado de peligro<sup>17</sup>. Como él mismo ha escrito<sup>18</sup> se incluía dentro de la doctrina dominante que consideraba impune la tentativa absolutamente inidónea.

d) Posición de NUÑEZ BARBERO. Excluía de la tentativa punible aquellos supuestos en que en un juicio *ex ante* y por circunstancias susceptibles de ser conocidas o constatables a priori, no resultara idónea una acción.

En segundo lugar las teorías subjetivas:

1. Voluntad delictiva (SUAREZ MONTES, LUZON DOMINGO y GIMBERNAT) y peligrosidad del autor (CUELLO CALÓN). Para los primeros lo definitivo es la voluntad delictiva del autor, siempre y cuando, claro está, esta voluntad se haya exteriorizado.

2. Teoría de la impresión. Defendida en España por RODRIGUEZ MOURULLO<sup>19</sup>. Es en realidad una teoría mixta. Se caracteriza por considerar punible la manifestación de voluntad contraria a Derecho (elemento subjetivo) pero no en

todo caso, sino solamente cuando a través de la misma se produzca en la mayoría de las personas la impresión de corrupción o de conmoción del ordenamiento jurídico; cuando por su causa pueda ser minada la confianza de la comunidad en la vigencia del ordenamiento y peligrar el sentimiento de seguridad jurídica (elemento objetivo)<sup>20</sup>.

La Jurisprudencia<sup>21</sup>, por otra parte se había inclinado, en términos generales y salvo sentencias aisladas por considerar el fundamento de la punición de la tentativa inidónea en criterios de carácter subjetivo. Sin embargo, como señala FARRÉ TREPAT, a partir de las sentencias de 24 de mayo de 1982 y 11 de octubre de 1983 el Tribunal Supremo añadió un nuevo elemento del delito imposible<sup>22</sup>. De esta manera y años después de que se iniciara esta tendencia llegamos a 1993. En la sentencia del Tribunal Supremo de 12 Mar. 1993. (Ponente: Sr. Soto Nieto) se dice que "*Segundo.- Si ante las circunstancias expuestas mal puede postularse la existencia del delito consumado de falsificación de documento privado del artículo 306 que postula la sentencia, no puede menos de constatarse que los actos realizados, pese a la inidoneidad de medios, son susceptibles de encajar en la previsión del artículo 52, párrafo segundo, del Código Punitivo, norma extensiva que distiende y amplía los límites normales de la punibilidad por razones de política criminal, aceptando criterios mixtos, subjetivos-objetivos, sobre los rigurosamente objetivos en que se asientan la tentativa y la frustración. El individuo que arremete contra el ordenamiento jurídico, configurador de la vida social, aunque exista un obstáculo esencial impeditivo de la realización del proyecto criminal, suscita alarma y atrae para sí el reproche del medio. El delito o tentativa imposible –precisa la sentencia de 5 de diciembre de 1989– tiene su base normativa material en el artículo 52, párrafo segundo, del Código Penal constituyendo una figura propia, reconociéndose como fundamento de la punibilidad la peligrosidad del sujeto por su manifiesta rebeldía a la norma, así como por la conmoción colectiva que produce en el medio social esta conducta, haciéndose intolerable para el común y pacífico sentir de las gentes.*

La tentativa inidónea supone la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios arbitrados –imposibilidad de ejecución– o a la inexistencia del objeto –imposibilidad de producción–, o de ambas cosas a la vez. Son muchas las resoluciones jurisprudenciales que admiten tanto la inidoneidad absoluta como relativa, teniendo ambas cabida en el precepto del artículo 52, párrafo segundo (Cfr. sentencias de 18 de mayo de 1976, 15 de diciembre de 1977, 26 de febrero de 1981 y 24 de mayo de 1982)."

Lo anterior supone que hubo un cambio en la fundamentación de la tentativa inidónea en la Jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que la exigencia de *peligrosidad del sujeto, de la conmoción colectiva que produce en el medio social esta conducta* y que esta conducta se haga *intolerable para el común y pacífico sentir de las gentes*, no puede integrarse dentro de una estricta fundamentación subjetiva. Seguramente con esto quería el Tribunal Supremo

fundamentar así mismo la impunidad de la tentativa irreal, que difícilmente puede tener justificación amparándose en un punto de vista subjetivo<sup>23</sup>.

En cuanto a la punición de la tentativa inidónea y siguiendo la doctrina mayoritaria antes expuesta, el Tribunal Supremo se manifestó a favor de la punición tanto de la tentativa absolutamente inidónea como de la relativamente inidónea, dejando únicamente impune la tentativa irreal<sup>24</sup>.

### 3. LA CUESTIÓN DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA INIDÓNEA EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995. EL TÉRMINO "OBJETIVAMENTE" DEL ARTÍCULO 16.1 DEL CÓDIGO PENAL

El artículo 16 del Código Penal parece que no ha de presentar mayores dificultades de interpretación. Cuando se lee que "*hay tentativa... practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*" se puede llegar a pensar que toda la doctrina se muestra de acuerdo en que el nuevo Código Penal despenaliza la tentativa inidónea. En primer lugar porque se ha suprimido el párrafo del Código Penal de 1973 que consideraba igualmente punibles los *casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito*. En segundo lugar porque el término *objetivamente* parece hacer referencia precisamente a una cualidad de la acción sin cuya concurrencia no puede considerarse punible la tentativa inidónea. O al menos es lo que se desprende de la literalidad del mencionado párrafo.

Sin embargo la doctrina no se muestra unánime al respecto. Ni en cuanto a la interpretación del término *objetivamente* ni en cuanto a la expresión *peligro inherente al intento* del artículo 62, ni lógicamente en cuanto a la punición de la tentativa inidónea.

El autor que motivó la realización del presente trabajo fue MIR PUIG y en concreto un párrafo de su Manual: "la objetividad que puede exigirse para los actos ejecutivos sólo puede entenderse en el sentido de intersubjetividad que supone el criterio del hombre medio situado *ex ante*"<sup>25</sup>. Para MIR PUIG existe tentativa inidónea cuando una vez se conocen todas las circunstancias del hecho, es decir, *ex post*, la acción aparece como incapaz de lesión desde un primer momento<sup>26</sup> y atendiendo a este criterio considera punible la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal.

Por el contrario, CEREZO MIR considera que "una de las grandes innovaciones del nuevo Código Penal consiste en la impunidad de la tentativa inidónea o imposible"<sup>27</sup> y que "no solo quedan excluidos los casos de tentativa irreal sino todos los de tentativa inidónea"<sup>28</sup>. Sin embargo este autor hace una concesión, como cláusula de seguridad, admite la impunidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal pero para que determinados casos no queden impunes se debe aceptar el criterio de imputación objetiva del resultado en los delitos de acción dolosos, de que el resultado de peligro fuera objetivamente previsible *ex ante*, de que aparezca como realización del peligro creado o incrementado por la acción del sujeto<sup>29</sup>.

Las posturas de estos dos autores no están en realidad tan alejadas entre ellas como se pudiera pensar. Lo único que les separa es una pequeña grieta terminológica y conceptual. Sin embargo sus planteamientos llevan a las mismas conclusiones punitivas, como se observará en los supuestos concretos analizados más adelante.

La discrepancia<sup>30</sup> entre CEREZO MIR y MIR PUIG es en realidad un desacuerdo conceptual<sup>31</sup>, puesto que parten de una concepción diferente de tentativa. Para el primer autor tentativa idónea estaría integrado por aquellas acciones finalistas que además sean peligrosas, es decir, en las que aparezca *ex ante* como no absolutamente improbable la producción del resultado delictivo<sup>32</sup>. De esta manera, el concepto de la tentativa inidónea es aquella en la que de antemano, *ex ante*, en un juicio de previsibilidad objetiva, aparece como imposible la producción del resultado delictivo<sup>33</sup>.

El análisis de las dos posturas ha llevado a concluir a GRACIA MARTÍN que "una comparación de las concepciones expuestas debe llevar en principio a la conclusión de que entre ambas no existe ninguna otra diferencia que la relativa a la clasificación de la tentativa, siendo coincidentes en lo que concierne a la delimitación del ámbito de la tentativa punible". Y añade el mencionado autor que "en ambos casos el criterio decisivo para la punibilidad de la tentativa es el de peligrosidad *ex ante* de la acción; la diferencia radica en que según la tesis de MIR cabrá distinguir *ex post* entre tentativas idóneas e inidóneas, mientras que para CEREZO todas las tentativas punibles vendrán ya calificadas como idóneas desde la perspectiva *ex ante* sin que quepa una ulterior distinción en perspectiva *ex post*"<sup>34</sup>.

A la opinión de MIR PUIG se ha sumado su discípulo SILVA SANCHEZ<sup>35</sup> el cual admite que "objetivamente" permite, de entrada fundamentar legalmente la impunidad de la tentativa irreal. Añade que una interpretación *ex post* de la objetividad excluiría del ámbito del artículo 16 a buen número de tentativas idóneas. En realidad excluiría a todas (si el resultado no se ha producido es que objetivamente no debía producirse). De la siguiente frase de SILVA SANCHEZ ya se puede entrever el contenido de su opinión sobre el "objetivamente": "En la inclusión del adverbio objetivamente (...) algunos autores han pretendido advertir un intento de excluir la punibilidad de los casos de tentativa inidónea"<sup>36</sup>. Él afirma que "la inclusión del adverbio objetivamente permite, de entrada fundamentar la impunidad de los supuestos de tentativa irreal". Sin embargo "dado que el tenor literal de la ley no lo excluye tampoco debe concluirse, pues, que el artículo 16 del nuevo Código Penal no impide la sanción de los supuestos de tentativa inidónea, en el sentido objetivista de esta expresión. Más discutible es si en su seno cabe algunos supuestos de tentativa inidónea según el concepto subjetivista de ésta, que resultan singularmente próximos a los de tentativa inidónea en sentido objetivo."

Como BACIGALUPO no comparte la distinción entre tentativa absoluta o relativamente inidónea.

SILVA SANCHEZ va más allá de MIR PUIG. Introduce la teoría del consenso, según la cual el que suministra el baremo de los juicios de valor inherentes a la tipicidad es el consenso cultural. Sobre la base de este consenso diferencia los casos de tentativa inidónea, de la siguiente manera:

1. Tentativa cuya peligrosidad *ex ante* compartirían todos y que *ex post* se seguiría estimando normalmente peligrosa. (Ésta es la tentativa idónea).
2. Tentativa *ex ante* peligrosa y *ex post* no peligrosa (Tentativa inidónea).
3. Tentativa *ex ante* no peligrosa. Aunque aquí distingue los casos más cercanos al grupo 1 y los más cercanos al grupo 2.
4. Tentativa claramente irreal.

Existe una tercera concepción de la tentativa inidónea, que es la sostenida por BACIGALUPO<sup>37</sup> y GRACIA MARTIN<sup>38</sup>. Para el primero hay tentativa cuando el autor, con el fin de cometer un delito determinado, comienza su ejecución, pero no lo consuma por circunstancias ajenas a su voluntad, siendo este concepto común a los casos en que la acción era adecuada para consumar el delito (tentativa idónea) y a los que la acción carece de aptitud para alcanzarla (tentativa inidónea). La no existencia de peligro no significa que no exista punibilidad, con lo que admite que puede admitirse la punibilidad en acciones que, siendo inidóneas, no sean peligrosas.

Sobre la interpretación del término "objetivamente" BACIGALUPO dice que "objetivamente" no significa lo que la ley no dice, es decir, peligro real de producción causal del resultado. El texto no habla de peligro sino de hechos que objetivamente deberían producir el resultado. Objetivamente quiere decir que la producción del resultado no puede depender sólo de la imaginación del autor, sino que ha de tener un fundamento racional (objetivo)<sup>39</sup>. Peligro inherente no significa no punibilidad sino que la ausencia de peligro permite reducir al máximo la pena. El peligro se debe ver desde la perspectiva del autor no de un tercero. Los casos de tentativa son supuestos de error de hecho al revés, puesto que el autor supone una idoneidad que no se ve. Con este criterio no se confunden las tentativas inidóneas con las irreales o supersticiosas. Para BACIGALUPO la distinción entre tentativa irreal o supersticiosa y tentativa inidónea es que el primero lo comete el autor *torpe* y el segundo el autor *descuidado*. Así mismo rechaza la distinción entre tentativa absoluta o relativamente inidónea, porque con su criterio supera esta distinción.

RODRÍGUEZ MOURULLO<sup>40</sup> afirma que con el término objetivamente del artículo 16.1 del Código Penal quedan excluidos los casos de delito imposible que el Código Penal anterior consideraba punibles., lo cual viene confirmado por la omisión de toda referencia penológica en el artículo 62, y de esta manera el "*peligro inherente al intento*" solo puede entenderse como el peligro para el bien jurídico concreto que conlleva toda tentativa real. Pero podrán reconducirse al ámbito de la tentativa punible aquellos casos de tentativa inidónea en los que el medio empleado era en principio idóneo, si bien resultó insuficiente, porque hay una práctica parcial de los actos que objetivamente podrían producir el resultado y también un peligro para el bien jurídico concreto.

GIMBERNAT ORDEIG<sup>41</sup> sostiene que con el Código Penal de 1995 se mantiene la misma situación jurídica del Código Penal de 1973, puesto que únicamente quedaría al margen del artículo 16.1 la "tentativa irreal o supersticiosa". Pero el llega a esta conclusión en base a la posibilidad de que queden impunes determinadas conductas por la aplicación literal (criterio estrictamente objetivo) del término "objetivamente". Como quedarían impunes determinadas conductas que él sí considera deben ser punibles, interpreta el término "objetivamente" de la manera siguiente "cuando un hombre medio (objetivo), con el mismo desconocimiento parcial del autor... y con un conocimiento nomológico objetivo de las leyes de la naturaleza, hubiera llegado a la misma conclusión del sujeto activo de que el hecho exterior iba a lesionar el bien jurídico protegido entonces estaremos ante *actos que objetivamente deberían producir el resultado*".

SOLA RECHE<sup>42</sup> se muestra prudente y dice que al menos "algunos casos" de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, concretamente aquellos actos que objetivamente no deberían producir el resultado, no están, ahora sin ninguna duda, comprendidos en el concepto de tentativa.

COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN<sup>43</sup> Ahora se descarta que se pueda castigar tanto la tentativa absolutamente inidónea como la relativa. COBO DEL ROSAL diferencia de inidoneidad abstracta, que se identifica con la virtualidad lesiva del hecho del intento, de una concreta, que consiste en su virtualidad objetiva para alcanzar la consumación<sup>44</sup>.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ<sup>45</sup> si mantienen el criterio expuesto es su manual con anterioridad a la entrada en vigor del nuevo Código Penal consideran que "la tentativa inidónea no es tentativa. Por lo tanto será una conducta no punible a no ser que la ley declare expresamente lo contrario, cosa que ocurre en nuestro derecho desde 1944". Si se continúa manteniendo este criterio con el nuevo Código Penal se llega a la impunidad de prácticamente todas las conductas descritas más adelante como ejemplos de tentativa inidónea.

Casos<sup>46</sup> según las clases de Tentativa Inidónea<sup>47</sup>

#### INIDONEIDAD DEL OBJETO:

ABSOLUTA: *Tentativa de asesinato contra un cadáver*. CEREZO (que en este aspecto parece adoptar la teoría de la falta del tipo) considera que si la inexistencia o falta de presencia del objeto no era objetivamente cognoscible *ex ante* o aparece *ex ante* como no absolutamente improbable, la acción era peligrosa, aunque ningún bien jurídico haya corrido peligro. Estos son casos de tentativa idónea o peligrosa y por tanto punible<sup>48</sup>.

Para MIR y teniendo en cuenta que para la tentativa inidónea considera fundamental la peligrosidad abstracta<sup>49</sup> y *ex ante* de la conducta según el criterio del hombre medio, este caso sería constitutivo de tentativa inidónea y por tanto punible en el nuevo Código Penal.

BACIGALUPO lo consideraría tentativa idónea: tanto da que sea peligrosa o no porque en el plan del autor lo era. El autor es *descuidado* y no *torpe*<sup>50</sup>. La falta de peligrosidad solo serviría para graduar la pena. Es por tanto punible.

RODRÍGUEZ MOURULLO lo consideraría tentativa inidónea y por tanto según su razonamiento expuesto anteriormente, impune.

Para FARRÉ, que tiene en cuenta el observador ficticio situado en el mismo lugar que el autor con los conocimientos de éste pero también los de un hombre medio, en este caso nos encontramos con una tentativa idónea, y por tanto punible.

RELATIVA: *Tentativa de asesinato de alguien protegido con cota de malla*. Siguiendo el razonamiento del ejemplo anterior para CEREZO sería un caso de tentativa idónea y punible.

En cambio, para MIR PUIG, y puesto que ha habido peligro concreto, esto ya sería una tentativa idónea y claro está punible.

BACIGALUPO también lo consideraría tentativa idónea y punible, según se desprende de su propia definición de tentativa (que considera –con JAKOBS– que toda tentativa vista desde su conclusión es inidónea y desde la perspectiva del que la emprendió es idónea) y además por la distinción entre autor *torpe* y *descuidado*.

RODRÍGUEZ MOURULLO lo consideraría tentativa idónea y por tanto según su razonamiento expuesto anteriormente, punible.

#### INIDONEIDAD DE MEDIOS:

ABSOLUTA: *Tentativa de asesinato con pistola descargada* (sin ser esta circunstancia conocida por el autor). CEREZO (aquí parece adoptar la teoría del peligro) consideraría que la acción era peligrosa *ex ante* y por tanto no sería un supuesto de tentativa inidónea sino idónea y por tanto punible.

MIR PUIG sería de nuevo un caso de tentativa inidónea y punible.

BACIGALUPO sirve la misma solución dada para los dos apartados anteriores. Idónea y punible.

RODRÍGUEZ MOURULLO lo consideraría tentativa inidónea e impune.

Para FARRÉ TREPAT, constituye una tentativa idónea y punible.

RELATIVA: *Tentativa de asesinato con pistola que revienta en el momento del disparo*. Se llega a la misma conclusión que el ejemplo anterior, es decir, para CEREZO tentativa idónea y punible y para MIR tentativa inidónea y punible. Para BACIGALUPO idónea y punible.

RODRÍGUEZ MOURULLO lo consideraría tentativa idónea y por tanto según su razonamiento expuesto anteriormente, punible.

INIDONEIDAD DEL SUJETO: *El que creyéndose funcionario público sin serlo quiere realizar uno de los delitos de los funcionarios en ejercicio de su cargo, v.g. cohecho*<sup>51</sup>.

Una parte de la doctrina, sobre todo en Alemania, considera que se trata de un delito putativo mientras que otros consideran que se trata de un error de tipo al revés, que da lugar a una tentativa inidónea<sup>52</sup>. En nuestro país hay dos posiciones encontradas la de aquellos autores que consideran que no es punible porque el antiguo art. 52 del Código Penal de 1973 solo hablaba de medio inidóneo u objeto inidóneo<sup>53</sup> y la de otros (MIR PUIG) que sostienen que no es más que una variante de imposibilidad de ejecución y por tanto sería punible<sup>54</sup>. En la misma línea se manifiesta la jurisprudencia española<sup>55</sup>. BACIGALUPO<sup>56</sup> se incluye en los autores que la consideran delito putativo y por lo tanto impune, al ser en realidad la suposición de un delito que no existe.

TENTATIVA IRREAL: *Pedir a Dios por la muerte de una persona*<sup>57</sup> o intentar matar a otro que se encuentra a un tiro de cañón, con un tiro de pistola. Tanto CEREZO como MIR la consideran impune. Para el primero forma parte del grupo de tentativa inidónea, junto con aquellas conductas *ex ante* no peligrosas. Para el segundo no sería una tentativa inidónea sino una categoría aparte: la tentativa irreal. En coincidencia con lo mantenido por CEREZO es lo que propiamente denomina FARRÉ como tentativa inidónea. Sólo estos supuestos son tentativa inidónea porque son los únicos que se muestran *ex ante* inidóneos para producir el resultado.

BACIGALUPO a pesar de optar por una concepción subjetiva (plan del autor) añade que este plan ha de ser racionalmente apto para causar el resultado. Sería por tanto un caso tentativa irreal propiamente dicho, cometido por un autor *torpe*, que debe quedar impune.

Supuestos especiales (propuestos por FARRÉ TREPAT<sup>58</sup>):

a. Un sujeto tiene dos pistolas, una cargada y otra descargada. Coge la descargada y solo se da cuenta que lo está en el momento de dispararla. (*el autor utiliza un medio inadecuado creyendo que es el adecuado*). Para FARRÉ resulta idónea y punible porque el observador ficticio también puede cometer el mismo error que el autor. Para MIR sería inidónea y punible. Para CEREZO sería idónea y punible porque en un juicio *ex ante* no era objetivamente cognoscible por el autor que estaba descargada. Y tampoco una persona inteligente podía saberlo.

b. Un sujeto A es el único que sabe que la mezcla de dos sustancias da lugar a una nueva y venenosa y la emplea para envenenar a B. (*los conocimientos del autor son superiores a los de la generalidad*). Para FARRÉ, el observador,

además de sus conocimientos de hombre medio, tiene también los del autor y por lo tanto resultaría idónea y punible<sup>59</sup>.

MIR la consideraría tentativa idónea, aunque el criterio del hombre medio situado *ex ante* no lo pudiera haber advertido, sí se ha visto *ex post* que aparece capaz para producir lesión. Idónea, por tanto y punible.

Aquí llevando la tesis de CERESO hasta sus últimas consecuencias, para el hombre inteligente –pero sin ese plus de conocimiento del autor– en una posición *ex ante*, aparecería como absolutamente improbable la producción del resultado delictivo, lo cual llevaría a calificarlo como tentativa inidónea y por tanto impune. Sin embargo, como acepta el criterio de imputación objetiva del resultado, se puede llegar a considerar esta tentativa como idónea puesto que era objetivamente previsible *ex ante*. Con lo que se trataría de una tentativa idónea y por lo tanto punible.

#### APÉNDICE: JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y AUDIENCIAS.

En lo que se refiere a la Jurisprudencia<sup>60</sup> del Tribunal Supremo, pocas sentencias se han pronunciado sobre la tentativa inidónea de acuerdo con el nuevo Código Penal.

La sentencia de 10-11-1997, núm. 1388/1997. (Ponente: Excmo. Sr. D. JOSE MANUEL MARTINEZ-PEREDA RODRIGUEZ) en su fundamento de derecho séptimo dice: "*La doctrina de esta Sala se ha ocupado del tema del delito imposible, principalmente en sus Sentencias 527/1993, de 10 marzo y 528/1993, de 12 marzo, con relación a la tentativa inidónea, señalando que «vienen exigiéndose los siguientes condicionamientos: 1.º) Resolución de delinquir, de realizar un acto delictivo de los tipificados penalmente, presidido por un dolo directo o eventual; 2.º) Traducción de tal propósito en una determinada actividad tendente a la consecución del fin antijurídico propuesto o aceptado; 3.º) Falta de producción del fin querido de un modo absoluto, bien por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza, con respecto a dicha finalidad, o porque el sujeto los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido, bien porque no pueda producirse lo deseado por carencia íntegra y total del objeto del delito; y 4.º) Presencia de antijuridicidad, puesta en peligro del orden jurídico que conmueva la conciencia del ente social, cierto peligro de lesionar el bien jurídicamente protegido. La tentativa inidónea supone, pues, la imposibilidad de consumación del delito intentado en razón a la inidoneidad de los medios utilizados – imposibilidad de ejecución– o a la inexistencia del objeto –imposibilidad de producción– sobre que se pretendía actuar, o de ambas cosas a la vez – Sentencias de 24 mayo 1982, 11 octubre 1983 5 diciembre 1985, etc.–».*

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal

o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas, pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empecé que acredite su virtualidad en otras condiciones".

Por su parte la sentencia de 3-10-1997, núm. 1192/1997. Ponente: Excmo. Sr. D. JOSE ANTONIO MARTIN PALLIN (fundamento de derecho quinto) dice que *"La tentativa inidónea sólo concurriría en los casos en los que nos encontrásemos ante una imposibilidad congénita o adquirida, que impidiese la erección de forma permanente pero no es el caso presente en el que, como ya hemos dicho, le falta de erección fue transitoria y el propósito de conseguir la penetración fue pleno pero resultó frustrado"*.

A su vez la sentencia de 16-12-1996, núm. 1018/1996. Ponente Excmo. Sr. D. MANUEL AREAL ALVAREZ en su fundamento de derecho segundo nos recuerda que *"...Según la Sentencia de 17 marzo 1994, que es exponente de la doctrina de la Sala, establece que el artículo 52.2.º del Código Penal equipara a la tentativa los supuestos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito, entre los que se incluye la tentativa inidónea y el delito imposible, es decir, aquellos casos en que por deficiencias o inidoneidad de los medios o falta del objeto del delito éste no puede llegar a consumarse (se citan además las Sentencias del Tribunal Supremo de 11 octubre 1983 30 enero 1992 y 12 marzo 1993 y añade la sentencia invocada que se excluye la inidoneidad absoluta del medio u objeto (tentativa irreal o imaginaria), que es aquella situación en la que se pretende conseguir un resultado con actos o medios que en ninguna circunstancia serían susceptibles de producirlo (envenenamiento con sustancia inocua o utilización de medios supersticiosos) conductas estas que deben quedar impunes haciendo que la acción no se adecue al tipo (Sentencia del Tribunal Supremo de 18 mayo 1976) mientras al contrario se admite la tentativa relativamente inidónea que es aquella en la que los medios no son aptos para producir el resultado dañoso, pero «mejor utilizados o en condiciones distintas podrán llegar a perfeccionar el delito», pues ha existido voluntad delictiva y su exteriorización se ha lleva a cabo con actos susceptibles de crear riesgo al bien jurídico tutelado.*

Por su parte es también fundamental la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 julio 1993 que establece que quizás se esté ante una inidoneidad delictiva si lo único que falta del tipo es el resultado típico (sujeto pasivo y perjuicio); cuando además de éste faltan otros elementos del tipo, desde el inicio no había entonces inidoneidad sino carencia de tipo o impunidad.

Para que el delito imposible aflore son necesarios los requisitos siguientes: a) intencionalidad patente y manifiesta hacia una figura delictiva representada y querida; b) concreta actividad manifiestamente exteriorizada e inequívoca; c) fin propuesto no conseguido porque los medios utilizados son inapropiados o por carencia en absoluto de objeto".

Por último la sentencia de 7-12-1996, núm. 649/1996, en su fundamento de Derecho sexagésimo séptimo añade que *"...El delito imposible o tentativa inidónea se produce cuando alguien quiere cometer un delito y observa una conducta que él cree apta para tal comisión sin que ello llegue a producirse porque hay algo que lo impide (inidoneidad de objeto, de sujeto o de los medios empleados), siempre que tal comportamiento de algún modo pudiera considerarse iniciación de la ejecución del delito (tentativa inidónea). Sin entrar en las polémicas doctrinales que se han suscitado para concretar el alcance del art. 52.2 Código Penal ahora derogado, advertimos que no es prácticamente posible su aplicación en los delitos de peligro como el que nos ocupa (art. 344).*

Más interesante resulta la Jurisprudencia menor, de las Audiencias. Así, por ejemplo la sentencia de 6-7-1998, núm. 22/1998 de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional, *"En la prueba pericial practicada en el acto del juicio oral ha quedado establecido que la falsificación es de calidad media, peligrosa porque es fácil de confundir con los billetes de curso legal al ser de suficiente calidad. En consecuencia queda descartado el alegado delito imposible o tentativa inidónea que postulan las defensas"*.

La Audiencia Provincial De Ciudad Real (SENTENCIA de 5-6-1998, núm. 46/1998) en el caso de una tentativa de asesinato por incendio de la casa, que ya había sido abandonada por el sujeto pasivo en su fundamento de derecho número cinco dice que *"El grado de consumación plantea la problemática relativa, a la llamada tentativa inidónea, pues el resultado, en este caso, no se pudo producir, no por factores que incumbieran al autor, quien por su parte hizo todo lo necesario para conseguir ese resultado, sino sencillamente por la imposibilidad derivada de la ausencia de la víctima del domicilio incendiado. A tal respecto, la derogación, en el sentido de carecer de trasunto exacto en el nuevo Código Penal, del antiguo art. 52, párr. 2.º, ha llevado a sostener la atipicidad de la tentativa inidónea y del delito imposible, esto es, de aquellos casos en que el resultado no se produce por inadecuación del medio o por inexistencia del objeto. Este Tribunal, sostuvo en Auto de 28 octubre 1997 la tesis positiva en orden a la punición de la tentativa inidónea, diciendo que «cualquiera que sea el punto de vista, subjetivo u objetivo, que en torno a la tentativa se siga y que siempre implica, por definición, la imposibilidad del resultado, es lo cierto que el art. 16.1 del Código Penal considera tentativa todos aquellos casos en que "se practiquen todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado", y por tanto, en casos como el presente, en que la inidoneidad no pudo ser abarcada por el sujeto activo ni provenía de un acto del mismo, puesto que realizó todo lo que de su parte se exigía, sigue siendo punible la tentativa». Esta tesis es, plenamente aplicable al caso: sólo el azar –que siempre interviene en la tentativa, impidiendo el resultado– fue el que hizo inidóneo el acto, pero la peligrosidad que revela el agente, la ideación criminal y su puesta en marcha, que es lo que se sanciona en el delito intentado, estaban igualmente presentes"*.

La Audiencia Provincial De Granada en su sentencia de 20-5-1998, núm. 345/1998 en el caso de un individuo que provisto de unas tijeras de sastre de gran tamaño, abordó a otro y, poniéndoselas junto al cuerpo, le pidió diez duros en repetidas ocasiones, sin que le entregase dinero alguno ya que no lo llevaba consigo, en una sentencia polémica, dice que: *"Cuando la finalidad perseguida por el acusado es el apoderamiento de objetos que no lleva consigo el agraviado, nuestro Tribunal Supremo (cfr. S. 10 marzo 1993 que menciona las de 24 mayo 1982 11 octubre 1983 y 5 diciembre 1985) entendía que nos hallábamos ante un supuesto de delito imposible o tentativa inidónea por inexistencia de objeto incardinable en el párrafo segundo del artículo 52 del antiguo Código Penal).*

Al desaparecer del Código Penal de 1995 el citado artículo hay que entender impune la tentativa inidónea en cualquiera de sus modalidades, absoluta y relativa, por lo que procede absolver al acusado del delito que se le imputa, ya que de la declaración de Víctor Jesús en el acto del juicio oral se desprende sin género de dudas que el acusado únicamente perseguía apoderarse de dinero, no de algún otro objeto de valor que su víctima llevaba, como el reloj".

La Audiencia Provincial De León en su sentencia de 30-3-1998, núm. 33/1998. *"Es cierto y en ello se basa el recurso del Ministerio Fiscal, que 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 deje de ser socialmente reprochable e impune, antes bien al contrario. Así cuando el artículo 62 del nuevo Código penaliza la tentativa, gradúa la sanción «atendiendo al peligro inherente al intento» y es evidente y la Sala así lo estima que en el caso de autos, la peligrosidad que el acusado revela con su comportamiento es manifiesta en razón a todo lo expuesto.*

Y a igual conclusión se llega del análisis de la definición de la tentativa que da el artículo 16 del nuevo Código Penal, cuando dice «Hay tentativa cuando el sujeto... practica todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado...», debiendo entenderse cumplido el requisito que objetivamente, cuando los actos son idóneos para producir el resultado contemplados «ex ante» y no después de ocurrido el suceso".

La Sentencia de la A.P. de Asturias de 20-11-1997, núm. 580/1997, por su parte dice *"Sin embargo precisamente al tratarse de un bajo comercial que nunca fue usado, encontrándose abandonado, sin arreglar y que no contenía objeto alguno en su interior, es razón que permite sostener, a esta Sala, que nos encontramos ante lo que viene denominándose delito imposible, como integrante de la tentativa inidónea, pues todo intento para ser tal ha de tener aptitud, siquiera abstracta, para producir la consumación, de modo que, donde la inidoneidad sea de tal naturaleza que la impida, como sucede en este supuesto, donde existe una total y absoluta ausencia de objeto que pudiera saciar la apetecida apropiación, no es lógico castigar tal conducta, aun cuando los actos realizados previamente sean aptos para el fin pretendido.*

En tal sentido, la vigente redacción del Código Penal, a diferencia de lo que ocurría en la anterior, donde el art. 52 sancionaba estos supuestos de tentativa inidónea, no establece ninguna consecuencia penal para estos comportamientos en que falta el desvalor del resultado, al ser acciones irrelevantes para el derecho penal, con escasa incidencia en la realidad práctica y relevancia mínima para conmocionar a la sociedad, en las que no es aconsejable la intervención del derecho penal".

Además la sentencia de 21-7-1997, núm. 375/1997 de la Audiencia Provincial De Madrid, Sección 15ª *"Tampoco se comparte el criterio, alegado en el recurso, de que a la actuación del acusado en los hechos enjuiciados sea aplicable la doctrina de la denominada tentativa inidónea absoluta o delito imposible. En todo caso dicha actuación, de trascendencia antijurídica, constituiría un supuesto de la llamada tentativa inidónea relativa, que sí se entiende tipificada en el nuevo Código Penal, al regular éste la incompleta ejecución delictual en su artículo 16"*.

Lo anterior, unido a la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 24 de mayo de 1996 citada por SILVA SÁNCHEZ<sup>61</sup> nos indica que aún estamos en un período de indefinición jurisprudencial, a la espera de que el Tribunal Supremo se manifieste a favor o en contra de su punibilidad. Y, seguramente, las sucesivas sentencias del Alto Tribunal serán bien dispares unas de otras, al igual que está ocurriendo con las de las Audiencias y ocurrió con el artículo 52.2 del Código Penal derogado, precisamente porque no existe un concepto uniforme de tentativa ni de tentativa inidónea, ni coinciden los jueces –como tampoco la doctrina– en su naturaleza jurídica ni en el fundamento de su punición.

Luís Belestá Segura

### BIBLIOGRAFÍA

BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, "Principios de Derecho Penal. Parte General". Ed. Akal. 4ª Edición 1997.

"Código Penal: doctrina y jurisprudencia" de CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Cándido. Ed. Trivium, 1997.

CEREZO MIR, José "Derecho Penal. Parte General. Lecciones 26 a 40" UNED 1997.

"La regulación del íter críminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español" en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 1998.

FARRÉ TREPAT, "La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia." Ed. Bosch, 1986.

GIMBERNAT ORDEIG "Diatriba del Nuevo Código Penal", en Revista Jurídica Española La Ley, 1996-3, D-183.

GRACIA MARTÍN, "El iter críminis en el Código Penal español de 1995", en "El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal". Cuadernos de Dº Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1996.

M. COBO DEL ROSAL-T. VIVES ANTÓN, "Derecho Penal. Parte general" 4ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, 1995.

MIR PUIG, Santiago, "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU, 4ª edición.

RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho Penal Español" Ed. Dykinson, 1994.

RODRIGUEZ MOURULLO Y OTROS "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997.

RODRÍGUEZ RAMOS Y OTROS "Códigos Penales Españoles: Recopilación y Concordancias" Ed. Akal 1987.

SANCHEZ DOMINGO-PEREZ PARENTE "Acerca de la punición de la tentativa inidónea" en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I, 1998.

SILVA SANCHEZ "La regulación del iter críminis (arts. 16-18) en "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales" Ed. Bosch, 1997.

SOLA RECHE, Esteban. "La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos". Ed. Comares, 1996.

VIVES ANTON, "Comentarios al Código Penal de 1995" Ed. Tirant lo Blanch, 1996.

VON LISZT, en "Tratado de Derecho Penal" Traducción de la 20ª edición alemana por Luís JIMENEZ DE ASÚA.

### NOTAS

1 Cfr. GRACIA MARTÍN, "El iter críminis en el Código Penal español de 1995", en "El sistema de responsabilidad en el nuevo Código Penal". Cuadernos de Dº Judicial. Consejo General del Poder Judicial, 1996, págs. 268-269.

2 Op. Cit. Pag. 268.

3 Vid. VIVES ANTON, "Comentarios al Código Penal de 1995" Ed. Tirant lo Blanch, 1996, pág. 98.

4 Vid. SILVA SANCHEZ "La regulación del iter críminis. 16-18) en "El nuevo Código Penal: Cinco cuestiones fundamentales" Ed. Bosch, 1997.

5 Vid. BACIGALUPO, "Principios de Derecho Penal. Parte General". Ed. Akal. 4ª Edición 1997. Pág. 339.

6 Vid. FARRÉ TREPAT, "La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia." Ed. Bosch, 1986. Pág. 346.

7 De todas formas, y aunque no se haya hecho referencia expresa, sí puede entenderse que se ha hecho tácita. Por ejemplo, el Código Penal de 1822, al acoger un punto de vista subjetivo, considera la tentativa como *"la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio á la ejecución del delito o la prepare"* (art. 5), con lo que admitiría la punibilidad de la tentativa inidónea. En los Códigos Penales de 1848 y 1850 se objetiviza la tentativa definiéndola como sigue art.3 *"Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no prosigue en ella por cualquiera causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento"*, con lo que sería punible la tentativa inidónea. Sin embargo el Código Penal de 1870 modifica la definición de tentativa excluyendo –entiendo– la tentativa inidónea de la punibilidad: art. 3. *"Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el resultado, por causa o accidente que no sean su propio o voluntario desistimiento"*. El Código Penal de 1928 en su artículo 38 sigue en la misma línea del anterior con *"los actos de ejecución que debieran producir el delito"*. Lo mismo ocurre con el Código Penal de 1932, fiel reflejo del de 1870.

8 Vid. CEREZO, "La regulación del íter críminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español" en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 1998, pág. 20.

9 Vid. RODRÍGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Derecho Penal Español" Ed. Dykinson, 1994 pág. 793.

10 Esta clasificación y encuadre dentro de las diferentes teorías las recoge y critica FARRE TREPAT en su monografía "La tentativa..." págs. 355 y ss. Si bien lo hace bajo el título "Tratamiento doctrinal de la tentativa inidónea con posterioridad a la entrada en vigor del Código Penal de 1944" entendemos que se puede incluir en nuestro título "La tentativa inidónea en el Código Penal de 1973" por ser idénticos los artículos de uno y otro código con respecto a la tentativa. Las notas a pie, lógicamente, son más.

11 Vid. "Derecho Penal. Parte General" Ed. Tecnos 1997, Pág 126. Este autor reconoce que en su tesis doctoral acusaba la influencia de esta teoría.

12 Vid. M. COBO DEL ROSAL-T. VIVES ANTÓN, "Derecho Penal. Parte general" 4ª Edición. Ed. Tirant lo Blanch, 1995. Y muy especialmente la nota (57) en la que se defiende de la crítica vertida por FARRÉ TREPAT porque no habla de idoneidad del medio sino del acto.

13 Vid. Ibídem pag. 656.

14 Vid. VIVES ANTÓN, "Comentarios..." pág 100.

15 MIR PUIG, en "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU. Pág. 346 (nota 60) encuadra a CEREZO dentro de los autores que defiende puntos de vista subjetivos. No así FARRÉ TREPAT, pág. 359, ni SILVA SANCHEZ nota 343 de la pág. 133.

16 Vid. CEREZO MIR, "Derecho Penal. Parte General. Lecciones 26 a 40." UNED 1997, Pág. 123.

17 Ibídem. Pág. 128.

18 Cfr. "La regulación del íter críminis..." pág.20 y "Derecho penal..." pag. 127.

19 Teoría de la conmoción le llama él. Vid. RODRIGUEZ MOURULLO Y OTROS "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997, pág. 75.

20 Vid. FARRÉ TREPAT pág. 330. Esta autora critica que el peligro al bien jurídico y la impresión de la generalidad son conceptos que precisan concreción. Según ella la impresión puede ser distinta según la formación intelectual, las ideas de carácter religioso y moral que posea o bien el círculo social al que pertenezca el sujeto. En el mismo sentido CEREZO "Derecho Penal. Parte General" pag. 126. BACIGALUPO añade, en op. cit. pág. 338, que esta teoría no justificaría la no punibilidad de los actos preparatorios porque también deberían conmover la confianza de la generalidad.

21 Para un resumen más actual en la posición jurisprudencial en torno a la tentativa inidónea vid. SANCHEZ DOMINGO-PEREZ PARENTE "Acerca de la punición de la tentativa inidónea" en Revista Jurídica Española La Ley, Tomo I, 1998, págs. 1804-1805.

22 Vid. FARRÉ TREPAT, pág. 374.

23 Sostiene CEREZO MIR en "Derecho Penal. Parte General. Lecciones 26 a 40." pág. 126 que "no es necesario acudir a la teoría de la impresión para evitar la punición de la tentativa irreal si partimos de una teoría subjetiva. Efectivamente, también defendiendo una teoría subjetiva pura puede sostenerse la impunidad de la tentativa irreal: en la tentativa imposible o inidónea no se da ningún desvalor del resultado pero es que en los supuestos de tentativa irreal no se da tampoco el desvalor de la acción".

24 No sin ciertas vacilaciones, como advierte FARRÉ TREPAT, pág. 384.

25 Vid. "Derecho Penal. Parte General" Pág. 347.

26 Vid. MIR PUIG, "Derecho Penal. Parte General" Ed. PPU. Pág. 346. Y especialmente nota 59, en la que desautoriza la interpretación que GRACIA MARTIN hace de sus palabras.

27 Vid. "la regulación del íter críminis..." pág. 20.

28 Vid. "Curso..." Pág. 128.

29 Por la controversia de su aplicación a los delitos dolosos consumados además de a los imprudentes. Vid. CEREZO MIR, "La regulación..." Pág 23. Esto lo considera "una decisión político-criminal equivocada pero que influye decisivamente en el contenido de las normas implícitas en los tipos de los delitos de acción dolosos".

30 Cfr. GRACIA MARTÍN, "El íter críminis..." pág. 271.

31 Vid. SOLA RECHE, "La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos". Ed. Comares, 1996, pág. 3.

32 Vid CEREZO MIR, "La regulación del íter críminis y la concepción de lo injusto en el nuevo Código Penal español" en Revista de Derecho Penal y Criminología de la UNED, 1998, pág. 21.

33 Vid. CEREZO MIR, "Derecho Penal..." Pág. 123.

34 Vid. GRACIA MARTIN, Op. Cit. Págs. 274.

35 Vid. SILVA SANCHEZ "El íter críminis..." Pág. 132.

36 Vid. "El íter..." pág. 123 y ss.

37 Vid. "Principios..." Pág.339-340.

38 Vid. GRACIA MARTIN, Op. Cit. Pags. 277 y ss.

39 Vid. "Código Penal: doctrina y jurisprudencia." De CANDIDO CONDE-PUMPIDO FERREIRO, Ed. Trivium, 1997. Pág.533.

40 Vid. RODRIGUEZ MOURULLO Y OTROS "Comentarios al Código Penal" Ed. Cívitas, 1997, pág. 75.

41 Vid. GIMBERNAT ORDEIG "Diatriba del Nuevo Código Penal", en Revista Jurídica Española La Ley, 1996-3, D-183, pág. 1335.

42 Vid. SOLA RECHE, "La tentativa inidónea..." Pág 119.

43 Vid COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN "Derecho Penal. Parte General." Pág. 656.

44 Vid. COBO DEL ROSAL-VIVES ANTÓN. "Derecho Penal. Parte General". Pág. 655.

45 Vid. "Derecho Penal Español". Ed. Dykinson 1994. Pág. 791.

46 Los ejemplos, salvo los que expresamente se dirán, si bien son ya clásicos, han sido extraídos de VON LISZT, en "Tratado de Derecho Penal" Traducción de la 20ª edición alemana por Luís JIMENEZ DE ASÚA, pág. 13 y ss.

47 Esta clasificación, únicamente tiene como objeto encuadrar en líneas generales los diferentes casos, sin pretender afirmar que todas las conductas descritas sean efectivamente constitutivas de tentativa inidónea. Esto incluye también las divisiones en tentativa absoluta o relativamente inidónea, con la que algunos autores no están de acuerdo (v.g.SILVA SÁNCHEZ o BACIGALUPO vid. Nota 33).

48 Vid. "Derecho Penal..." pág. 129.

49 Puesto que si hubiera peligro concreto estaríamos frente a una tentativa idónea, "Derecho Penal..." Pág. 347.

50 Utiliza este mismo ejemplo en "Código Penal: doctrina y jurisprudencia", pág. 534.

51 Vid. CEREZO MIR "Derecho Penal..." pág. 124.

52 Vid. FARRÉ pág. 433, que no ha encontrado ninguna sentencia que recoja este supuesto.

53 Así RODRIGUEZ DEVESA-SERRANO GÓMEZ "Curso..." pág. 793.

54 Vid. FARRÉ pág. 444.

55 Ibídem pág. 376.

56 Vid. "Código Penal: doctrina y jurisprudencia", págs. 543-544.

57 Seg. VON LISZT este ejemplo "del que tanto se ha abusado" fue citado por vez primera por FEUERBACH en 1808. En "Tratado de Derecho Penal" Traducción de la 20ª edición alemana por Luís JIMENEZ DE ASÚA, pág. 14. No me resisto a añadir, por simpático, un párrafo de VON LISZT con relación a la tentativa irreal *"En un caso la imposibilidad material patente del delito intentado es síntoma de amencia y causa de inimputabilidad criminal, con tratamiento psiquiátrico (delito absolutamente imposible). En otro, la dudosa posibilidad acusa, a la vez que cortedad de inteligencia, peligrosa largueza de voluntad, y debe ser motivo de prevención penal contra el ser temible (delito relativamente imposible). Así, administrar sustancias abortivas a un varón es, antes que delito punible, síntoma de extravío mental lamentable"*.

58 Vid. FARRÉ TREPAT, Pág. 398 y ss.

59 Es este un ejemplo más artificial que cualquier otro, propuesto seguramente para justificar que el "espectador" ficticio además de tener los conocimientos del hombre medio tenga también los propios del autor.

60 La jurisprudencia ha sido consultada únicamente hasta diciembre de 1998.

61 Vid. "Cinco cuestiones..." pág. 137. También recogida por SANCHEZ DOMINGO y PÉREZ PARENTE en "Acerca de la punición..." pág. 1805. En esta sentencia el disparo con un arma inhábil –que según dictamen pericial sólo era efectiva a una distancia no superior a los dos metros, y por encima de los seis metros no sería fiable y el disparo sólo acertaría por casualidad– se considera tentativa inidónea absoluta y absuelve al demandado de tentativa de asesinato, por la consideración objetiva de la tentativa.