

LA REGULACIÓN DE LA TENTATIVA EN EL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL Y SU INTERPRETACIÓN CON ARREGLO A LAS EXIGENCIAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL*

por FÉLIX MARÍA PEDREIRA GONZÁLEZ¹

SUMARIO: I. Consideraciones generales en torno al *iter criminis*. II. La tentativa. 1. Concepto y estructura típica. 2. El comienzo de la ejecución. a) La teoría subjetiva. b) La teoría objetivo-formal. c) Teorías objetivo-materiales. 3. Tentativa acabada e inacabada. 4. La evitación voluntaria de la consumación. 5. Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo. Bibliografía.

Resumen

En el presente artículo se analiza y valora la regulación de la tentativa en el Código Penal español, contextualizándola en la temática general del *iter criminis*, analizando y valorando los principales problemas que plantea, y proponiendo una interpretación ajustada a las exigencias del principio de legalidad penal. Todo ello se realiza a la luz de la reciente doctrina y jurisprudencia de España.

Abstract

This paper analyzes and assesses the regulation of attempted crimes in the Spanish Criminal Code, contextualizing it within the general

* El presente artículo se ha realizado en el marco del SEJ-678: *Grupo interuniversitario e interdisciplinario de investigaciones sobre la criminalidad (GI3 CRIM)*.

¹ Profesor titular de Derecho Penal, Universidad Complutense de Madrid.

theme of *iter criminis*, analyzing and assessing the main problems it presents, and proposing an interpretation in line with the requirements of the principle of legality in criminal law. All of this is done in light of recent doctrine and case law in Spain.

Palabras clave

Derecho Penal español. Delito. *Iter criminis*. Tentativa. Principio de legalidad.

Keywords

Spanish Criminal Law. Crime. *Iter criminis*. Attempt. Principle of legality.

I. Consideraciones generales en torno al *iter criminis*

Según el artículo 61 del Código Penal español (en adelante CPE), “cuando la ley establece una pena, se entiende que la impone a los autores de una infracción consumada”. El CPE adopta, por lo tanto, un *concepto formal de consumación*, que hace referencia a la realización del tipo en todos sus elementos. Así, por ejemplo, el artículo 138.1 señala: “El que matare a otro será castigado, como reo de homicidio, con la pena de prisión de diez a quince años”. La consumación se produce en el momento en el que se mata a la otra persona, es decir, en el momento en el que el sujeto pasivo muere. En ese momento ya podremos afirmar que el tipo se ha consumado y aplicar la pena de prisión de diez a quince años prevista.

Distinta de la consumación es el denominado *agotamiento o terminación del delito*. Aunque se han ofrecido diversos conceptos de agotamiento o terminación del delito, habitualmente se entiende como la consecución de los fines u objetivos del agente tras la consumación, es decir, tras la realización de los elementos o requisitos del tipo (ej., obtener el rescate de un secuestro). Dado que el agotamiento o terminación sobrepasa la realización del tipo delictivo, es decir, está más allá de las previsiones típicas, por regla general es irrelevante desde un punto de vista jurídico-penal. Sin embargo, en ocasiones, puede tener

trascendencia. Así, por ejemplo, en los denominados tipos o *delitos permanentes*, que son aquellos que se consuman en un determinado momento, pero cuyos efectos antijurídicos se prologan en el tiempo por voluntad del agente. Verbigracia, el secuestro, al que ya nos hemos referido, se consuma ya en el momento en que alguien detiene o encierra a otro, privándole de su libertad, y exigiendo alguna condición para su liberación (art. 164 del CPE). Sin embargo, una vez terminado, sus efectos antijurídicos pueden prolongarse en el tiempo durante días, meses o, incluso, años, en los que el secuestrado permanece retenido por el secuestrador. Esto tiene trascendencia a efectos del inicio del plazo de prescripción del delito, que comienza a correr, no desde el día de la consumación del delito (que es la regla general) sino desde el día en que se “eliminó la situación ilícita” (art. 132.1 del CPE). También puede tener trascendencia a efectos de participación en el delito, si algún sujeto colabora en el secuestro tras la consumación del mismo.

Aclarado el concepto de consumación formal o simplemente consumación, que adopta el CPE, hasta que un comportamiento humano llega a realizar todos esos elementos del tipo, puede recorrer un trayecto más o menos largo y sinuoso, que es lo que se conoce como el *iter criminis* (el camino del delito). Así, bajo la expresión *iter criminis*, se estudian las *diferentes etapas o fases por las que puede atravesar el hecho delictivo desde que surge la idea criminal* (ej., voy a asesinar a mi vecino de arriba) *hasta la consumación* (ej., el vecino muere asesinado).

En una primera aproximación, puede distinguirse en el *iter criminis* una *fase interna*, que se desarrolla en la mente del sujeto, y una *fase externa*, que ya supone una exteriorización o manifestación externa de esa voluntad.

La fase interna, por sí sola, no es relevante desde el punto de vista jurídico-penal (*cogitationis pœnam nemo patitur* = nadie puede ser penado por sus pensamientos). Por lo tanto, la mera decisión o voluntad de cometer un delito, cuando no va acompañada de actuaciones externas, es irrelevante para el Derecho Penal. Ello enlaza con la distinción entre la moral y el Derecho, y por supuesto con la libertad de conciencia e ideológica (art. 16 de la Constitución española –en ade-

lante CE-). Un Estado de Derecho no puede interferir en la conciencia de los ciudadanos, que tienen el derecho fundamental a tener su propia concepción del mundo, y sus propias ideas y opiniones, por muy equivocadas o nocivas que nos parezcan al resto.

La exteriorización de esa voluntad delictiva, por lo tanto, es el límite mínimo de la intervención penal. Dentro de la fase externa, pueden distinguirse, a su vez, dos etapas: la *fase de actos preparatorios* y la *fase de ejecución*.

Los actos preparatorios son actuaciones externas del sujeto dirigidas a la futura ejecución del delito (ej., comprar un cuchillo y un pasamontañas en el supermercado, hacer seguimientos a la víctima, fotografiar el lugar, conseguir los planos del edificio, arrendar la vivienda desde la que se efectuará el disparo, cavar el zulo en el que se introducirá al secuestrado, buscar a cómplices).

El CPE parte del *principio general de impunidad de los actos preparatorios*, esto es, como regla general, los actos preparatorios no se sancionan penalmente, salvo en tres supuestos: la *conspiración*², la *proposición*³ y la *provocación*⁴, cuando expresamente se prevea para

² Según el art. 17.1 del CPE, “la conspiración existe cuando dos o más personas se conciertan para la ejecución de un delito y resuelven ejecutarlo”. Se precisa, por lo tanto, que dos o más personas acuerden ejecutar de manera conjunta un futuro y concreto delito que admita esta forma imperfecta de realización (ej., varios sujetos se reúnen y deciden dar una paliza entre todos a un tercero, que le produzca graves lesiones). Para castigar al conspirador no basta, por lo tanto, con que se acuerde su participación de cualquier manera en el futuro delito (ej., proporcionando el arma para el asesinato) sino que se exige que se acuerde su intervención en el futuro delito como coautor. De ahí que se afirme que la conspiración se configura en el CPE como un supuesto de *coautoría anticipada* (DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 547; MIR PUIG, S., *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019, p. 151). Para Silva Sánchez, sin embargo, “también debe ser reputado conspirador el que se reserva, en el plan delictivo, un papel de cooperador necesario, por ejemplo, mediante una intervención decisiva en la fase preparatoria” (SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Derecho Penal. Parte general*, Civitas-Aranzadi-La Ley, Madrid, 2025, p. 1102).

³ De acuerdo con el art. 17.2 del CPE: “La proposición existe cuando el que ha resuelto cometer un delito invita a otra u otras personas a participar en él”. En este caso, el sujeto que plantea la idea ya está decidido a ejecutar como autor el futuro y concreto delito, y ofrece a otra u otras personas determinadas que intervengan en el mismo, no como autores, sino como meros partícipes, cooperando en su delito (ej., propor-

el delito. Es decir, tampoco la conspiración, la proposición y la pro-

cionando el vehículo para el secuestro). Es exigible que la invitación del proponente sea aceptada, pues una mera propuesta que *no va a ningún lado* y es rechazada, resulta insuficiente desde el punto de vista de los principios de intervención mínima y ofensividad. Si la invitación se refiere a su intervención como coautores, para ejecutar conjuntamente el delito, y así se acepta, habrá que acudir a la figura de la conspiración. Para Silva Sánchez, sin embargo, la proposición comprende la invitación para intervenir como autor o como partícipe (SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 1103).

⁴ Según el art. 18.1 del CPE, “la provocación existe cuando directamente se incita por medio de la imprenta, la radiodifusión o cualquier otro medio de eficacia semejante, que facilite la publicidad, o ante una concurrencia de personas, a la perpetración de un delito”. En este caso, el sujeto incita, es decir, instiga, anima, azuza a cometer un futuro delito, valiéndose de medios que faciliten la publicidad del mensaje (ej., periódicos, radio, televisión, *internet*...) o ante una concurrencia de personas (ej., en una concentración, asamblea, mitin político...). Esta provocación, como se deduce del siguiente párrafo del art. 18.1 del CPE, debe constituir *una incitación directa a cometer un delito*. Ello no significa que haya que dirigirla a personas concretas y determinadas, pues precisamente lo que caracteriza a la provocación es que se dirige a una generalidad de personas, pero sí exige que el mensaje sea explícito (no meras insinuaciones o alusiones más o menos veladas o indirectas) y lo suficientemente concreto para determinar el delito al que se refiere (ej., que un responsable político, en un programa de televisión, anime a los ciudadanos de su Comunidad Autónoma a alzarse violentamente, con armas, palos, piedras o lo que tengan a mano, contra los funcionarios del Estado para expulsarlos y así poder declarar la independencia de esa parte del territorio nacional –delito de rebelión–). Como forma específica de provocación, el párrafo segundo del art. 18.1 incluye la denominada *apología*, a la que define del siguiente modo: “Es apología, a los efectos de este Código, la exposición, ante una concurrencia de personas o por cualquier medio de difusión, de ideas o doctrinas que ensalcen el crimen o enaltezcan a su autor. La apología sólo será delictiva como forma de provocación y si por su naturaleza y circunstancias constituye una incitación directa a cometer un delito”. En el lenguaje común la apología hace referencia a un discurso en defensa, justificación o alabanza de alguien o algo, generalmente de forma vehemente. Sin embargo, la adopción de este significado amplio, en un Derecho Penal propio de un Estado de Derecho, que reconoce como derechos fundamentales la libertad de pensamiento y de expresión, resulta más que discutible. Por ello, con buen criterio, el CPE establece que, con carácter general, no basta con ensalzar el crimen o enaltecer a su autor, sino que se precisa también una incitación directa a cometer un delito. El art. 18.3 del CPE aclara que, si a la provocación hubiese seguido la perpetración del delito, se castigará como inducción. Por lo tanto, si el provocador logra que se cometa el delito, se le castigará con la misma pena que al inductor –art. 28.a, del CPE–. Pese a ello, nuestros legisladores, llevados en parte por los compromisos internacionales, no se han resistido a establecer excepciones a este criterio general, por medio, una

vocación se castigan en todos los delitos, sino exclusivamente en los casos en que así lo prevea la ley penal para el concreto delito⁵.

Con todo, el CPE, frecuentemente, castiga en su Parte especial (Libro II) determinados comportamientos que, aunque materialmente no pasan de ser meros actos preparatorios, se elevan a la categoría de delitos autónomos. Así, por ejemplo, el artículo 368 del CPE, en materia de tráfico de drogas, castiga a los “que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines...” Con ello, de un modo cuestionable, el legislador elude la aplicación de los principios generales y equipara en gravedad conductas que materialmente no son equiparables.

A este respecto, Díez Ripollés pone de manifiesto que, en el Derecho Penal Comparado, los regímenes totalitarios de la primera mitad del siglo XX y en el Derecho Penal histórico español, los códigos o códigos reformados de inclinación autoritaria tendieron a ampliar la punición de los actos preparatorios, y que esta tendencia ha resurgido en los últimos tiempos con la *consolidación del modelo penal rigorista de la seguridad ciudadana*, “si bien ya no se hace mediante una punición general de ciertos actos preparatorios, sino a través de la proliferación en la parte especial de delitos preparatorios de otros delitos, que ya abarcan un amplio campo de ámbitos delictivos”, lo que permite cuestionar que verdaderamente estemos ante una “fase de punición excepcional” de tales actos⁶. La vinculación entre ambas cuestiones

vez más, del vericuetto o artimaña de crear delitos autónomos para acoger un significado más amplio. Así, por ejemplo, en materia de terrorismo, el art. 578 del CPE castiga el simple “enaltecimiento o la justificación públicos de tales delitos o de quienes hayan participado en su ejecución, o la realización de actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de las víctimas de los delitos terroristas o de sus familiares”. Por su parte, el art. 510 del CPE, como figura central dentro de los denominados *delitos de odio*, incluye comportamientos que superan incluso el significado amplio de la apología (negación, trivialización).

⁵ Siguiendo un sistema de *numerus clausus* (arts. 17.3 y 18.2 del CPE) y dando lugar a una pena inferior a la del delito correspondiente –pena inferior en uno o dos grados– (cfr.: arts. 141, 151, 156 bis, 8; 168, 177 bis, 8; 269, 285 quáter, 304, 373, 445, 477, 488, 519, 553, 557, 4; 579, 3; 585 y 615 del CPE).

⁶ DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte general* cit., pp. 544 y ss.

que demuestra el mencionado autor no es casualidad y evidencia que el adelantamiento de las barreras de protección penal a través de la ampliación del castigo de los actos preparatorios viene acompañada del alejamiento de la idea del Estado de Derecho, pudiendo afirmarse que dicha ampliación es un síntoma preocupante de degradación, de *enfermedad*, de *dolencia*, de *achaque* en un Estado de Derecho.

Iniciada la fase de ejecución del delito, el CPE parte del principio inverso: la *punición de la tentativa*; es decir, comenzada la ejecución, el intento de consumir un delito y no conseguirlo se castiga penalmente (ej., disparar a otro con la intención de matarle y no lograrlo, porque el proyectil no llega a alcanzarle, o sólo le roza en la oreja, etc.).

Pero la pregunta que ya hay que plantearse es: ¿Cuál es la razón por la que se castigan estas *formas imperfectas de ejecución*?; o, si se prefiere, ¿por qué se penan estas conductas que no llegan a la consumación?

Las principales *fundamentaciones* ofrecidas a este respecto pueden reconducirse, fundamentalmente, a tres teorías: a) *teoría objetiva*, b) *teoría subjetiva* y c) *teorías mixtas*⁷.

- a) La llamada *teoría objetiva* mantiene que la razón del castigo es la puesta en peligro del bien jurídico. Ejemplo, es cierto que usted no ha llegado a matar a nadie, pero ha puesto en serio peligro su vida. Las consecuencias principales de esta teoría son: 1) El

También Pomares Cintas señala que esta ampliación “materializada con la incorporación en el Libro II del Código Penal de tipos penales preparatorios autónomos o específicos, salpicados en distintos títulos, ponen en tela de juicio la excepcionalidad de su castigo” (POMARES CINTAS, E., en *Derecho Penal. Parte general*, coord. por E. Pérez Alonso, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2022, p. 309). Para Silva Sánchez, “los delitos preparatorios responden a una fundamentación preventiva que no respeta las garantías en cuanto a la protección de la libertad y a la proporcionalidad” (SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 1105).

⁷ Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., coords. por C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016, pp. 186 y 187; CUELLO CONTRERAS, J.; MAPELLI CAFFARENA, B. y COLINA RAMÍREZ, E. I., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2022, pp. 150 y ss.; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016, pp. 347 y ss.; MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 200 y ss.; POMARES CINTAS, en *Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 317 y ss.

principio general de impunidad de los actos preparatorios, puesto que se encuentran demasiado alejados de la lesión del bien jurídico (ej., comprar el cuchillo y el pasamontañas en un centro comercial para utilizarlos en un futuro robo); 2) el menor castigo de la tentativa con respecto a la consumación, ya que objetivamente el peligro que genera la tentativa está más distanciado y es menos grave que la consumación (ej., es menos grave disparar a otro y no lograr matarlo, que disparar y matarlo); 3) la impunidad de la *tentativa inidónea*, ya que objetivamente no pone en peligro el bien jurídico (ej., intentar envenenar a otro con una sustancia inocua creyendo que es un potente veneno).

- b) La *teoría subjetiva* mantiene que la razón del castigo radica en la intención o voluntad delictiva que manifiesta el sujeto. Las consecuencias de esta teoría son: 1) Tendencia a la equiparación entre las formas imperfectas de ejecución y la consumación, pues la voluntad delictiva es la misma. Ejemplo, tanto si logras matar a otro como si lo intentas y no lo consigues, tu intención es equivalente; 2) punición de la *tentativa inidónea*, pues la voluntad delictiva es la misma que en la tentativa idónea (ej., tanto si intentas matar a otro con auténtico cianuro y no lo consigues como si lo intentas con una sustancia inocua, creyendo que es un potente veneno, tu intención delictiva es la misma).
- c) Las *teorías mixtas*, como su propio nombre indica, combinan los anteriores puntos de vista, y puede decirse que son mayoritarias en la actualidad.

Las teorías *predominantemente subjetivas* han tenido y tienen bastante éxito en Alemania, pues permiten explicar el castigo de las tentativas inidóneas en su Código Penal (*Strafgesetzbuch*) sin llegar al extremo de castigar tentativas absolutamente irreales o supersticiosas (ej., *teoría de la impresión*, la *teoría del quebrantamiento expresivo de la norma de Jakobs*)⁸. Sin embargo, puede afirmarse que el CPE,

⁸ § 22, StGB: “*Definición*: Intenta un hecho penal quien de acuerdo con su representación del hecho se dispone inmediatamente a la realización del tipo”. § 23, StGB: “*Punibilidad de la tentativa*: (1) La tentativa de un crimen es siempre punible; la tentativa de un delito solo es punible cuando la ley expresamente lo determina. (2) La tentativa puede castigarse de manera más indulgente que el hecho consumado

con buen criterio a nuestro juicio, acoge una teoría *predominantemente objetiva*, pues tiene muy en cuenta el peligro objetivo para el bien jurídico, y su mayor o menor proximidad, aunque también la voluntad delictiva manifestada por el sujeto. En este sentido, el castigo de la *conspiración, proposición y provocación* se explica en la medida en que existe la voluntad de consumir un delito y se manifiesta a través de actuaciones en las que se involucra a otras personas en el proyecto criminal, lo que implica un peligro relevante para determinados bienes jurídicos considerados particularmente importantes. Y en cuanto a la tentativa, el propio artículo 16.1 del CPE, al definirla, contempla tanto el aspecto objetivo como el aspecto subjetivo: “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*”.

Lo anterior resulta acorde, además, con los principios propios de un Estado Social y Democrático de Derecho, en la medida en que implica dirigir el Derecho Penal a la protección de los bienes jurídicos más importantes frente a los ataques más graves, tanto desde un punto de vista objetivo como subjetivo, y no al simple castigo de las intenciones.

II. La tentativa

1. Concepto y estructura típica

En términos generales, la tentativa, como su propio nombre indica, es el intento de realizar un delito. Más concretamente, el artículo 16.1 del CPE señala: “Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando

(§ 49, inciso 1º). (3) Si el autor desconoce, por una falta de comprensión grave, que la tentativa, según la clase de objeto, de recurso o de medio con los que cometió el hecho, de ninguna manera podía conducir a su consumación, entonces el tribunal puede prescindir de la pena o disminuir la misma con arreglo a su facultad discrecional (§ 49, inciso 2º)”. Véanse: JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 863 y ss.; ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, pp. 444 y ss.

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”.

En el CPE la tipicidad de la tentativa se obtiene a través de la combinación del mencionado artículo 16 con los correspondientes tipos previstos en el Libro II. En la tentativa también puede distinguirse una parte objetiva y subjetiva:

- a) La *parte objetiva*, como señala el artículo 16.1 del CPE, exige una ejecución de todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir la consumación y, sin embargo, ésta no se produce⁹.
- b) La *parte subjetiva* exige la voluntad de consumación, es decir que el sujeto quiera consumir el delito. En este sentido, el artículo 16 del CPE requiere que el delito no se consume “por causas independientes de la voluntad del autor”. De lo anterior se desprende que la tentativa requiere dolo y, por lo tanto, la imposibilidad de una tentativa imprudente, es decir, la tentativa no es compatible con la imprudencia¹⁰.

⁹ La expresión “resultado” contenida en el art. 16.1 suele interpretarse por la doctrina y la jurisprudencia como una referencia a la consumación y no a un efecto material separable de la conducta. Sin embargo, algunos autores optan por esta última interpretación restrictiva, lo que conduce a negar la posibilidad legal de castigar la tentativa en los delitos de mera actividad (así, por ejemplo, DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 552; OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2023, pp. 254 y 255). A nuestro juicio, así como en otros ámbitos no es posible interpretar el resultado en sentido amplio (ej., art. 11 del CPE: “Los delitos que consistan en la producción de un resultado sólo se entenderán cometidos por omisión...”), en el art. 16.1 del CPE es posible y conveniente esta interpretación amplia que lo asocia con la consumación. De este modo, por ejemplo, la agresión sexual, pese a tratarse de un delito de mera actividad, puede sancionarse penalmente en grado de tentativa (por todas, STS 734/2025, de 17 de septiembre).

¹⁰ ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 194; MIR PUIG, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., p. 156; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit., p. 209. El dolo de la tentativa no es distinto del dolo del hecho consumado y la tentativa tampoco es incompatible con el dolo eventual. Ej., un sujeto le propina una brutal paliza a su esposa, con graves golpes en la cabeza. Ese sujeto no tiene intención directa de matarla, sino sólo de darle un severo escarmiento para que no vuelva a salir con sus amigas, pero se representa como probable

Ejemplo, un asesino a sueldo, con la intención de matar a la persona que le han encargado, dispara un arma apuntando a su cabeza, pero el proyectil le pasa cerca y no le da, o tan sólo le roza en la oreja, o impacta en su hombro y no lo mata. En este caso, el autor ha ejecutado todos los actos que objetivamente deberían causar el resultado de muerte y, sin embargo, éste no se ha producido por circunstancias ajenas a su voluntad, por lo que estaríamos no ante un asesinato consumado, pero sí ante una tentativa de asesinato (art. 16 en relación con art. 139 del CPE).

2. *El comienzo de la ejecución*

Una de las cuestiones más complejas que se plantean en el ámbito del Derecho Penal es la relativa al inicio de la ejecución o, si se prefiere, la relativa a la delimitación entre actos preparatorios y actos de ejecución: ¿Dónde terminan los actos preparatorios y ya podemos hablar de actos de ejecución?, es decir, ¿dónde termina la preparación del delito y ya podemos hablar de tentativa?

Las diferentes respuestas a esta pregunta pueden reconducirse, fundamentalmente, a tres teorías.

a) *La teoría subjetiva*

La *teoría subjetiva* propone atender al *plan del autor*, considerando que son actos de ejecución aquellos que, en el pensamiento del sujeto, ya constituyen la fase decisiva de su plan. A favor de esta teoría cabe alegar que, en alguna ocasión, para decidir cuándo empieza la ejecución del delito, conviene investigar el plan del autor. Ejemplo, quien cava un profundo agujero en el bosque para poner una trampa a su enemigo puede pretender su muerte dejándole que muera de sed en el agujero o disparando sobre él una vez atrapado. Así, mientras que en el primero quizá pudiera afirmarse que hay inicio de ejecución, en el segundo

su muerte y la asume, pues en realidad ya le da lo mismo. Aunque la mujer se salve milagrosamente gracias a la rápida intervención de los servicios sanitarios, resultaría inadecuado castigar al autor por lesiones y no por tentativa de homicidio (o asesinato). En este sentido, ROXIN, *Derecho Penal. Parte general* cit., t. II, *Especiales formas de aparición del delito*, pp. 452 y ss.

caso sería más que discutible. De cualquier manera, la adopción de un punto de vista puramente subjetivo no es admisible, porque la determinación del comienzo de ejecución de un delito no puede depender de las ideas del sujeto, ni de sus planes más o menos absurdos, irracionales o extravagantes, sino que, por exigencias del principio de legalidad, tiene que depender de la ley¹¹.

b) *La teoría objetivo-formal*

La *teoría objetivo-formal* defiende que hay que atender al *comienzo del hecho descrito en el tipo delictivo*. Ejemplo, el delito de robo se define en el artículo 237 del CPE en los siguientes términos: “Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro, se apoderaren de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde éstas se encuentran o violencia o intimidación en las personas, sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren”. De este modo, por ejemplo, si el ladrón ya ha roto la ventana de una casa y se dispone a entrar, o ha roto la puerta de la vivienda para acceder a su interior y apoderarse de las joyas, podremos decir que ya ha empleado la *fuerza en las cosas* requerida por el tipo delictivo y, por lo tanto, que ya hay tentativa.

A favor de esta teoría cabe alegar –y no es un argumento menor– que, a diferencia de la teoría subjetiva y de otros criterios materiales, respeta escrupulosamente el principio de legalidad, algo básico en un Estado de Derecho. Sin embargo, en contra de esta teoría, se argumenta que una aplicación estricta de la misma podría conducir a sostener que en el homicidio, como en todo delito de *acción instantánea*, no cabe la tentativa, puesto que el verbo típico matar no puede realizarse parcialmente: en puridad, se mata sólo en el momento en el que se produce la muerte, es decir, se mata o no se mata¹². Por eso, se estima que es necesario un entendimiento de la acción típica más amplio, que vaya más allá de los actos inmediatamente descritos en el tipo delictivo.

¹¹ ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 191; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 356.

¹² ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 192; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 357.

c) *Teorías objetivo-materiales*

Sobre la base de la objeción anterior han surgido una serie de *teorías objetivo-materiales*, más o menos desvinculadas de la descripción típica: el que se trate de actos dirigidos de una manera *inequívoca* a cometer un delito, la *proximidad espacio-temporal*, la *inmediatez temporal*, la *unión a la acción típica desde una concepción natural*, la *puesta en peligro inmediata del bien jurídico*, etcétera¹³.

A nuestro juicio, en primer lugar, se ha exagerado la importancia de esta cuestión. Aunque es cierto que puede llegar a tener trascendencia práctica –sobre todo en aquellos casos dudosos en los que, si se interpreta que el sujeto se ha mantenido en la fase de preparación del delito, el hecho es impune, en tanto que si se interpreta que ha iniciado la fase de ejecución, el hecho ya es punible– no es menos cierto que, cuando la peligrosidad del ataque o de los medios empleados es seria, habitualmente se contempla a través de delitos autónomos que impiden la impunidad (ej., amenazas, tenencia ilícita de armas, allanamiento de morada). Y si no se contempla ya, quizá hay que pensar que, al menos en muchos casos, eso no es todavía una ejecución relevante del delito.

En segundo lugar, es exagerado decir que en todos los delitos de “acción instantánea” fracase la teoría objetivo-formal. Así, por ejemplo, cuando un sujeto le está dando una paliza a otro, propinándole golpes severos en la cabeza, es perfectamente posible afirmar, incluso en el uso más común y cotidiano del lenguaje, que *¡lo está matando!*

En tercer lugar, en un Estado de Derecho, que consagra el principio

¹³ Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 192; DÍEZ RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte general* cit., pp. 552 y ss.; GIL GIL, A., en *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., UNED-Dykinson, Madrid, 2015, pp. 331 y ss.; MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal. Parte general*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2020, pp. 238 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* cit. pp. 357 y ss.; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., pp. 152 y ss.; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit., pp. 203 y ss.; OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito* cit., p. 249.

de legalidad y, más ampliamente, la seguridad jurídica, no es admisible la fijación de un criterio material que pretenda decidir esta cuestión al margen de la descripción efectuada por la ley, ni siquiera con el argumento de que así se van a castigar o se van a castigar más algunos hechos que lo merecerían.

Por lo tanto, la delimitación entre actos preparatorios y actos ejecutivos, al menos a nuestro juicio, debe pasar necesariamente por la descripción típica. El concepto de ejecución y, por lo tanto, de tentativa tiene que ir vinculado al *hecho descrito en el tipo penal*, por lo que hay que partir de un criterio objetivo-formal. A este respecto, se han defendido dos concepciones distintas: una *restrictiva*, en cuya virtud la acción típica comienza sólo cuando tienen lugar los actos estrictamente descritos por el tipo delictivo, y otra, más *amplia* y acorde con el uso común del lenguaje, según la cual el comienzo de la acción típica puede tener lugar cuando se hayan realizado actos estrechamente ligados o vinculados con los anteriores¹⁴.

Sin embargo, los argumentos anteriores, por sí solos, no eliminan la dificultad y la necesidad de encontrar un criterio más concreto. En este sentido, nos parece que el patrón más seguro —o menos inseguro— es el de la *conexión inmediata con la acción típica*, es decir, admitir que el comienzo de la tentativa se produce *cuando se efectúa un acto inmediatamente anterior al descrito o descritos estrictamente en el tipo*. Vendría a ser la condición que exige que *no haya ningún eslabón intermedio* entre el acto de que se trate y la estricta realización de la conducta típica (cuando ésta se ejecute con un solo acto) o de alguno de los actos que la integran (cuando la conducta típica comprenda varios actos)¹⁵. Este criterio, además, se ajusta a la regulación del CPE, cuyo artículo 16 exige dar “principio a la ejecución del delito *directamente* por hechos exteriores”, lo que puede interpretarse como la exigencia de conexión inmediata¹⁶. Por otra parte, el artículo 16, como es lógico, no exige que en el caso concreto podamos afirmar

¹⁴ COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 715 y 716.

¹⁵ MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 358; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., p. 154.

¹⁶ Lug. cit.

que el sujeto ya mata o ya causa a otro una lesión, por ejemplo, sino sólo practicar “todos o parte de los *actos que objetivamente deberían producir el resultado*”.

Por supuesto, tiene que existir un peligro relevante para el bien jurídico. Pero, como aclara Roxin, la puesta en peligro “debe estar próxima al tipo, pero no necesariamente al bien jurídico [...] El punto de referencia para la punición de la tentativa no es, por lo tanto, el bien jurídico protegido, sino el tipo penal. Esto es importante porque, según ello, las acciones pueden ser consideradas tentativas incluso si, en relación con el bien jurídico protegido, se hallan todavía alejadas del mismo, en el ámbito de la mera preparación. Así, existe una tentativa punible de falsificación de moneda [...] cuando el autor inicia el acto de falsificación; el bien jurídico protegido (el sistema monetario), sin embargo, se vería afectado tan sólo cuando se produjese la introducción de la moneda falsa en el tráfico”¹⁷.

Por su parte, la jurisprudencia española, para determinar el comienzo de la ejecución, suele adoptar una postura mixta, combinando diversos criterios de distinción. A este respecto, la Sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo español (en adelante STS) 361/2020, de 1º de julio, señala: “En análogos términos expresábamos en la Sentencia Nº 548/2017, de 12 de julio, que han de considerarse actos ejecutivos aquellos que suponen ya una puesta en peligro siquiera remoto para el bien jurídico, incluso cuando no constituyan estrictamente hablando la realización de la acción típica, siempre que en tal caso se encuentren en inmediata conexión espacio-temporal y finalístico con ella y se hace mención a la triple concurrencia de un plan del autor cuyo dolo abarque la creación del peligro típico propio del delito, el inicio del riesgo para el bien jurídico protegido mediante un principio de ejecución manifestada por hechos exteriores y la inmediatez de la acción del sujeto con la finalidad perseguida, que no se llega a alcanzar por causas independientes de la voluntad del autor; y se añade que para que podamos decir que la ejecución de un delito se ha iniciado, es necesario que concurran los siguientes requi-

¹⁷ ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito* cit., p. 436.

sitos: 1º Que haya univocidad, es decir, que tales actos exteriores sean reveladores, de modo claro, de esa voluntad de delinquir. 2º Que exista ya una proximidad espacio-temporal respecto de lo que, en el plan del autor, habría de suponer la consumación del delito. 3º Y éste es el criterio que ha de marcar la última diferencia entre los actos preparatorios y los de ejecución: que esa actuación unívoca y próxima en el tiempo y en el espacio sea tal que en su progresión natural conduzca ya a la consumación, es decir que si esa acción continúa (no se interrumpe) el delito va a ser consumado. Es entonces cuando puede decirse que ya hay un peligro para el bien jurídico protegido en la norma penal [...] En tales hechos se describe la intención de matar por parte del acusado. Además, se describe ya el inicio de la ejecución y la inminencia de su acción frente a los agentes. El hecho probado describe además cómo el acusado metió la mano en la bandolera con intención de sacar el revólver que allí portaba y disparar a los agentes para acabar con sus vidas, propósito que no logró al habersele echado encima dichos agentes, quienes lograron reducirlo. Estos actos no sólo son unívocos desde la perspectiva del plan del autor, sino que además suponen la ejecución de la conducta típica por la que ha sido condenado y la inminente puesta en peligro para el bien jurídico que ampara, lo que excluye la necesidad de actos o fases intermedias. Se describe así en la resultancia fáctica de la sentencia que el motivo que impidió al acusado lograr el resultado pretendido y por tanto la consumación del delito, fue por «habersele echado encima dichos agentes, quienes lograron reducirlo»¹⁸.

3. *Tentativa acabada e inacabada*

Como hemos visto, el artículo 16.1 del CPE se refiere a que el sujeto practique “*todos o parte de los actos* que objetivamente deberían producir el resultado...”

Suele hablarse, en este sentido, de *tentativa acabada e inacabada*¹⁹.

¹⁸ Véanse, también, STS 234/2012, de 16 de marzo; STS 92/2019, de 20 de febrero; STS 84/2020, de 27 de febrero.

¹⁹ ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 193; CUELLO CONTRERAS, MAPELLI CAFFARENA y COLINA RAMÍREZ, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 151; Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte*

La tentativa acabada sería aquella en la que el sujeto practica todos los actos que objetivamente deberían producir la consumación y, sin embargo, dicha consumación no se produce por circunstancias ajenas a su voluntad (ej., el sujeto, con la intención de matar, dispara hacia la cabeza de la víctima y el proyectil le pasa cerca, o le roza una oreja o le da en un hombro).

En la tentativa inacabada, sin embargo, el sujeto sólo realiza parte de los actos que objetivamente deberían producir la consumación (ej., un sujeto está destrozando la puerta de una vivienda para robar en su interior y, en ese momento, es sorprendido y atrapado por la Policía).

En cualquier caso, se acepte o no esta terminología, o se interprete en un sentido o en otro, el mayor o menor avance en la ejecución es uno de los factores que ha de tener su reflejo en la pena²⁰. Así, el artículo 62 del CPE establece 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”.

4. *La evitación voluntaria de la consumación*

Con arreglo al artículo 16.2 y 3 del CPE: “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.

”Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquel o aquellos que desistan de la ejecución

general cit., p. 551; GIL GIL, en *Curso de Derecho Penal. Parte general cit.*, pp. 334 y 335; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito cit.*, p. 205; OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito cit.*, pp. 247 y 248; POMARES CINTAS, en *Derecho Penal. Parte general cit.*, p. 322.

²⁰ Contrario a ello se muestra GILI PASCUAL, A., *Grado de ejecución y penalidad de la tentativa*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 77, 2024, pp. 105 y ss.

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”.

Se ha discutido mucho la *naturaleza jurídica y fundamento* de la figura del desistimiento. En cuanto a la naturaleza jurídica se ha debatido si es una causa de exclusión del tipo o de la punibilidad, que no excluye el injusto, sino tan sólo la posibilidad de imponer la pena²¹. Pero, a nuestro juicio, el desistimiento voluntario no puede excluir la peligrosidad de la conducta y, por lo tanto, la prohibición de la misma. El desistimiento voluntario no puede impedir que, antes del mismo, se haya producido un hecho injusto que, como tal, no cabe borrar afirmando que es justo. Tampoco elimina la culpabilidad del sujeto. Se trataría más bien de una causa personal de exclusión o levantamiento de la pena.

En lo que atañe a su fundamento, se han manejado diversos argumentos. El denominado argumento del *premio*, según el cual el desistimiento voluntario se presenta como algo meritorio que debe recompensarse con un *perdón* o levantamiento de la pena. Asimismo, se ha argumentado que el desistimiento voluntario manifiesta una *menor intensidad de la voluntad criminal* o, incluso, una *disminución de la culpabilidad* del sujeto. También se ha manejado el argumento político-criminal de que el desistimiento voluntario evidencia que ya *no es necesaria la pena* desde el punto de vista de sus fines de prevención, especial y/o general. A nuestro juicio, el argumento de mayor peso es una razón esencialmente pragmática o de oportunidad que puede sintetizarse con el refrán popular “al enemigo que huye, puente de plata” (ej., Von Liszt, Feuerbach y, más recientemente, Puppe, por

²¹ Cfr.: BUSTOS RUBIO, M., *El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento posdelictivo: Naturaleza y fundamento*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 19, 2017, pp. 4 y ss.; CUELLO CONTRERAS, MAPELLI CAFFARENA y COLINA RAMÍREZ, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 154; Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte general* cit., p. 556; GIL GIL, *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 38 y ss.; MIR PUIG, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., p. 154; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit., p. 210; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 1149 y ss.

consideración a la oportunidad de salvamento para la víctima)²². Es decir, *prefiero no imponerte la pena que merecerías a que pienses que ya no hay marcha atrás y consumes el delito*. Ejemplo, si devuelves teléfono móvil ajeno que te has guardado en el bolsillo antes de salir por la puerta de los grandes almacenes, prefiero no imponerte la pena que mereces a que pienses que ya no hay marcha atrás y decidas consumir el delito, lesionando la propiedad ajena.

Para que conduzca a la impunidad, el desistimiento tiene que ser *voluntario*, no forzado por las circunstancias. Ejemplo, si el ladrón se ve obligado a desistir porque se aproximan los policías con las linternas, lógicamente, no será un desistimiento voluntario. De acuerdo con Martínez Escamilla, Martín Lorenzo y Valle Mariscal de Gante, cabe excluir de la voluntariedad no sólo los casos de *imposibilidad absoluta* sino también los de *imposibilidad relativa*, ofreciendo el siguiente ejemplo: “si un sujeto decide matar a una persona impunemente y en el momento de disparar aparece un testigo inesperado, evidentemente, desde el punto de vista fáctico, la consumación es todavía posible, pero no parece una vulneración del significado común de las palabras afirmar que su desistimiento es involuntario en cuanto las circunstancias sobrevenidas imposibilitan o dificultan relevantemente la realización del plan de autor, la obtención de la finalidad perseguida”²³. Lo que no resulta exigible con arreglo a la ley es que el desistimiento del sujeto obedezca a móviles valiosos (motivos altruistas, desinteresados o moralmente aceptables, deseo de retornar a la legalidad, que evidencien la ausencia de necesidad de pena desde el punto de vista de sus fines, etc.)²⁴.

El desistimiento adopta *formas distintas* en la tentativa inacabada

²² Sobre estas fundamentaciones véanse: BUSTOS RUBIO, *El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento postdelictivo: Naturaleza y fundamento* cit., pp. 10 y ss.; Díez Ripollés, *Derecho Penal español. Parte general* cit., pp. 557 y 558; ROXIN, *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito* cit., pp. 590 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 1150 y 1151.

²³ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARTÍN LORENZO y VALLE MARISCAL DE GANTE, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 250.

²⁴ MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARTÍN LORENZO y VALLE MARISCAL DE GANTE, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 251.

y en la tentativa acabada. Así, mientras que en la tentativa inacabada basta con que el sujeto detenga su ejecución, dejando de realizar los actos que le faltan (ej., dejando de entrar en la casa para apoderarse de las joyas tras haber forzado la puerta), en la tentativa acabada es necesario un *desistimiento activo*, es decir, el sujeto tiene que evitar activamente que la ejecución ya completada produzca el resultado (ej., quien ha puesto una bomba con temporizador para que explote a una determinada hora tendrá que desactivarla para que no se produzca la consumación).

El desistimiento voluntario no excluye la responsabilidad en que ya pudiera haber incurrido el sujeto por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. Ejemplo, el desistimiento voluntario en un robo con fuerza en las cosas no excluye la responsabilidad del sujeto por los daños que ya hubiera causado en la propiedad ajena.

Finalmente, de acuerdo con el artículo 16.3 del CPE, cuando en un hecho intervengan varias personas, se requiere no sólo que el sujeto desista de lo suyo, sino también que impida o intente impedir, seria, firme y decididamente, la consumación. Esto es aplicable también, y con más razón, al desistimiento de los actos preparatorios punibles, en los que intervienen varios sujetos.

Según el Acuerdo del Pleno de la Sala II del TS de 15 de febrero de 2002: “La interpretación del artículo 16.2, CPE que establece una excusa absolutoria incompleta ha de ser sin duda exigente con respecto a la voluntariedad y eficacia de la conducta que detiene el *iter criminis*, pero no se debe perder de vista la razón de política criminal que inspira, de forma que no hay inconveniente en admitir la existencia de la excusa absolutoria tanto cuando sea el propio autor el que directamente impide la consumación del delito, como cuando desencadena o provoca la actuación de terceros que son los que finalmente lo consiguen”.

5. *Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo*

Suele afirmarse que la *tentativa inidónea* es aquella que, objetivamente, no resulta apta para la consumación del delito, ya sea por falta

de idoneidad del objeto, de los medios empleados o del sujeto²⁵. Como hemos visto, el artículo 16.1 del CPE requiere que el sujeto practique todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir la consumación.

A estos efectos, con el fin de compatibilizar las exigencias político-criminales con el principio de ofensividad o lesividad, a nuestro juicio, conviene distinguir dos supuestos, en términos de regla-excepción.

Como regla general, cuando el hecho, en un principio y para un observador objetivo y razonable (perspectiva *ex ante*), aparecía o se mostraba como peligroso y apto para la consumación del delito, aunque finalmente haya fracasado, el hecho es idóneo para integrar la tipicidad de la tentativa (ej., intentar matar a otro con veneno y que, debido a su gran resistencia física, salve la vida; intentar matar a otro con una pistola y que la misma se encasquille).

Sin embargo, cuando el hecho, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia, era capaz de consumir el delito por razones estructurales, debe calificarse como tentativa inidónea y parece razonable considerarlo impune con base en el artículo 16.1 del CPE (ej., intentar matar a otro que, en realidad, ya estaba muerto; transportar paquetes de harina creyendo que son de cocaína; intentar envenenar a otro con una sustancia inocua creyendo que es un potente veneno; intentar matar a otro con una pistola de fogeo o detonadora, creyendo que dispara proyectiles; intentar cometer una prevaricación administrativa por quien no es autoridad ni funcionario).

²⁵ Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 195; ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000; Díez RIPOLLÉS, *Derecho Penal español. Parte general* cit., pp. 563 y ss.; GIL GIL, en *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 348; MIR PUIG, S., *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 3, 2001, pp. 1 y ss.; del mismo, *Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 364 y 365; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., pp. 157 y 158; MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; OBREGÓN GARCÍA y GÓMEZ LANZ, *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito* cit., pp. 253 y 254; SILVA SÁNCHEZ, *Derecho Penal. Parte general* cit., pp. 1131 y ss.

Cuando el hecho, ya desde un principio y para un observador objetivo y razonable, aparece como no peligroso, mostrándose como algo totalmente irracional en orden a la consumación del delito, se habla de *tentativa irreal* o, incluso, *supersticiosa* (ej., intentar matar a otro haciendo conjuros o echándole un “mal de ojo”)²⁶. Por supuesto, existe un amplio consenso en que esta clase de tentativa es impune, incluso entre aquellos que mantienen teorías predominantemente subjetivas²⁷.

Próximo a la situación anterior se encuentra el denominado *delito putativo*, consistente en que el sujeto realiza un hecho no prohibido por la ley penal, creyendo que sí está prohibido (ej., la mujer casada que tiene un amante cree equivocadamente que con su adulterio comete un delito). También existe un gran consenso en que es impune, incluso entre aquellos que mantienen teorías predominantemente subjetivas. La razón es que la determinación de lo que es delito tiene que corresponder a la ley, y no a la opinión del sujeto²⁸.

Según el Acuerdo de la Sala 2ª del TS de 25 de abril de 2012: “El artículo 16 del CP no excluye la punición de la tentativa inidónea cuando los medios utilizados valorados objetivamente y *ex ante* son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico”. A este respecto, la interesante STS 284/2021, de 30 marzo, señala: “El artículo 16 del CP ha redefinido la tentativa frente a su concepción más clásica, añadiendo la expresión ‘objetivamente’ (‘practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado’). Objetivamente quiere decir que el plan o actuación del autor, así como los medios utilizados, ‘objetivamente’ considerados, son racionalmente aptos para ocasionar el resultado. Quedan fuera de la

²⁶ Cfr.: ALASTUEY DOBÓN, en *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 195; GIL GIL, en *Curso de Derecho Penal. Parte general* cit., p. 345; MARTÍNEZ ESCAMILLA, MARTÍN LORENZO y VALLE MARISCAL DE GANTE, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 242; MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general* cit., p. 366; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., p. 158; MUÑOZ CONDE, *Teoría general del delito* cit., p. 207; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal*, en *Revista Penal*, N° 24, 2009, p. 144.

²⁷ Lug. cit.

²⁸ MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 2008, p. 367; del mismo, *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito* cit., p. 159.

reacción punitiva: a) los supuestos de tentativas irreales o imaginarias (cuando la acción es, en todo caso y por esencia, incapaz de producir el fin ilusoriamente buscado por su autor); b) los denominados ‘delitos putativos’ (cuando el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está), error inverso de prohibición que en ningún caso puede ser sancionado penalmente por imperativo del principio de legalidad; c) y los supuestos de delitos imposibles *stricto sensu* por inexistencia absoluta de objeto, que carecen de adecuación típica (falta de tipo); es decir, los casos que la doctrina jurisprudencial denominaba inidoneidad absoluta. En ninguno de estos casos los actos deberían objetivamente producir el resultado típico. Por el contrario, sí deben encuadrarse en los supuestos punibles de tentativa, conforme a su actual definición típica, los casos en que los medios utilizados, ‘objetivamente’ valorados *ex ante* y conforme a la experiencia general, son abstracta y racionalmente aptos para ocasionar el resultado típico de lesión o de peligro (cfr.: STS 771/2014, 19 de noviembre; STS 1114/2009, de 12 de noviembre; STS 963/2009, de 7 de octubre; STS 822/2008, de 4 de diciembre, entre otras muchas). En el supuesto que centra nuestra atención, la muerte instantánea sufrida por la víctima y descrita como tal en el hecho probado encierra una inidoneidad absoluta. No se puede socorrer a quien ya no es susceptible de ser socorrida. Y precisamente por ello no se puede castigar la omisión de una acción esperada cuando, de haberse realizado esa acción, en nada habría afectado a la indemnidad del bien jurídico protegido, sea éste la seguridad de la vida e integridad física, sea la solidaridad”. Sobre la evolución y la polémica surgida en el seno de la jurisprudencia respecto de esta cuestión véase, también, STS 916/2021, de 24 de noviembre.

Bibliografía

- ALASTUEY DOBÓN, C., en *Derecho Penal. Parte general*, 2ª edición, coord. por C. M. Romeo Casabona, E. Sola Reche y M. A. Boldova Pasamar, Comares, Granada, 2016.
- ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, Comares, Granada, 2000.
- *Tentativa y formas de autoría: sobre el comienzo de la realización típica*, Edisofer, Madrid, 2001.

- BUSTOS RUBIO, M., *El desistimiento de la tentativa como forma de comportamiento posdelictivo: Naturaleza y fundamento*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 19, 2017, pp. 1 y ss.
- COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTÓN, T. S., *Derecho Penal. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- CUELLO CONTRERAS, J.; MAPELLI CAFFARENA, B. y COLINA RAMÍREZ, E. I., *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 4ª ed., Tecnos, Madrid, 2022.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J. L., *Derecho Penal español. Parte general*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 2ª ed., Edisofer-B de F, Madrid-Buenos Aires, 2011.
- GIL GIL, A., en *Curso de Derecho Penal. Parte general*, 2ª ed., UNED-Dykinson, Madrid, 2015.
- GILI PASCUAL, A., *Grado de ejecución y penalidad de la tentativa*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 77, 2024, pp. 105 y ss.
- JAKOBS, G., *Derecho Penal. Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M.; MARTÍN LORENZO, M. y VALLE MARISCAL DE GANTE, M., *Derecho Penal. Parte general*, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, 2020.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte general*, 10ª ed., Reppertor, Barcelona, 2016.
- *Fundamentos de Derecho Penal y teoría del delito*, Reppertor, Barcelona, 2019.
- *Sobre la punibilidad de la tentativa inidónea en el nuevo Código Penal*, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Nº 3, 2001, pp. 1 y ss.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 5ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MUÑOZ LORENTE, J., *La tentativa inidónea y el Código Penal de 1995*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- NÚÑEZ PAZ, M. A., *Tentativa y desistimiento en Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- OBREGÓN GARCÍA, A. y GÓMEZ LANZ, J., *Derecho Penal. Parte general: elementos básicos de teoría del delito*, 3ª ed., Tecnos, Madrid, 2023.

- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., *Algunos límites de la tentativa con arreglo al Código Penal*, en *Revista Penal*, N° 24, 2009, pp. 142 y ss.
- PÉREZ FERRER, F., *El desistimiento voluntario de la tentativa en el Código Penal español de 1995*, Dykinson, Madrid, 2008.
- POMARES CINTAS, E., en *Derecho Penal. Parte general*, coord. por E. Pérez Alonso, B de F, Montevideo-Buenos Aires, 2022.
- POZUELO PÉREZ, L., *El desistimiento en la tentativa y la conducta pos-delictiva*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003.
- ROXIN, C., *Derecho Penal. Parte general*, t. II, *Especiales formas de aparición del delito*, Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- SILVA SÁNCHEZ, J.-M., *Derecho Penal. Parte general*, Civitas-Aranzadi-La Ley, Madrid, 2025.

