

Grado de ejecución y penalidad de la tentativa

ANTONI GILI PASCUAL

Catedrático de Derecho Penal. Universitat de les Illes Balears

RESUMEN

Para la determinación de la pena del delito intentado este trabajo propone prescindir definitivamente del recurso a las categorías tradicionales de tentativa inacabada y acabada. Aunque es verdad que tras la aprobación del código vigente la trascendencia de tal distinción en el cometido penológico fue pronto relativizada por la doctrina y, paulatinamente, también por la jurisprudencia, la diferenciación continúa utilizándose actualmente. Ello al amparo de la referencia legal al grado de ejecución alcanzado, que constituye, en último término, reminiscencia de una concepción histórica de las formas imperfectas de ejecución de la que el legislador de 1995 no se atrevió a prescindir completamente.

Sin embargo, parece que debe irse bastante más allá de esa mera relativización de la importancia de la distinción. El análisis realizado evidencia que la caracterización previa del intento conforme a esa clasificación binaria no sólo resulta un paso innecesario en la determinación de la pena, sino a menudo inviable y muchas veces hasta contraproducente, aprovechándose frecuentemente sólo como un cómodo expediente para relajar las exigencias de motivación respecto de lo auténticamente relevante: la valoración del grado cuantitativo del peligro argumentado en el caso concreto.

Palabras clave: *tentativa, iter criminis, determinación de la pena.*

ABSTRACT

This paper advocates for the definitive abandonment of the use of traditional categories of unfinished and finished attempts in the determination of penalties for attempted crimes. Despite the doctrinal and jurisprudential downplaying of the significance

of such a distinction in penal considerations shortly after the enactment of the current legal code, the differentiation persists today. This is grounded in the legal reference to the degree of execution reached, ultimately reflecting a historical conception of imperfect forms of execution that the legislator of 1995 hesitated to entirely discard.

However, it appears necessary to move beyond mere relativization of the importance of this distinction. The analysis conducted reveals that the prior characterization of an attempt based on this binary classification not only proves an unnecessary step in penalty determination but often becomes unfeasible and, in many cases, counterproductive. It is frequently utilized merely as a convenient expedient to relax the requirements of justification concerning what is authentically relevant: the assessment of the quantitative degree of danger posed in the specific case.

Keywords: *attempt, iter criminis, penalty determination.*

SUMARIO: I. Presentación.–II. Correlaciones entre la concepción de la antijuridicidad y la penalidad de la tentativa. Especial atención a la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas. 1. En general: penalidad de la tentativa vs. penalidad de la consumación. Breve compendio de posicionamientos tradicionales. 1.1 Concepción subjetiva del injusto. Desvalor de intención y equiparación penológica con la consumación. Atenuación facultativa. 1.2 Matizaciones desde planteamientos monistas: de la atenuación facultativa en general a la atenuación obligatoria de la tentativa inacabada (y, por motivos distintos, de la acabada). 1.3 Atención al desvalor de resultado y atenuación obligatoria (y progresiva) para tentativas inacabadas y acabadas. 2. En particular en el Derecho vigente: ampliación de los grados de injusto objetivo en atención a las formas de enjuiciamiento del peligro y su proyección en la penalidad de tentativas inacabadas y acabadas.–III. Toma de postura. Relativización de la correspondencia entre concepción del injusto, grado de ejecución y penalidad de la tentativa. Atención al grado cuantitativo del peligro.–IV. Aproximación jurisprudencial: ¿Alguna relevancia de la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas para determinar su penalidad? 1. Pronunciamientos continuistas. 2. Criterio actual. Irrelevancia de la distinción. Preeminencia de la peligrosidad inherente al intento.–V. Consideraciones finales.–VI. Bibliografía citada.–VII. Resoluciones judiciales citadas.

I. PRESENTACIÓN*

Este trabajo se centra en revisar críticamente el peso que cabe atribuir a uno de los dos parámetros legales a los que aludió el legislador de 1995 para calibrar la pena del delito intentado(1), el del «grado de

* Esta publicación es parte del proyecto de I+D+i PID2021-123441NB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033/ y FEDER.

(1) No se trata pues, como revela su título, de un estudio integral sobre la penalidad de la tentativa, de modo que quedan al margen tanto cuestiones penológicas

ejecución alcanzado», que convencionalmente se ha identificado con la distinción entre tentativas inacabadas y acabadas (empleando en esto la terminología de influencia germana, aunque los conceptos que se cobijan bajo tal denominación no resulten allí coincidentes con el uso que se les da en nuestro entorno).

Se trata, pues, de poner de relieve la –en mi opinión muy escasa o nula– trascendencia que debe concederse actualmente a la distinción aludida en el campo penológico, abordando para ello la cuestión desde una perspectiva tanto doctrinal como jurisprudencial. En relación con esta última, se sistematiza la evolución experimentada por las decisiones de nuestros tribunales a lo largo de más de un cuarto de siglo de vigencia de la fórmula legal actual, explicando las razones de dicha evolución y poniendo de manifiesto los puntos débiles que se perciben en las posiciones actuales. En el plano doctrinal –que por razones expositivas se abordará en primer lugar– se dedica especial atención a las propuestas de aplicación del derecho español vigente que toman en consideración el carácter inacabado o acabado del intento. No obstante, no puede obviarse que, desde un punto de vista más general, la aproximación doctrinal a la penalidad ideal de la

específicas como otras generales o de orden político-criminal que pudieran resultar del máximo interés, como, entre estas últimas, la relativa a la conveniencia de la implantación de un sistema de incriminación específica. Sobre este concreto punto guardó silencio el reducido preámbulo del Código penal vigente, aunque el Proyecto de 1992, antecesor del finalmente aprobado (y aludido como referente por este último), afirmó que se había mantenido en relación con la tentativa «el sistema de fórmula general especialmente porque la experiencia ha[b]ía puesto de manifiesto que esa fórmula, a diferencia de lo que suced[ía] con la imprudencia, [...] no ha[b]ía suscitado problemas de especial importancia en su aplicación». Sin embargo, la afirmación parece más bien hecha con la finalidad de eludir una tarea compleja. Pues el sistema de incriminación específica parece recomendable tanto desde el punto de vista de la intervención mínima como de la seguridad jurídica (solo a título de ejemplo, véase la problemática recientemente abordada por BORJA JIMÉNEZ, E., «El castigo de la tentativa de un delito de peligro abstracto: algunas reflexiones a raíz de la STS 48/2020, de 11 de enero», en *Estudios Penales en Hje. al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, p. 227 ss.). Es más: aquella seguridad jurídica puede incluso recomendar, yendo más allá, no solo una selección de los intentos punibles sino también un ulterior esfuerzo en la precisión del inicio de ejecución respecto de algunas de las figuras delictivas seleccionadas.

La cuestión penológica tratada en este trabajo, efecto de la supresión de los grados de ejecución nominalmente distintos conocidos desde antiguo en nuestro Derecho, fue, en cambio, el motivo central de la reforma. Según el citado proyecto, en el campo de la tentativa «el único problema real venía dado por la artificiosidad de la separación legal de la tentativa y la frustración, imprecisión comprensible, pero que viene permitiendo muy graves variaciones de pena que, por lo mismo, pueden llegar a aparecer como arbitrarias. Por este motivo –continuaba– se propone dejar en manos de los Tribunales la valoración y medición del intento de consumir un delito, decisión que lógicamente habrán de fundamentar, y, en función de ello, decidir la pena imponible».

tentativa se ha acometido tradicionalmente a partir de la concepción del injusto, suponiéndola una consecuencia obligada del modelo defendido en ese campo (y propugnando así, en coherencia con aquél, bien la equiparación de la pena con la de la consumación, bien la rebaja de la misma, ya sea esto último con carácter facultativo u obligatorio(2)). Por ello, y aunque resulten conocidas, la exposición no puede sustraerse a un breve recordatorio simplificado de estas posiciones clásicas(3), aunque procurará hacerse subrayando ya el peso que en el seno de cada una de ellas se atribuye a la distinción de referencia(4), y ofreciendo también alguna otra información complementaria.

II. CORRELACIONES ENTRE LA CONCEPCIÓN DE LA ANTI-JURIDICIDAD Y LA PENALIDAD DE LA TENTATIVA. ESPECIAL ATENCIÓN A LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS

1. En general: penalidad de la tentativa vs. penalidad de la consumación. Breve compendio de planteamientos tradicionales

1.1 CONCEPCIÓN SUBJETIVA DEL INJUSTO. DESVALOR DE INTENCIÓN Y EQUIPARACIÓN PENOLÓGICA CON LA CONSUMACIÓN. ATENUACIÓN FACULTATIVA

La primera parada en este repaso anunciado debe hacerse en las posiciones estrictamente subjetivas. Una perspectiva que conciba el

(2) También de interés, pero igualmente ajeno a este trabajo, resultaría el enfoque histórico, que permitiría rastrear la contraposición de modelos penológicos diversos hasta épocas pretéritas, en función de otros argumentos y de corrientes de pensamiento de diverso signo. Desde la gradación de la respuesta punitiva defendida por los prácticos al son de la distinción entre un *conatus remotus* y otro *proximus*, hasta, por ejemplo, la equiparación punitiva de la tentativa y la consumación consagrada por el Código napoleónico de 1810 en su artículo 2.º (debida, según Jiménez de Asúa, a una interpretación errónea del Derecho Romano –JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. T. VII, *El delito y su exteriorización*. Ed. Losada, 2.ª ed., Buenos Aires, 1977, p. 597–). De esta última solución, por cierto, se distanció desde sus inicios la codificación española.

(3) Con mayor detenimiento, véase LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, p. 35 ss., con ulteriores referencias.

(4) Pues debe tenerse presente que la aproximación en función del contenido de injusto pretende contraponer, en primer término, la pena que sería adecuada para la tentativa como bloque (incluyendo cualquier grado de ejecución) a la pena del delito consumado. Las distinciones internas en función de dicho grado se presentan, en ese contexto, como un apéndice del debate general.

injusto como expresión de la voluntad contraria a la norma encontrará, «lógicamente», serias dificultades para justificar –al menos en ese plano de la antijuridicidad– una disparidad de trato entre el intento y la consumación. Pues como resulta obvio, si en ese desvalor de acción, identificado con un mero desvalor de intención, se agota toda la antijuridicidad del hecho (a la que nada añade ya, en otras palabras, ni el peligro ni la propia verificación del resultado), entonces lo coherente habría de ser, en efecto, asimilar el tratamiento punitivo de las formas imperfectas (de todas, sean acabadas o inacabadas) con el de la modalidad consumada. En palabras Moreno-Torres, recogiendo lo expresado por Bacigalupo, «en realidad si lo injusto se agota en el disvalor de la acción y tal disvalor está dado por la infracción de la norma, un desarrollo consecuente de este punto de vista obliga a admitir que el disvalor de acción se presenta ya íntegro a partir del comienzo de la ejecución del comportamiento prohibido, pues es allí donde se pone de manifiesto toda la rebeldía del autor frente al ordenamiento jurídico: entre tentativa (acabada o inacabada) y delito consumado no debería haber diferencia alguna en la gravedad de la punibilidad; tampoco entre ambas especies de tentativa debería admitirse este tipo de diferencia: todo lo ocurrido después del comienzo de la ejecución sería ya irrelevante para aumentar el contenido de la ilicitud del hecho, pues el dolo debe estar íntegro en el momento del comienzo de ejecución y el progreso en la realización del plan del autor no debería agregar nada a su disvalor. La completa exclusión del disvalor de resultado eliminaría, en consecuencia, toda diferencia entre hechos tentados, frustrados y consumados»(5). Esta contundente afirmación, que parifica el desvalor y la penalidad de todas las formas imperfectas entre sí y a la vez de éstas con la consumación, se enfatizaba para oponerla al planteamiento de quienes, negando igualmente la relevancia del resultado para la conformación plena del ilícito, trazan en cambio una línea divisoria que separaría entre la consumación y la tentativa acabada, de un lado, y la tentativa inacabada, de otro, en opción doctrinal sobre la que habrá que volver de inmediato (*Infra*, 1.2).

Realmente, lo anteriormente señalado (equiparación punitiva) podría resultar exacto si la consecuencia jurídica hubiese de depender obligatoria y exclusivamente del contenido de injusto, y fijarse de forma directamente proporcional a él. No obstante, intervienen otros factores en la ecuación. En particular, razones basadas en la necesidad de pena, atentas a motivos preventivos, que matizan esa conclusión. De modo que, de hecho, y como es sabido, sólo marginalmente se ha sostenido

(5) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*. TIB, Valencia, 1999, p. 168.

desde posiciones subjetivistas la conveniencia de castigar por igual el delito consumado y la tentativa, siendo lo habitual, en cambio, propugnar la atenuación facultativa de la pena. Ello casa particularmente con el mantenimiento de la teoría de la impresión como fundamentadora del castigo en el delito intentado, que parte de la voluntad contraria al ordenamiento manifestada por el agente, de su actitud hostil frente a aquél, pero admite una modulación de la respuesta punitiva en función de la conmoción social provocada por el hecho. Y puesto que esto último dependerá del caso concreto, pudiéndose encontrar intentos que causen igual conmoción que la consumación y otros en los que ello no ocurre, lo procedente habrá de ser dejar en manos del juzgador esa decisión ajustada al caso, bien para mantener la misma pena prevista para la consumación, bien para atenuarla. Esta es –como resulta también conocido– la opción seguida por la regulación alemana(6), que en esto se

(6) Cuyo Código penal establece, en el § 23, párr. 2, que «La tentativa podrá ser penada de forma más atenuada que la consumación», de acuerdo con las previsiones del §49, apartado II StGB.

En la aplicación de esta regulación se ha ido implantando la teoría (en distintas versiones) de la relevancia de las circunstancias solamente referidas a la tentativa, evitando tener en cuenta para la reducción de la pena por la ejecución imperfecta el conjunto general de circunstancias que pueden ser tenidas en cuenta para la medición de la pena. Se atenderá, así, al estadio hasta el cual se extendió la tentativa, a las razones que llevaron a la no producción del resultado, a la peligrosidad de la acción o al peligro que ocasionó el intento, pero no a otras como los antecedentes penales del autor, determinados elementos del carácter, la susceptibilidad del individuo a la pena o sus motivaciones para el hecho.

En la doctrina que acepta para esa decisión atenuatoria centrarse sólo en circunstancias propias de la tentativa (y no tomar en consideración cualesquiera otras circunstancias que puedan afectar a la determinación de la pena en general), puede distinguirse aun entre propuestas más flexibles, que evitan sentar correspondencias estrictas o cerradas entre el criterio en cuestión y la rebaja punitiva, y otras más proclives a establecer este tipo de correspondencias necesarias (véase, FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», ADPCP, T. XLVII, fasc. II, 1994, p. 171 –trad. del original «Die Strafrahmenmilderung beim Versuch» publicado en *Festschrift für Günter Spendel*, Berlin, 1992, a cargo de M. Sancinetti–).

La distinción entre tentativas inacabadas y acabadas constituye precisamente uno de los criterios a los que se asocia esa correspondencia. De modo que la tentativa inacabada es comúnmente considerada un caso de atenuación obligatoria, al contrario de lo que ocurriría con las tentativas acabadas, en las que generalmente se considera lo apropiado la equiparación del marco punitivo con el del delito consumado. Ello salvo en casos excepcionales, como pueden ser la inidoneidad de la tentativa acabada, o la presencia de esfuerzos análogos a un desistimiento para evitar la producción del resultado (FRISCH, W., *op. cit.*, p. 172, n. 43, quien citaba especialmente en este último sentido la posición de TIMPE: *Strafmilderungen des Allgemeinen Teils und das Doppelverwertungsverbot*, 1983, p. 142 ss.).

Es interesante observar como FRISCH, en su citada contribución a la teoría de la medición de la pena en la tentativa (publicada en el homenaje a Günter Spendel

separó en su momento(7) de la tradición histórica germana, que había abogado tradicionalmente por la atenuación obligatoria(8).

1.2 MATIZACIONES DESDE PLANTEAMIENTOS MONISTAS: DE LA ATENUACIÓN FACULTATIVA A LA ATENUACIÓN OBLIGATORIA DE LA TENTATIVA INACABADA (Y, POR MOTIVOS DISTINTOS, DE LA ACABADA)

Sostener una posición monista de lo injusto, basada solo en el desvalor de acción, no equivale necesariamente –como es de sobras conocido– a la defensa de una concepción exclusivamente subjetiva asentada

en 1992 y, también, en el ADPCP en 1994) adopta un posicionamiento aun más restrictivo, atento a la ratio de la tentativa, para conceder la atenuación del marco punitivo prevista en el §49 StGB: requiere para ello que el criterio en cuestión aparezca vinculado a un claro déficit en la base de la justificación de la pena del hecho consumado. Así, se justificará la atenuación en los casos de inidoneidad de la tentativa o de «tentativa anterior a la verdadera acción típica» (*op. cit.*, p. 184 ss.). Pero la atenuación no estará justificada en función de aspectos tales como la distinción entre tentativas acabadas o inacabadas (ni siquiera en consideración al estadio particularmente prematuro del hecho) u otros que son comúnmente utilizados, como la medida de la energía criminal o la intensidad de la voluntad delictiva, la mayor o menor casualidad que haya podido hacer que el hecho haya quedado en grado intentado, o la propia peligrosidad de la tentativa (*op. cit.*, p. 188 ss.). Ello porque la pena de la consumación no tiene como fundamento tales consideraciones (no requiere una determinada medida mínima de energía criminal, un grado concreto de casualidad o ser expresión de una determinada peligrosidad *ex ante*), de modo que, faltando tales factores, no se verifica tampoco el déficit de fundamentación de la pena de la consumación.

(7) Aunque el fundamento de la atenuación facultativa en la legislación alemana se atribuye al reconocimiento de la teoría subjetiva de la tentativa (FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y Jurisprudencia*. 2.^a ed. Edisofer/BdF, 2011, p. 576), es interesante apuntar que su origen reciente (dejando de lado precedentes muy remotos, como la *Constitutio Criminalis Carolina*) se encuentra en el periodo nacionalsocialista. Inicialmente, se previó para crímenes violentos en un decreto de 5 de diciembre de 1935, haciéndose después extensiva a todos los delitos la posibilidad de castigar la tentativa como el hecho consumado mediante Ordenanza de 29 de mayo de 1943 (cfr., JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *op. cit.*, p. 600 s.). No está tampoco de más recordar, con JIMÉNEZ DE ASÚA, que el nacionalsocialismo pretendió no solo igualar tentativa y consumación en cuanto a la pena, sino, como se establecía en el Proyecto de 1935, considerar el *empendimiento* como tipo fundamental y la consumación como agravante.

(8) La solución favorable a la atenuación facultativa no fue la mayoritaria en los Códigos penales de los Estados alemanes, que se inclinaron en cambio por la atenuación obligatoria, diferenciándose incluso entre una pena mayor para la tentativa acabada, e inferior para la tentativa inacabada. Así, el CP de Hessen (art. 68); el CP de Baden de 1845 (§ 112); el CP de Hannover de 1840 (arts. 36 y 37) y el CP de Württemberg de 1839 (art. 62), según apunta FARRÉ (*op. cit.*, p. 575, n. 85), recogiendo la información ofrecida por FRANK. De hecho, el Código penal de 1871 también continuó con la tradición propia del derecho germánico, imponiendo la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa (§ 44.1) en consonancia, según la justificación de su Exposición de Motivos, con la conciencia jurídica alemana (FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 575).

sobre el desvalor de intención. Junto a él puede tener perfecta cabida un desvalor objetivo de acción, que atienda a la peligrosidad *ex ante* para el bien jurídico protegido. Es asentándose en estos postulados como Farré, por ejemplo, recalca ya en los años ochenta el menor contenido de injusto que debía entenderse concurrente en las tentativas (inacabadas), por contraposición a la –por entonces– frustración, lo que justificaría ya en el plano de la antijuridicidad (sin acudir, por tanto, a razones político-criminales o de punibilidad) la rebaja obligatoria de pena en las primeras (tentativas inacabadas). La teoría subjetiva –subrayaba la citada autora– «no se conforma, para la medición de la pena de la tentativa, con la concurrencia de una voluntad delictiva manifestada»; «si así fuera –continuaba– no habría ciertamente motivo para la atenuación de la pena del delito intentado, puesto que la voluntad de infringir la norma se manifiesta por igual en éste y en el delito consumado. Se tiene en cuenta no solo la voluntad antinormativa, sino también su intensidad y grado de realización de la misma. De esta forma, es posible y consecuente la defensa de la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (léase, hoy, inacabada) ya que la misma se caracteriza por la realización solo parcial de la voluntad delictiva»(9).

Razonamientos de esta naturaleza, que defienden la atenuación obligatoria de la pena en la tentativa inacabada sobre la base de su menor desvalor de acción, pueden verse en contribuciones diversas, tanto anteriores –como, señaladamente, la de Kaufmann (que recogía ya la propia autora citada(10))– como posteriores. Entre estas últimas, y volviendo a las monografías sobre el delito intentado publicadas en nuestro país, es el caso, por ejemplo, de la posición asumida por Moreno-Torres. «Mientras que en la tentativa acabada –señala esta última autora– el desvalor de acción y, por ello, desde nuestra perspectiva, el ilícito jurídico-penal, ya está completo, en la tentativa inacabada no ocurre lo mismo, y en ella, a pesar de concurrir íntegro el desvalor de la intención, el desvalor de acción no llega a completarse, al ser la peligrosidad de la acción un elemento necesariamente vinculado a la progresiva realización de ésta»(11). Por ello –concluirá– «a pesar de ser partidarios de la identidad del elemento subjetivo en la tentativa acabada y la tentativa inacabada, consideramos que cabe aún defender la graduabilidad del ilícito contenido en un determinado tipo penal a partir de la completa o incompleta realización de

(9) FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 596.

(10) KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht», en *Welzel-Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Walter de Gruyter. Berlin, New York, 1974, en posición comentada por FARRÉ, *op. cit.*, p. 581 s.

(11) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 170.

los actos ejecutivos correspondientes, que conlleva la total o parcial manifestación de la peligrosidad inherente a la acción»(12).

En el caso de la tentativa acabada, como se ve, este tipo de posicionamientos mantendrán, en cambio, el mismo tratamiento que las teorías subjetivas antes expuestas. Por razón del nivel de injusto del que son portadoras las tentativas acabadas, equiparable según la posición matriz –como se dijo– al de la consumación(13), podría acudir para ellas al mismo marco de pena que el previsto para el delito consumado. Sin embargo, otro tipo de consideraciones, preventivas y de orden político-criminal, aconsejarán dotar de consecuencias penológicas distintas a la ausencia de resultado al entender que tal situación expresa una menor necesidad de pena, por lo que tales tesis desembocarán en la asignación a estos supuestos de una rebaja facultativa. En palabras de Farré: «Al medir la punibilidad global del hecho no es posible sustraerse a ciertas consideraciones de política criminal, en las que se pone de relieve la importancia del resultado.» «En este sentido [...] la acción delictiva que a pesar de haberse realizado por completo no consigue llegar a producir la lesión del bien jurídico, no causa en la sociedad tanta conmoción como aquella que ha producido el resultado». De modo que, «aun pudiendo ser estas acciones igualmente peligrosas, lo cierto es que la producción del resultado creará normalmente en la comunidad mayor inseguridad, y aumentará la sensación de que el Derecho debe intervenir, que en aquellos casos en los que no ha pasado nada». Y aunque ello no afecte al injusto, si éste se concibe como prohibición, sí afecta a la punibilidad, por lo que «en los casos en los que no se ha producido la lesión del bien jurídico será conveniente ofrecer al juez la posibilidad de atenuar la pena siempre que la aplicación de la pena del delito consumado pueda estimarse innecesaria»(14).

(12) MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 171.

(13) Razón por la cual, de hecho, estas tesis vienen a identificar la tentativa acabada como prototipo de ilícito. Por ej., MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *op. cit.*, p. 167 ss.; 391.

(14) FARRÉ TREPAT, E., *op. cit.*, p. 598.

De todos modos, la autora concede también un posible argumento para sostener la rebaja punitiva de la frustración ya en sede de injusto (sin ir a consideraciones de punibilidad) en los casos de intervención de terceros, para quienes mantengan un concepto subjetivo de frustración (*op. cit.*, p. 597). Se refiere aquí a la distinción entre un concepto personal –o subjetivo– de tentativa acabada y otro objetivo –o extensivo–, en función de que, en particular en los casos de autoría mediata, se entienda que la tentativa «acaba» con la realización de lo que corresponde al propio autor mediato efectuar (concepto subjetivo) o se incluyan también los actos que debería realizar el tercero. En estos casos de «acabamiento» en sentido solo subjetivo, Farré viene a apreciar una similitud con las tentativas inacabadas al no haber alcanzado la peligrosidad de la acción todavía su grado máximo, lo que la lleva a plantearse la posibilidad

No se hace, desde luego, necesario abundar ahora en el debate, antiguo y sobradamente conocido, sobre el contenido de injusto. Aquí se ha traído a colación, como se dijo, sólo en la medida en que implica en primer plano a las categorías que sí son objeto de este estudio, por cuanto a través de él se les asigna un determinado tratamiento penológico como el idealmente correcto, por apriorismos dogmáticos(15). Pero sí merece la pena apuntar (pues ayudará después a relativizar la relevancia en esta materia de este proceder), que la propia atenuación facultativa que se propone desde esta concreta postura como la teóricamente correcta por razones asentadas en la punibilidad, no quiere decir que se estime después la aconsejable en atención a otro tipo de consideraciones. En este sentido, Farré mostraba su preocupación por la inseguridad jurídica que la atenuación facultativa podía comportar, dadas las posibles disparidades en su aplicación, puesto que permitiría que el intento que un juez considerara merecedor de la pena del delito consumado fuese valorado por otro como acreedor de una pena rebajada(16). Ante esta tesitura, la autora ponderaba, todavía, la posibilidad de combatir ese riesgo de disparidad aplicativa intentando «eliminar este factor de inseguridad realizando un estudio amplio de las acciones merecedoras de la equiparación, pudiendo los jueces, de esta forma, a través de una simple comparación, determinar si la acción juzgada se encuentra o no entre ellas»(17). Sin embargo, las evidentes dificultades de un procedimiento casuístico como el indicado (incapaz de agotar el número de supuestos posibles para cada delito) y la imposibilidad de garantizar con él, en consecuencia, una aplicación equitativa(18), la animaron a considerar preferible optar

de que quienes sigan dicho concepto de frustración puedan argumentar también la disminución de pena sobre la base de una disminución del injusto. Tal reflexión puede compararse con ALCÁCER GUIRAO (*La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000), quien propone también (*op. cit.*, p. 505) una atenuación mayor de la tentativa acabada en estos casos (mitad inferior de la pena reducida en un grado).

(15) Véase *Infra*, III.

(16) Tal vez por esta razón –conjeturaba–, en la práctica alemana se estaría atenuando habitualmente la pena.

(17) Por ejemplo, señalaba, «si consideramos que la acción de disparar tres tiros a un metro de distancia a partes vitales del cuerpo humano constituye una acción que no merece la atenuación de la pena, ni tampoco clavar siete veces un puñal de aproximadamente 20 cm. de largo, podrá afirmarse que tampoco son merecedoras de atenuación aquellas acciones que se asemejan a éstas en cuanto a su gravedad. Por ejemplo, que los disparos se realizaron a dos metros de distancia, o que el puñal tenga 19 cm. de hoja, o que el número de puñaladas sea seis u ocho» (*op. cit.*, p. 600)

(18) La postura no deja de llamar en este punto la atención por la desconfianza que denota en el estamento judicial, que podría llevar a censurar otros muchos casos de arbitrio.

directamente por la atenuación obligatoria también en la frustración (como disponía ya entonces el derecho positivo: artículo 51 ACP)(19).

1.3 ATENCIÓN AL DESVALOR DE RESULTADO Y ATENUACIÓN OBLIGATORIA (Y PROGRESIVA) PARA TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS

En este repaso por las concepciones clásicas esenciales, resta por último aludir a los planteamientos objetivos, que, como resultará fácil advertir, encontrarán menores dificultades para justificar la rebaja de pena en el delito intentado. En efecto, la inclusión del desvalor de resultado en la fundamentación de la antijuridicidad conlleva, coherentemente, la apreciación de un injusto necesariamente menor en las formas imperfectas de ejecución, que no podrán contar nunca con un desvalor completo de esa naturaleza(20). De modo que para una comprensión netamente objetiva o bien dualista, que combine la exigencia de un desvalor (subjetivo y objetivo) de acción con un desvalor de resultado cifrado en la lesión o puesta en peligro del bien jurídico, resultará obvio que la no consecución de la lesión (en forma de resultado material en los delitos del mismo nombre) adolecerá de un grado menor de antijuridicidad, que consecuentemente debería traducirse en una atenuación obligatoria de la pena.

Lo anterior es válido para explicar, en primer término, el salto entre la pena de la consumación y la que deben tener asignada las ejecuciones imperfectas, en general. Pero, en un segundo nivel, la misma línea de argumentación permitiría en principio justificar un trato distinto de esas ejecuciones imperfectas entre sí, en función del grado de ejecución que hayan alcanzado, por la mayor o menor proximidad del riesgo respecto de la producción de la consumación(21). Por ello,

(19) En contra de la solución de la atenuación facultativa, afirmarí, «puede alegarse una cuestión que, a mi entender, subyace en el fondo de la discusión, aunque pocas veces se haya tenido en cuenta abiertamente. Me refiero al *peligro que existe de que, al admitirse la atenuación facultativa de la pena, acciones de características similares se juzguen de forma distinta al ser examinadas por personas distintas*. En mi opinión, este factor constituye en sí mismo motivo suficiente para mantener la *atenuación obligatoria de la pena de la frustración*, puesto que la seguridad jurídica sobrepasa la importancia de la dogmática, que está a su servicio» (*op. cit.*, p. 612; *cursivas en el original).

(20) Aunque sí, lógicamente, con un desvalor primario o secundario de resultado si la tentativa es idónea (es decir, con la apreciación *ex post*, y no sólo *ex ante*, del carácter peligroso de la acción, ya sea a su inicio –desvalor primario– o al término de la misma –desvalor secundario–).

(21) En realidad, esta percepción es válida solo respecto de tentativas idóneas y en relación con el mismo intento en concreto –no como afirmación en abstracto, para sostener que cualquier tentativa acabada es más peligrosa que una tentativa inaca-

desde estos planteamientos objetivos también se postula la necesidad de una rebaja mayor en las tentativas inacabadas que en las acabadas.

Durante la vigencia del código anterior, precisamente la posibilidad de explicar pacíficamente esta diferencia de trato entre la pena de la consumación, la de la frustración y la de la tentativa (pasando de puntillas –debe señalarse– sobre el hecho de que la diferencia de punición de esta última con respecto a la frustración fuese solo facultativa(22)), se percibió como una de las ventajas esenciales de este planteamiento objetivo de la antijuridicidad –al punto de juzgarse incluso inviable, en algún caso, alcanzar esa explicación de forma coherente desde otros planteamientos(23)–. Como indicaran, por ejemplo, Octavio de Toledo y Huerta, una concepción netamente objetiva de la antijuridicidad, con sus inconvenientes en diferentes ámbitos (como la ampliación excesiva del espacio pre-ejecutivo impune), «permite, en cambio, comprender por qué la tentativa se castiga siempre con menor pena que la consumación y facultativamente(24) que la frustración, en tanto que el riesgo de afección del bien jurídico es menor que la afección del mismo exigida para la consumación y menos inminente que el generado por la frustración»(25).

La idea que subyace en esta gradación de lo injusto es pues, como se ve, la de la progresión del riesgo, que se presume siempre «más elevado

bada– en la medida en que en éstas (acabadas idóneas) podrá comprobarse un peligro *ex post* al término de la acción, mientras que en las inacabadas idóneas dicho peligro *ex post* (además del evidente peligro *ex ante*) solo podrá verse afirmado al inicio de la acción o, en todo caso, en un momento previo a su conclusión.

(22) Como se recordará, la regulación del ACP permitía para la tentativa una rebaja igual (un grado) o superior (dos grados) a la del delito frustrado, «según arbitrio del Tribunal» (art. 52 ACP). El hecho de que la rebaja no tuviese que ser necesariamente menor en fases de ejecución menos avanzadas apuntaría a la existencia de factores distintos a la mera presunción de un peligro menor en las tentativas inacabadas. E. Octavio de Toledo y S. Huerta, por ejemplo, lo atribuyeron a dificultades prácticas (el «difícil deslinde» entre tentativa y frustración y la «no menos complicada gradación del peligro»), secundando el criterio del legislador: OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (II)*. Ed. Rafael Castellanos. Madrid, 1986, p. 186.

(23) Indicaba RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA/R. MOURULLO/DEL TORO/CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Ariel, Barcelona, II, p. 215 s., que: «[...] la diferencia obligatoria de penalidad entre tentativa y frustración, por una parte, y consumación, por otra, no puede explicarse desde la perspectiva del desvalor de acción, sino desde el punto de vista del desvalor de resultado. A la vez, la distinción entre tentativa y frustración, con posible trascendencia en la penalidad (la tentativa puede ser castigada con la pena inferior en dos grados a la señalada para el delito consumado), sólo se explica mediante una referencia al desvalor de resultado».

(24) Aunque este extremo no resulta en realidad explicado apelando solo al grado de peligro objetivo.

(25) OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 181.

sin duda cuando se han llevado a cabo todos los actos de ejecución que cuando sólo se han practicado algunos»(26). No obstante, aquí debe dejarse ya al menos apuntado, aunque me referiré a ello más adelante(27), que tal impresión (la de la necesaria progresión del riesgo) es, en realidad, inexacta, pues el grado cuantitativo del peligro depende de la idoneidad de la acción, y no de lo avanzado de su ejecución(28).

Sí puede interesar dejar ahora apuntado, aunque más como información complementaria y hasta anecdótica que como parte necesaria para la explicación de los planteamientos objetivos, que la percepción intuitiva de la menor importancia del hecho cuando «no ha pasado nada», es decir, cuando no se ha alcanzado el resultado (que es la que canalizan estos planteamientos objetivos), permite encontrar también la defensa de la minoración de la pena en planteamientos pretéritos, bien que lógicamente alejados de la terminología y método de la dogmática reciente. Esta apuesta por la atenuación obligatoria de la pena se encuentra así en precedentes remotos no solo en relación con el delito intentado, sino también en relación con el «frustrado»(29), lo que puede percibirse prácticamente desde la acuñación de esta última categoría(30). Por su parte, como es sabido, el derecho codificado

(26) OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TOCILDO, S., *op. cit.*, p. 186.

(27) *Infra*, III.

(28) Resultando por ejemplo también posibles (aunque a veces se haya negado) las tentativas acabadas inidóneas, en las que el balance neto del peligro podrá ser menor que el de algunas tentativas inacabadas. La afirmación en términos absolutos de que las tentativas acabadas ostentan siempre y por naturaleza un mayor desvalor de resultado parece pues inadecuada. Pero también podrá serlo ciñéndonos al mismo proceso ejecutivo, pues no puede considerarse que una tentativa inacabada inidónea ostente un menor desvalor de resultado que su propia prosecución como tentativa acabada fracasada.

(29) Concepto en realidad no exactamente coincidente con el de tentativa acabada, pese a su uso habitual en tal sentido.

(30) Comúnmente se atribuye a Giandomenico Romagnosi la acuñación del término *frustración* para aludir a un concepto separado del de tentativa. No en vano «*Del delitto frustrato*» fue precisamente la rúbrica con la que el autor tituló el Capítulo IV del Libro I de la Parte Cuarta de su obra *Genesi del Diritto Penale*, aparecida en Pavía en 1791, separando el mencionado Capítulo (§§ 679 a 694) del dedicado a la tentativa (Capo III: *Dei giusti confini dell' attentato. Sua definizione*). Debe señalarse, en cualquier caso, que el jurista parmesano se cuidó de advertir expresamente que con tal concepto (*delitto frustrato*) no entraba en la cuestión de la pena que le hubiese de corresponder. Con todo, en mi opinión en su obra se percibe la sensación del autor de que tal pena podría tener que acabar siendo también distinta a la del delito consumado (con lo que su reserva en cuanto a la consecuencia jurídica se hacía especialmente necesaria, puesto que en su propuesta asimilaba conceptualmente esa forma imperfecta más a la consumación –aunque *caduta a vuoto*– que a la tentativa). Se lee en el §681: «*Si noti bene: ora io non affermo che si possa punire come l'atto che ebbe il suo effetto; ora non contemplo i di lui rapporti alla pena; ma dico solamente, che*

español acogió tempranamente ambos conceptos, prácticamente desde el inicio(31), previendo siempre [con la sola salvedad del Código penal de 1928(32)] la rebaja obligatoria de la pena(33), que establecería de forma constante en una medida mayor en la tentativa (dos grados) que en la frustración (un solo grado)(34). Esto último hasta la llegada del Código de 1932, que por primera vez implantaría la posibilidad de rebajarla para los autores de tentativa indistintamente «en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal», manteniendo para la frustración la inferior en uno; exactamente igual que haría, después, el Código de 1944 (arts. 51 y 52).

Con la promulgación del código vigente, como resulta conocido, la atenuación obligatoria de la pena de la tentativa (inacabada o acabada) se ha seguido considerando expresiva de la orientación del ordenamiento hacia esa concepción eminentemente objetiva del injusto, concepción que refuerzan tanto las expresiones contenidas en la propia definición legal de la tentativa (que alude expresamente a actos que objetivamente deberían producir el resultado), como en las expresiones que integran su regla penológica específica, que alude al peligro inherente al intento. Esta conexión en orden a la concepción del

questo atto si deve pareggiare ad una compita esecuzione del delitto, riguardandolo nelle leggi e nelle cagioni che producono tutti gli atti umani» (p. 260 en la 4.^a ed., Tipografia di R. Manzi, Napoli, 1825).

Sí se ve tempranamente la defensa decidida de una pena inferior en autores italianos como Carrara, quien consideró autoevidente la necesidad de aminoración puesto que –afirmaría– la fracción de delito –la frustración o *delitto mancato*– no puede equivaler al todo.

(31) Aunque la presencia de la frustración todavía no es perceptible en el Código de 1822, cuyo artículo 5.º definió solo la tentativa (mezclándola con la preparación delictiva) como «*la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algun acto exterior que dé principio á la ejecucion del delito ó la prepare*». Su artículo 7.º, cuando disponía el castigo de estos casos de tentativa (con rebaja obligatoria), excluía de este tratamiento los supuestos en los que la ejecución hubiese dejado de tener efecto por alguna casualidad, lo que daría a entender que la frustración no tendría consecuencia penológica específica distinta de la consumación.

(32) Que estableció, durante un breve paréntesis, una rebaja facultativa. Disponía su artículo 138: «A los autores de un delito frustrado o de una tentativa de delito, se les impondrá la pena señalada al consumado u otra inferior, al prudente arbitrio del Tribunal, teniendo en cuenta, en cada caso, el desarrollo dado a su intención por el culpable, su mayor o menor perversidad, su condición moral, el peligro social que representa, las circunstancias objetivas del hecho perseguido, y, en especial, las determinantes de que el propósito del delincuente no se haya llegado a realizar».

(33) Incluido, en esto sí, el Código penal de 1822, que establecía una rebaja de un cuarto a la mitad de la pena del delito que se intentó cometer (art. 7.º).

(34) Códigos penales de 1848 (arts. 61 y 62), de 1850 (arts. 61 y 62) y de 1870 (arts. 67 y 68).

injusto(35) fue tempranamente asumida, en general, por la doctrina (con independencia del criterio que personalmente considerasen en abstracto correcto los distintos autores)(36), al igual que resulta en general asumida por la Jurisprudencia(37).

2. En particular en el Derecho vigente: ampliación de los grados de injusto objetivo en atención a las formas de enjuiciamiento del peligro y su proyección en la penalidad de tentativas inacabadas y acabadas

1. No abundan en la doctrina española los estudios que hayan profundizado en esa correspondencia entre el injusto de la tentativa, sus formas inacabada y acabada y la penalidad correspondiente a cada una. Una notable excepción es la representada por Alcácer, autor que parte también, ajustándose a la redacción dada por el Código vigente,

(35) A la que no aludía la EdM –ni era su función hacerlo–. La conexión entre atenuación obligatoria y desvalor de resultado sí aparece en otro tipo de textos. Fue puesta expresamente de manifiesto, por ejemplo, por la justificación al §25.2 del Proyecto Alternativo alemán, que optó por la atenuación obligatoria (en contra del proyecto oficial, que dio carta de naturaleza a la atenuación facultativa de la pena instaurada por el nacionalsocialismo, con el argumento de ser la consecuencia lógica de la concepción subjetiva en la fundamentación de la tentativa): «[...] *Selbst wer den Handlungsunwert besonders betont, wird anerkennen, daß auch der Erfolgswert das Unrecht der Tat mitbegründet, sein Ausbleiben daher dieses Unrecht mindert. Eine an den Rahmen der Tatschuld gebundene Strafe muß deshalb milder sein, als sie es bei Vollendung desselben Deliktes wäre*». *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1966, p. 61.

(36) Puede verse, por ejemplo, CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General*, III. *Teoría jurídica del delito*/2. Tecnos, Madrid, 2001, p. 201 s.

(37) Indicativo, por ejemplo, el siguiente pasaje del Voto Particular formulado en su condición de magistrado por E. Bacigalupo frente a la STS 522/2007, de 2 de noviembre (Pte: Varela Castro), RJ 2008/543: «En efecto: nuestro sistema, se comporta o no el criterio del legislador, adoptó el punto de vista que determina que el grado de realización del tipo objetivo condiciona la gravedad de la pena aplicable de manera obligatoria (como es también el caso del CP italiano, artículo 56), no meramente facultativa (como entiende la doctrina dominante establece el § 23.2 del Código Penal alemán, que además no menciona el grado de ejecución entre los factores determinantes de la punibilidad de la tentativa). Según el derecho vigente, comenzada la ejecución por el autor, la ausencia no sólo del resultado, sino también de cualquier elemento del tipo objetivo, impedirá la consumación y determinará necesariamente la atenuación de la pena, dependiendo del desarrollo de la acción típica. Por lo tanto, afirmar –como lo hace la mayoría [ref. a la mayoría de la Sala]– que la tentativa acabada constituye una realización de lo injusto “como en el [delito] consumado” comporta un grado de subjetivización extrema de la noción de ilícito o injusto que no parece compatible con la Ley vigente, dado que ésta diferencia la consecuencia jurídica según el punto alcanzado por la ejecución.»

de la configuración esencialmente objetiva del injusto penal que se deriva de ella, entendiendo que la regulación actual de la tentativa permite solo la punición de las conductas peligrosas desde una perspectiva objetiva (media: las que consideraría tales cualquier ciudadano medio) *ex ante*. Sólo cuando se haya constatado esa peligrosidad objetiva *ex ante* empezará a interesar al Derecho el sentido subjetivo que el autor le dé a su comportamiento, que es lo mismo que afirmar que, *lege lata*, las tesis subjetivas no resultan actualmente defendibles conforme a nuestro ordenamiento(38).

El hecho de que la acción entrañe un peligro objetivo *ex ante* debe considerarse, pues, una condición *sine qua non*, un requisito previo, para poder hablar de una tentativa típica en nuestro derecho(39). Pero, una vez cumplida dicha exigencia, cabe perfectamente entender que la gravedad de las acciones que mantengan esa peligrosidad hasta el término de su ejecución será mayor que las que no consigan realizar todo lo que correspondía al autor (o a un tercero, en su caso) para optar a la consumación(40). De modo que cabe considerar, siguiendo esta exposición, que resulta posible establecer una gradación ya en el seno del propio injusto objetivo tomando en cuenta el grado de ejecución alcanzado (A), gradación de la que se podrán extraer, después, algunas correspondencias generales en el campo de la penalidad, adaptadas a las previsiones del derecho positivo (B). Es de estas últimas correspondencias de las que nos interesa dar cuenta en este trabajo, dedicado a la punición del intento. Pero su exposición requiere aludir también, al menos en extracto, al paso previo, esto es, a aquella gradación de los contenidos de injusto de los que se nutren después tales correspondencias. A ello me referiré en primer lugar.

A) La propuesta de Alcácer en este punto, el de la graduación de los diferentes niveles de injusto posibles desde un punto de vista objetivo, es todo menos una reflexión de trazo grueso. Bien al contrario, viene precedida por un notable esfuerzo de clarificación de los criterios de enjuiciamiento del peligro, única forma de intentar disolver desde su raíz las confusiones terminológicas y conceptuales que lastran habitualmente el tratamiento satisfactorio de la cuestión de la inidoneidad de la tentativa.

Para ello habrá que notar, en primer lugar, que no deben confundirse –como a menudo sucede– la perspectiva o punto de vista del

(38) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 473 s.

(39) Los casos con solo desvalor de acción se situarían en el umbral mínimo de punición, que se estaría así adelantando basándose en necesidades preventivas.

(40) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 485.

juicio con el momento en el que dicho juicio se proyecta. No es lo mismo, por ejemplo, la «posición *ex ante*» entendida como perspectiva de enjuiciamiento que el «momento *ex ante*» identificado como comienzo de la acción, aunque a veces se usen sin la precisión necesaria, intercambiándolos como sinónimos y aumentando así la confusión. Se trata, como puede verse, de variables o criterios distintos, que por lo tanto pueden operar de forma combinada –y no excluyente– a la hora de enjuiciar el peligro. De modo que una valoración *ex ante* no solo es posible al inicio de la acción, como el enjuiciamiento *ex post* no solo cabe en un momento posterior al resultado. Cabe, por ejemplo, realizar un juicio *ex ante* en un momento posterior a ese del inicio de la acción, como puede ser el de la finalización de ésta: el observador situado en el lugar del autor en ese momento, con el nivel de conocimientos que se determine –esta es otra variable superpuesta a considerar– decidiría entonces sobre la probabilidad del resultado (por ejemplo, una vez disparada el arma y herida la víctima). Como cabría, igualmente, contemplar el momento inicial de la acción también desde una perspectiva *ex post* (y determinar, por ejemplo, que se disparó con un arma que sólo más tarde se comprobó que estaba descargada)(41).

Es útil, por tanto, manejar no solo la perspectiva con la que se afronta el enjuiciamiento de la acción (*ex ante* o *ex post*), sino también atender, combinadamente, al momento del hecho en el que se aplica esa perspectiva de enjuiciamiento(42).

(41) Abundando en este tipo de consideraciones: como es sabido, desde una perspectiva *ex post* la valoración se viene a efectuar en el momento real del juicio, cuando el hecho ya ha tenido lugar. Mientras que la perspectiva *ex ante* implica una ficción (pues, en efecto, el hecho ha tenido lugar) consistente en enjuiciar o valorar lo acontecido desde un punto de vista equivalente al lugar del autor (no se entra ahora en el grado de conocimientos del observador). Pero la perspectiva o punto de vista del enjuiciamiento, *ex ante* o *ex post*, puede practicarse respecto de momentos distintos del hecho. Así, en el momento inicial de la acción típica o en el momento final de la parte llevada a cabo por el autor (lo que a veces se denomina tentativa acabada personal, por contraposición a un concepto objetivo o extensivo –término este último que me parece preferible–, que incluiría lo realizado por terceras personas –vg., el instrumento–; por ejemplo, en el momento en el que el autor mediato deja preparada la bebida envenenada que servirá otra persona). O también en otros momentos posteriores a los indicados: en un momento posterior pero anterior a la producción del resultado (en el ejemplo de autoría mediata acabado de citar, cuando se ha servido ya la bebida); o bien en un momento posterior a la producción de dicho resultado.

(42) Y aun cabría introducir otras variables, como la del grado de conocimiento que debe poseer el observador, mencionada en el texto. Por ejemplo, si debe disponer de los conocimientos propios del autor, de los del «hombre medio», o de los de un especialista.

En relación con el delito consumado, puede entenderse que el manejo de un enjuiciamiento de la peligrosidad *ex ante* de la conducta y la constatación *ex post* de lo concretamente acaecido como concreción de aquélla resultará (junto a otra clase de criterios) suficiente para conformar su injusto e imputar, en su caso, el resultado. Pero en el caso de la tentativa, en el que el resultado no se produce (o no es imputable a la acción), puede resultar de utilidad una disección más precisa de los grados de injusto objetivo identificables mediante el uso combinado de aquellas variables (forma de enjuiciamiento del peligro y momento del hecho), lo que ampliará su número y mejorará las posibilidades de valoración adecuada del peligro.

En concreto, y recorriendo la totalidad del *iter criminis*, Alcácer recoge las siguientes configuraciones posibles(43):

- a) desvalor primario de acción (peligrosidad *ex ante* al comienzo de la acción),
- b) desvalor completo de acción (peligrosidad *ex ante* al término de la acción),
- c) desvalor primario de resultado (peligro *ex post* al comienzo de la acción),
- d) desvalor secundario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción: consumación de los delitos de actividad),
- e) desvalor terciario de resultado (peligro *ex post* al término de la acción o en un momento posterior –consumación de los delitos de peligro concreto–) y
- f) desvalor completo de resultado (lesión del bien jurídico –consumación en los delitos de resultado lesivo–).

B) Pues bien: trasladando estas concreciones al ámbito de la tentativa, si se tomase en cuenta solo el criterio del «peligro inherente al intento» se podrían obtener de partida las siguientes cuatro categorías básicas, ordenadas en orden descendente en función del grado cualitativo de peligro que representan:

- a) Tentativas acabadas idóneas, en las que resultaría apreciable un desvalor completo de acción así como un desvalor secundario de resultado,

(43) En estructuración semejante a la desarrollada por WOLTER, J., (en *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 40. Duncker & Humblot, Berlin, 1981, p. 68 ss.). Cfr. ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 449 y n. 237, con aclaraciones sobre los rasgos diferenciales respecto de la estructura y terminología planteada por el autor alemán citado.

- b) Tentativas inacabadas idóneas, que contendrían un desvalor solo primario de acción y un desvalor también primario de resultado,
- c) Tentativas acabadas inidóneas, portadoras de un desvalor completo de acción, y
- d) Tentativas inacabadas inidóneas, portadoras solo de un desvalor primario de acción.

La combinación del criterio del «peligro inherente al intento» con el del «grado de ejecución alcanzado» permitiría, sin embargo, tomar en consideración un número mayor de supuestos posibles que podrían estimarse valorativamente distintos, y para los que, en consecuencia, se recomendará desde la postura aquí comentada un tratamiento penológico diferente. Tal postura alude en este punto al menos a nueve categorías en función de su gravedad, asignando a las cinco primeras la rebaja de la pena en un grado prevista por la ley, y la rebaja en dos a las cuatro restantes. Ordenadas también en forma descendente, de mayor a menor gravedad, serían los siguientes casos(44):

- a) Tentativas acabadas idóneas «no frustradas»(45), en las que concurriría un peligro *ex ante* y *ex post* al término de la acción (desvalor completo de acción y desvalor secundario –o terciario– de resultado).
- b) Tentativas acabadas idóneas «frustradas»(46).
- c) Tentativas de autoría mediata en las que sólo concurre tentativa acabada idónea personal (es decir, supuestos en los que falta la actuación del instrumento)(47).
- d) Tentativas acabadas idóneas «fracasadas», supuesto singular y poco frecuente en el que concurriría peligro *ex ante* al comienzo y al término de la acción, y peligro *ex post* sólo en el comienzo de ejecución (desvalor completo de acción y desvalor primario de resultado).

(44) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 504 s.

(45) Sobre el sentido aquí de la «frustración»: dentro de las tentativas acabadas idóneas, en las que se aprecia la concurrencia de un peligro *ex post* al término de la ejecución, el autor distingue entre aquéllas en las que no se sabe si el intento se acabará frustrando definitivamente (de modo que cabe prolongar el juicio de peligro a momentos posteriores al término de la ejecución) de aquellos en los que ese peligro se frustra definitivamente. No sería de la misma gravedad el disparo homicida que hiere a una víctima que salva la vida días después (tentativa idónea acabada no frustrada) que aquel en el que la bala roza solo a la víctima y se aloja en la pared (tentativa idónea acabada frustrada), que quedaría en un escalón inferior (Cfr. *op. cit.*, p. 503).

(46) Igual que la nota anterior.

(47) Por ejemplo: el autor deja servido el café envenenado que se tomará la víctima cuando entre en la cocina (*op. cit.*, p. 503).

e) Tentativas inacabadas idóneas: peligrosas *ex ante* y *ex post* al comienzo de ejecución (desvalor primario de acción y desvalor primario de resultado)(48).

f) Tentativas acabadas inidóneas: peligrosas *ex ante* al término de la acción (desvalor completo de acción).

g) Tentativas inidóneas en autoría mediata en las que solo concurre tentativa acabada idónea personal.

h) Tentativas inacabadas inidóneas: peligrosas *ex ante* en el comienzo de ejecución (desvalor primario de acción).

i) Tentativas acabadas inidóneas «fracasadas», en las que, como en el supuesto anterior, concurriría el peligro *ex ante* al comienzo de la ejecución, pero no al término de la misma (solo desvalor primario de acción)(49).

Como puede observarse, el elenco de supuestos se amplía notablemente (y podrían contemplarse aun más) al considerar ambos parámetros legales (peligrosidad inherente al intento y grado de ejecución alcanzado). Con ello, el número de variantes que pueden considerarse valorativamente distintas en función de su grado de injusto cualitativo se sitúa muy por encima de las opciones legales de rebaja en grado, lo que anima a esta propuesta a extender sus recomendaciones penológicas haciendo uso del interior de la extensión de la pena rebajada en cada caso, es decir, recurriendo a sus mitades superior e inferior. De este modo, a los supuestos *a*) y *b*), (tentativas idóneas acabadas), se les asignará la pena reducida en un grado en su mitad superior. Si, para visualizar mejor las diferencias a las que a continuación se irá aludiendo, se quisiera tomar por ejemplo como referencia la pena del tipo básico de homicidio (de 10 a 15 años de prisión), a los supuestos indicados les correspondería una horquilla entre 7 años y medio y 10 años. A los supuestos *c*) y *d*), tentativas acabadas idóneas pero o bien solo personales (no incluyendo la parte que correspondería al instrumento realizar) o bien fracasadas, se les asociaría la mitad inferior de la pena reducida en un grado (tomando la misma referencia anterior, entre 5 y 7 años y medio), al igual que a las tentativas inacabadas idóneas –supuesto *e*)–. Por otra parte, a las tentativas acabadas pero ini-

(48) El autor aporta como ejemplo, partiendo de un supuesto clásico, aquél en el que el agente se propone matar a la víctima administrándole sucesivas dosis de veneno para alcanzar el resultado. Sin embargo, la víctima, que sospecha a partir de un determinado momento cuál es la situación, empieza a tomar un antídoto a mitad del proceso de envenenamiento (*op. cit.*, p. 495). Tal acción, si bien no dejaría de ser peligrosa *ex ante* al término de la ejecución, comportaría un menor grado cualitativo de injusto en relación con la situación en la que no se hubiese ingerido el antídoto.

(49) Esta última recogida en la p. 451 del citado trabajo.

dóneas, supuestos *f*) y *g*), les correspondería la pena rebajada en dos grados en su mitad superior (de 3 años y 9 meses a 5 años, siguiendo el mismo patrón), mientras que a la tentativa inacabada inidónea, supuesto *h*), habría de corresponderle la mitad inferior de dicha pena (esto es, la de dos años y medio a tres años y nueve meses) al igual que –así hay que entenderlo por concurrir también sólo desvalor primario de acción– al supuesto *i*), de tentativa acabada inidónea fracasada.

Pese a la aparente complejidad resultante, producto del esfuerzo de clasificación que se ha intentado exponer y de su traducción penológica, con facilidad puede observarse que la línea divisoria fundamental de esta propuesta se sitúa entre los intentos idóneos, que conllevarían siempre la reducción en un grado, y los inidóneos, que implicarían la reducción en dos. Su propio proponente reconocía que existen otros criterios de graduación de la penalidad que podrían entrar en juego y acabar alterando las reglas antedichas(50). Y, de hecho, venía a apuntar a una única pauta verdaderamente infranqueable con el derecho vigente: la necesidad de que la pena de las tentativas inidóneas se viese siempre reducida en dos grados, fuesen cuales fuesen los demás criterios a considerar (mientras que sí podría flexibilizarse, en cambio, la regla según la cual las tentativas idóneas merecerían siempre la reducción solo en un grado).

2. También otro de los autores que, de forma prácticamente coetánea, se ocupó *in extenso* de la penalidad del intento, A. Doval, consideró igualmente recomendable el establecimiento de ciertas correspondencias generales entre el grado de idoneidad, el grado de ejecución y la rebaja punitiva en uno o dos grados prevista por la ley (prescindiendo de correlaciones más detalladas en el interior de la extensión correspondiente, que en todo caso la regulación legal no contempla expresamente). En este caso, el autor asoció el descenso de la pena en un solo grado únicamente a las tentativas idóneas acabadas, dejando para las demás, es decir, para las acabadas inidóneas y para las inacabadas tanto idóneas como inidóneas, la rebaja en dos(51).

Como se aprecia, la diferencia más destacable con la postura anterior (dejando al margen otros aspectos), reside en la denegación *a priori* de la rebaja en un solo grado a cualquier tentativa inacabada, con independencia de su idoneidad. Precisamente en este punto, Doval critica expresamente que la postura antes expuesta pueda llegar a una conclusión diversa, y considerar recomendable la rebaja en un solo

(50) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 500.

(51) DOVAL PAIS, A., *La penalidad de las tentativas de delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, p. 128 s.

grado para las tentativas inacabadas idóneas cuando, afirma, «las tentativas inacabadas muestran comportar un menor grado de proximidad a la ocasión para consumir el delito». En efecto –continúa– «si [...] la tentativa inacabada se caracteriza por acoger una serie de actos ejecutivos que son, como máximo, necesarios en un contexto suficiente, pero no suficientes por sí para desencadenar el resultado consumativo, entonces, la tentativa inacabada, aun siendo idónea no puede representar un nivel de riesgo para la consumación equiparable al de las tentativas acabadas»(52).

Como explico más adelante(53), deben ser relativizados los intentos de dirimir la cuestión penológica a partir de clasificaciones apriorísticas de la tentativa en función de sus cualidades en abstracto (idóneas, inidóneas, con ejecución completa o incompleta). Más relevante que una catalogación en la escala cualitativa me parecen los rasgos que expresen el grado cuantitativo del peligro en el caso concreto, siendo en ello en lo que realmente debería incidirse a la hora de motivar la decisión penológica. Intentar matar con una sustancia altamente letal, por ejemplo, aunque el autor sea detenido instantes antes de culminar la ejecución, puede requerir mayor pena (rebaja solo en un grado) que el intento completado con una sustancia en principio capaz de producir la muerte, pero en todo caso menos efectiva (y, por supuesto, que el intento completado con una sustancia del todo inadecuada, aunque *ex ante* se antojase peligrosa). Pero aunque entiendo, como decía, que la clave para abordar el problema debe buscarse en otro lado, lo cierto es que si nos tuviésemos que atener únicamente a tales clasificaciones apriorísticas del grado cualitativo de injusto en abstracto parece compartible la idea de que es mayor el injusto de la actuación idónea, aunque sea inacabada, que el de cualquier tentativa acabada inidónea, por existir en las primeras un cierto grado de desvalor de resultado (desvalor primario de resultado, si se sigue la terminología antes expuesta). En este sentido, resultaría menos adecuado asimilar penológicamente todas las tentativas inidóneas (inacabadas y acabadas) con las inacabadas idóneas. La afirmación de que una tentativa inacabada no puede representar nunca un desvalor equiparable al de las tentativas acabadas resultaría más exacta si se tomaran en consideración entre estas últimas sólo las idóneas, pero hay que recordar que la regulación actual no respalda la identificación (sin embargo arraigada) de las ejecuciones completas con ejecuciones necesariamente idóneas, sino que cabe sin impedimento hablar de tentativas acabadas inidóneas. Puede entrañar un nivel de injusto mayor, por

(52) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 128.

(53) *Infra*, III.

tanto, el mero inicio de ejecución que *ex post* siguió juzgándose apto, que aquel que llegó al final de su ejecución pero se reveló inadecuado, en un juicio *ex post*, desde el principio. En el primero concurre un cierto desvalor de resultado, del que el segundo carece.

III. TOMA DE POSTURA. RELATIVIZACIÓN DE LA CORRESPONDENCIA ENTRE CONCEPCIÓN DEL INJUSTO, GRADO DE EJECUCIÓN Y PENALIDAD DE LA TENTATIVA. ATENCIÓN AL GRADO CUANTITATIVO DEL PELIGRO

En los epígrafes anteriores se han recogido las principales correspondencias sostenidas doctrinalmente entre la concepción del injusto y el modelo que conforme a ellas debería regir idealmente la punición de la tentativa en general en el derecho positivo (prestando ya especial atención a la importancia que confieren cada una de aquellas concepciones al carácter inacabado o acabado del intento). Con el mismo tipo de razonamiento se recorre también, a menudo, el camino en sentido inverso, deduciendo entonces del tratamiento penológico que recibe la tentativa en un ordenamiento concreto cuál es la orientación de todo él en relación con la concepción del injusto. Pero este tipo de argumentario de doble dirección, aunque puede resultar atractivo, no deja de ser capcioso y debe manejarse con cuidado. Con él solo puede constatar, en realidad, que determinadas decisiones penológicas son, en abstracto, en mayor o menor medida compatibles con una determinada concepción de la antijuridicidad. En sentido negativo, podrá a lo sumo vetarse alguna correspondencia (ciertamente, la equiparación generalizada de la pena de la tentativa con la de la consumación resultaría difícilmente explicable desde planteamientos objetivistas), pero con dificultad podrá irse más allá y fijar positivamente otras correspondencias necesarias, desde el momento en que la cantidad de pena no tiene por qué depender exclusivamente de su merecimiento en términos proporcionales al injusto, sino que intervienen otros factores en la ecuación. Así, como se ha visto, los planteamientos subjetivos acaban comulgando con la rebaja facultativa y hasta obligatoria de la pena, por diferentes motivos, al igual que pueden hacerlo los objetivos.

En el ordenamiento español vigente, considerado, con razón, de corte objetivista (tanto por las previsiones del artículo 62 como, sobre todo, por la definición de la tentativa contenida en el artículo 16 CP), convive, de hecho, la previsión general de rebaja obligatoria del artículo 62 CP con la facultativa prevista en algún

supuesto –caso del artículo 485.3 CP(54), entre los delitos contra la Corona–, e incluso con la parificación de la pena en determinadas figuras, cuyas descripciones típicas asimilan conductas materialmente constitutivas de tentativa a las propiamente consumadas. Esto último ocurre en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales, que asimila la conducta de quienes «corrompieren» a la de los que «intentaren corromper» (art. 286ter CP); en el delito de reuniones o manifestaciones ilegales, que equipara penológicamente la conducta de quienes «celebraren o intentaren celebrar» la manifestación o reunión –amén de asimilar también algún acto preparatorio, como la convocatoria– (art. 514.5 CP); o en el delito recogido en el artículo 595 CP, que parifica la pena para quienes «pasaren o intentaren pasar a un país enemigo» cuando lo hubiera prohibido el Gobierno. El propio artículo 64 CP –como ya hacía el antiguo artículo 55 ACP– anuncia abiertamente esta posibilidad de castigar prescindiendo de la regla penológica específica del artículo 62 en los casos de tentativa «que se hallen especialmente penados por la ley», lo que deja abierta la puerta tanto a nuevos supuestos como los indicados como a nuevas reglas o modalidades de punición. En definitiva, yendo a lo que aquí más interesa destacar, casos como los señalados no encuentran la explicación de la pena que prevén en su contenido de injusto objetivo (el desvalor de resultado no es el mismo en las conductas de matar al Rey, de corromper, de celebrar manifestaciones ilegales o de pasar a un país enemigo que en las de solo intentarlo), sino que dicha explicación deberá buscarse en la importancia del bien jurídico tutelado(55) y en razones preventivas o político criminales diversas (arts. 485, 514.5 o 595), cuando no directamente en motivaciones de corte pragmático, como la voluntad del legislador de sortear dificultades probatorias (caso de la corrupción del artículo 286ter CP).

(54) Desde la redacción dada por la L.O. 1/2015, que sustituyó la rebaja hasta entonces obligatoria, aunque prevista en un solo grado (y no en uno o en dos, como establece con carácter general la regla del artículo 62). Precisamente, la evolución reciente de la penalidad de esta conducta es buena muestra de la relatividad de las correspondencias teóricas que quieran verse en la fase de determinación legal de la sanción. Téngase en cuenta que el código penal anterior equiparaba en esta figura la pena de la tentativa y la de la frustración a la del delito consumado (art. 142 CP), solución que, *de facto*, vuelve a ser posible con la rebaja facultativa actual.

(55) Pese a que debe notarse que la obligación (o, en su caso, la facultad) de imponer una pena mayor a la tentativa, igualándola a la del delito consumado, no implica necesariamente una mejor protección del bien jurídico (como puede conjeturarse que, en cambio, se pretende con esa decisión legislativa). Véase la nota siguiente.

Existen, en definitiva, razones diversas (no solo la menor entidad del injusto) por las que se puede llegar a una determinada opción a nivel de la determinación legal de la pena(56), lo que debe llevar a relativizar la contemplación de la consecuencias penológicas concretamente establecidas como derivados necesarios de la carga de antijuridicidad de la tentativa. No obstante, no es a esa clase de relativización a la que quiero referirme prioritariamente en este epígrafe. Sobre esa cuestión, como se ha dicho, se comparte que, en efecto, el ordenamiento español responde a una fundamentación objetiva de la tentativa (vista su definición legal) y que, por otra parte –aunque no como consecuencia ineludible de lo anterior–, su regla penológica principal resulta particularmente compatible con la atención al desvalor de resultado que incorpore el intento (aunque tal afinidad no la comparan, en cambio, algunas de las reglas específicas previstas por el mismo ordenamiento).

Lo que sí quiere relativizarse especialmente (hasta, en realidad, descartarlo) en relación ya con nuestro derecho positivo, es el establecimiento por vía interpretativa de reglas penológicas prefijadas en función del carácter inacabado o acabado del intento. Como explica

(56) La rebaja obligatoria de la pena, frente a la meramente facultativa (o, más aun, a la equiparación con la pena de la consumación), puede encontrar también argumentos sencillos de corte pragmático, como el de evitar un potencial efecto criminógeno. Ello en la medida en que, si la pena ha de resultar –o puede facultativamente resultar– a fin de cuentas, la misma, se podría estar incentivando la consumación (y es que, en definitiva, el mensaje normativo estará diciendo que, en efecto, desvalora por igual el intento que la culminación). Evidentemente, ello no será predicable de los casos que puedan ampararse en el desistimiento, pues respecto de ellos concurre el incentivo de la impunidad para no continuar la ejecución hasta la consumación o para impedir el resultado. Pero el argumento sí puede tener sentido en los casos en los que el desistimiento no pueda operar, pese a que el resultado no tenga por qué producirse. Por ejemplo, en tentativas terminadas (inesistibles), en las que quepa aún la repetición de actos: si la pena por la continuación (y consumación) ha de ser a la postre la misma (o potencialmente la misma), decaerían los estímulos de contención frente a la opción de seguir intentándolo. Alternativamente, para evitar ese efecto, se forzaría al aplicador del Derecho a adoptar una versión de la teoría de la consideración global que abarcase –a mi modo de ver equivocadamente– las repeticiones posteriores a la terminación de la tentativa en un único suceso, para poder convertirlo así en desistible. Pero esta solución, amén de incentivar la repetición en los intentos frustrados, no viene avalada por razones de justicia material, que apuntan hacia el empleo de la teoría del acto individual. (A mi juicio, una bienentendida consideración global puede agrupar en un mismo hecho sólo comportamientos anteriores a la *terminación* de la tentativa, situación que la hace irreversible).

A título anecdótico: la esencia de este argumento pragmático puede verse ya usada por los defensores clásicos de la penalidad atenuada de la tentativa, como Crivellari, que se refirió a él como razón política a favor de la atenuación (cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, L, *op. cit.*, p. 600 ss., 604).

Alcácer, en un Derecho penal protector de bienes jurídicos, de rai-gambre liberal, lo relevante para el injusto es el peligro de lesión del bien jurídico. En consecuencia, la conducta más grave será aquella que presente un desvalor completo de resultado (lesión), que vendrá así a constituir el prototipo de injusto (papel que no corresponderá ya a la tentativa, como propugnarían en cambio las tesis subjetivas). A partir de ahí, la gravedad irá disminuyendo a medida que se debilite aquel desvalor (tentativa idónea: desvalor secundario) hasta quedar las conductas que carecen de él (tentativa inidónea: solo desvalor primario de acción –peligrosidad *ex ante* al inicio de la acción–), que se situarían, adelantando la barrera punitiva, en el umbral mínimo posible de punición, castigándose solo como excepción que vendría justificada por razones preventivas(57). Conforme a lo anterior, el grado de idoneidad o de aptitud para producir la lesión, al que se refiere el artículo 62 al aludir al «peligro inherente al intento», se erige, pues, como pauta determinante con la que se completa el cupo de lo que debe ser tenido en cuenta para valorar la entidad del injusto de la tentativa. Ello significa que queda vacía de contenido a esos efectos la referencia al «grado de ejecución alcanzado»(58), que no puede aportar nada distinto o complementario, sino solo ser tenida en cuenta en la medida en que refleje el peligro inherente al concreto intento. La idoneidad, en otras palabras, implica que el hecho sea más grave con independencia de que no se haya «acabado» la ejecución, lo que supone que aquel parámetro relativo a la ejecución carezca de trascendencia independiente, pudiendo valorarse su presencia, solo, como una expresión retórica, reminiscencia de regulaciones pasadas, pero no como una auténtica pauta distinta del peligro y situada en pie de igualdad con él(59). Por lo tanto, no se trata solo de reconocer en abstracto (con independencia del caso) un papel preeminente al parámetro relativo al peligro (idoneidad) y de atribuir acaso un papel secundario (pero un rol propio, al fin y al cabo) al grado de ejecución. Sino que esto último solo puede tener relevancia en la medida en que sea expresión de lo primero, lo que únicamente podrá valorarse en el

(57) ALCÁCER GUIRAO, R., *op. cit.*, p. 497 s.

(58) Podría especularse aún con la posibilidad de que con ese parámetro se quisiera atender a otros factores ajenos al injusto, como la mayor «conmoción social» que provocaría la tentativa ejecutada en mayor medida, o la mayor «temibilidad» de su autor. Pero tal hipótesis parece fácilmente rechazable, pues, además de ser factores que podrían fomentar el decisionismo judicial, no se aprecian correspondencias necesarias: la conmoción social que entraña una tentativa acabada inidónea no tiene por qué ser mayor que la de una tentativa inacabada, como no tiene por qué ser menos temible quien ha sido interrumpido antes de culminar el proceso de ejecución.

(59) *Infra*, V.

caso concreto (como parte de la evaluación *ex post* del riesgo proyectado sobre el bien jurídico en el momento de la interrupción de lo actuado) y no *a priori*.

En relación con la pre-asignación en abstracto de efectos penológicos prefijados en función de una catalogación previa de los intentos, y muy en particular en relación con la que los divide en inacabados y acabados, me parecen relevantes aún las dos consideraciones siguientes:

a) En primer lugar, que este tipo de catalogaciones apriorísticas pasan por alto el grado cuantitativo del peligro en el caso concreto, cuando, en cambio, es precisamente la atención a este parámetro lo que, en mi opinión, debe constituir el criterio determinante. Tal aproximación, puesto que sitúa ya en abstracto la «idoneidad» por encima del «grado de ejecución», resulta suficiente para explicar, correctamente, que una tentativa idónea, aunque se encuentre inacabada, puede resultar más grave que una tentativa acabada inidónea. Pero nada dice (no puede decirlo un pronunciamiento general) sobre el concreto grado de idoneidad del caso, es decir, sobre la intensidad o relevancia del peligro, ya que se atribuye la misma consideración, en bloque, a cualquier intento que pertenezca al mismo grupo por razón de su idoneidad o inidoneidad (al igual que se parifican cualesquiera de las múltiples situaciones que en función de la figura delictiva de que se trate podrían responder al calificativo de tentativas inacabadas).

De este modo, una vez afirmada la idoneidad se atribuirá, por ejemplo, una pena necesariamente mayor a la tentativa que se califique como acabada (pena inferior en un grado en su mitad superior) que a la que se considere inacabada (pena inferior en un grado pero en su mitad inferior)⁽⁶⁰⁾; o se tratarán con el mismo marco punitivo dos tentativas de distinta peligrosidad por pertenecer al mismo grupo general (por ejemplo, ser tentativas acabadas idóneas). Sin embargo, la casuística presenta multitud de matices e intensidades de peligro que no pueden quedar reflejadas adecuadamente en una clasificación binaria. Ejemplificando con tentativas acabadas: el disparo efectuado a distancia por un francotirador experto con su propia arma no es equivalente al efectuado por un aficionado con un arma que jamás ha empuñado. Aunque ninguno dé en el blanco y ambos intentos presenten un nivel de peligrosidad suficiente para entrar en el ámbito de la relevancia penal, no tienen por qué merecer la misma valoración ni recibir por tanto la misma pauta de respuesta. Expresado en términos preventivos: si de lo que se trata es de proteger la vida, el ordenamiento debe tener mayor interés –y emplearse más a fondo– en que

(60) *Supra*, II.2.

no disparen francotiradores expertos. La misma idea puede ilustrarse recurriendo a tentativas pertenecientes a distintos grupos en función del grado de ejecución: una tentativa inacabada puede requerir mayor respuesta que otra acabada, aun siendo ambas idóneas (posibilidad que ya no alcanzaría a explicar una catalogación apriorística). Contrpongamos, por ejemplo, el disparo del aficionado (tentativa acabada) a la detención del francotirador en el instante de apretar el gatillo (tentativa inacabada, pero altamente más peligrosa *ex ante*, a pesar de que no pueda sumársele un desvalor de resultado al término de la ejecución). O tomemos como ejemplo los hechos que motivaron la sentencia de Audiencia Provincial de Baleares (Secc. 1.^a) de 15 de septiembre de 2015, en los que el acusado vertió en un barreño lejía y sulfumán para que sus hijos murieran por la inhalación del gas mientras dormían. Aun tratándose de una tentativa acabada e idónea (la mezcla libera un gas tóxico –gas cloro– capaz de producir la muerte con una exposición severa y prolongada), su peligrosidad puede ser menor a la que cabría apreciar en otro caso en el que el autor fuese interrumpido en el momento de colocar una mascarilla provista con un gas inmediatamente letal sobre su víctima. En el primer supuesto el resultado sería menos probable (en el caso real mencionado las víctimas se despertaron, esquivando el fatal desenlace) que en la segunda hipótesis.

Así pues, la percepción sobre la progresión del riesgo a medida que la ejecución avanza, que es la que, en definitiva, ha sostenido históricamente el patrocinio de respuestas punitivas distintas para intentos inacabados y acabados, resulta más bien intuitiva, y puede tener acaso algún sentido respecto de determinados delitos [no en todos(61)], siempre en el interior del mismo suceso concreto (en un intento acabado hay un peligro *ex post* al término de la ejecución que no puede valorarse en el inacabado). Pero no sirve para parificar en abstracto el tratamiento de unas tentativas con otras simplemente declarándolas pertenecientes al mismo grupo. No es cierto, ni siquiera, que en todo caso en una tentativa acabada falte menos para la consumación [en el caso de la asfixia con mascarilla, inacabada, faltarían solo instantes para que se verificase un resultado prácticamente seguro, mientras que, amén de resultar más incierto el resultado, se requerirían tal vez horas para la asfixia por gas cloro –acabada–(62)]. En el fondo, en la valoración de lo inacabado como menos peligroso

(61) *Infra*, b), en este mismo epígrafe.

(62) Los ejemplos pueden multiplicarse. Piénsese, sin ir más lejos, en las constelaciones de supuestos de tentativa acabada en los que falta la intervención del tercero (p. e., autorías mediatas) o, sencillamente, falta el transcurso de un lapso más o

en términos absolutos (con independencia del caso concreto) parece que siguen latiendo las sensaciones que expresaban ya los antiguos comentaristas para justificar la menor penalidad de la tentativa frente a la frustración (p.e., Groizard), y que aludían bien a la posibilidad de que el autor todavía retrocediese (lo que encierra una confusión con el ámbito del desistimiento, cuando aquí el autor no se detiene, sino que es interrumpido), bien a su menor perversidad, circunstancia esta última que sigue asomando en la jurisprudencia actual, que alude en ocasiones a la menor «temibilidad» del sujeto cuando no ha podido comprobarse si hubiese continuado hasta el final.

Por todo ello, en suma, convendrá prescindir de reglas y afirmaciones generales obligatorias en función de clasificaciones apriorísticas(63), que no deben sustituir la argumentación en función del grado «cuantitativo» del peligro en el caso concreto.

b) En segundo lugar, un criterio penológico que parte de la catalogación previa de los intentos en inacabados y acabados pasa por alto la propia realidad de la Parte Especial, operando como si la estructura de los tipos clásicos de resultado se repitiese invariablemente en todas las figuras del Libro Segundo susceptibles de quedar en grado intentado, cuando ello no es así. La distinción entre tentativas inacabadas y acabadas, en efecto, está especialmente recortada a la medida de determinados tipos, pero se adapta mal, o resulta directamente inviable, respecto de otros, como ya pudo experimentar con el código anterior la jurisprudencia encargada de aplicar penas distintas a la tentativa y a la frustración (en lo que fue, como ya se dijo, la causa real de la desaparición legal de la distinción). Pero es que, aunque pudiese fijarse convencionalmente cuándo es inacabado o acabado el intento de todo delito –si ello resultase a algún efecto necesario–, lo importante es que en relación con muchos de ellos (especialmente en figuras resultantes de la progresiva expansión del derecho punitivo) la distinción no resultaría expresiva de un desvalor diferenciado(64).

menos prolongado de tiempo para que sobrevenga un resultado para cuya producción el autor ha dejado ya dispuesto todo lo necesario.

(63) Sin perjuicio de que su solución fuese materialmente la correcta en ese caso, la STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903) –que analizó en casación el caso del gas-cloro mencionado en el texto–, manifiesta tajantemente que «cuando se trata de supuestos en que concurre una tentativa idónea y además la tentativa se muestra acabada [...] lo correcto [...] con arreglo al precepto legal es reducir la pena en un grado y no en dos».

(64) Téngase en cuenta que las propias características de los bienes jurídicos a menudo dificultan incluso la identificación de un resultado, precipitando su caracteri-

Esta realidad ha sido puesta de manifiesto por diversos autores, con finalidades también diversas, en relación con la línea difusa que separa la tentativa de la consumación en muchos delitos, lo que con mayor razón resulta predicable del salto valorativo pretendidamente existente entre tentativas inacabadas y acabadas. Con la finalidad de concretar con criterios sólidos y predecibles la rebaja facultativa de la pena prevista en el §49 del código alemán, por ejemplo, observaba Frisch en su aportación a la teoría de la determinación de la pena de la tentativa antes citada(65) que solo en determinadas constelaciones de delitos sus tentativas revelan un auténtico déficit en comparación con el hecho consumado (de otro modo –indicaba– la atenuación tendría que ser obligatoria). Su trabajo distingue, así, entre (a) delitos en los que la consumación representa «la existencia de un desvalor adicional significativo para la justificación de la pena»(66), a los que se refiere como «verdaderos delitos de resultado» o «delitos de resultado en sentido estricto»(67), y otros (b) en los que «con la producción de la consumación no se traspasa a la vez un umbral de disvalor adicional»(68). En los primeros (p.e., homicidio, lesiones) la consumación estaría vinculada a la existencia de un resultado desvalorado autónomo, separado de la acción típica, por lo que –habría que concluir– su ausencia justificaría por sí sola la aplicación del marco penal atenuado del §49 párr. 1.º StGB. Pero no ocurriría lo mismo en los delitos pertenecientes al segundo grupo (entre los que el autor sitúa como ejemplos característicos los delitos de peligro abstracto o los de resultado cortado, pues en ellos la consumación viene determinada de manera más o menos técnica(69), pero no fenomenológica. De modo que la descripción legal se limita, en realidad, a ofrecer la orientación de la peligrosidad específica y la dimensión del peligro de la acción, formulando, sustancialmente, casos especiales de tentativas acabadas en los que se fija el punto hasta donde debe haber llegado la conducta, pero sin que se produzca un auténtico salto valorativo (por lo que la ausencia del resultado –a los efectos que interesaban al análisis del citado autor– no implicaría la aplicación del marco de pena atenuado)(70).

zación como delitos de mera actividad. Sobre ello, LAURENZO COPELLO, P., *op. cit.*, p. 172 ss.

(65) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 173 ss.

(66) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 176.

(67) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 179.

(68) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 177.

(69) FRISCH, W., *op. cit.*, p. 176.

(70) En estos delitos, entre los que cita los de incendio o de ofrecimiento de sustancias tóxicas para la salud, los verdaderos desvalores de resultado estarían en

En la misma línea anterior, y queriendo en este caso subrayar que el descenso de pena del delito intentado frente al consumado no se explica siempre sobre la base de un injusto menor, Doval destacaba también lo tenue de la línea que a veces los separa, haciéndose difícil encontrar una diferencia material en cuanto a la ofensividad (en particular en delitos de nuevo cuño(71)), en reflexión que hacía extensiva a la separación entre tentativas inacabadas y acabadas: «En mi opinión –indicaba–, el que éstas (las tentativas) merezcan conforme al Código una pena menor que los correspondientes delitos consumados no permite seguir afirmando, sin embargo, que el descenso de la penalidad se halla siempre justificado en correspondencia con el injusto respectivo de cada una de estas formas de ejecución. Aunque a menudo se afirma que es razonable que la lesión del bien jurídico que caracteriza a los delitos consumados se castigue con la penalidad más grave en correspondencia con su injusto, que es de la mayor gravedad, esta diferencia material en cuanto a la ofensividad no se encuentra en todos los delitos. Incluso, desde el Código penal de 1995, yo diría que se encuentra cada vez menos, como consecuencia de la decidida apertura de la Ley penal a ámbitos de actividad en los que la regulación jurídico-penal solo es posible renunciando a los parámetros nítidos de la lesión o el daño al bien jurídico, conocidos en otras figuras delictivas más clásicas. Así, pues, caracterizándose el momento de la consumación de no pocas figuras delictivas por un impreciso resultado en el que no se sabe muy bien qué afección ha experimentado el bien jurídico protegido (por ejemplo, en los delitos sobre la ordenación del territorio, el patrimonio histórico, los recursos naturales y el medio ambiente, o los relativos a la flora y fauna, etc.) a menudo, allí donde se acepta (cosa que ya es cuestión polémica), faltan razones para fundamentar materialmente la diferencia de penalidad entre el delito consumado y la tentativa de delito (y, en consecuencia, con más razón, desde luego, entre la tentativa acabada y la inacabada)»(72).

Concluyendo pues: aun en los casos en los que la catalogación del intento como inacabado o acabado resulte viable –que no siempre lo es–, tal caracterización no aporta una información de la que se deri-

realidad fuera de la realización del propio tipo, por lo que la consumación no representaría algo sustancialmente distinto del intento (FRISCH, W., *op. cit.*, p. 177).

(71) Sirva como ejemplo la SAP Madrid (Secc. 7.ª), núm. 629/2009, de 27 de julio, Pte: A. A. Acevedo Frías (ECLI: ES: APM:2009:9171), que revoca la condena por tentativa (rebaja en un grado) en un delito urbanístico, considerándolo consumado (el autor continuó ilegalmente, sin llegar a terminarla, una edificación existente, aumentando su volumen y superficie).

(72) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 54 s.

ven consecuencias necesarias sobre el nivel de peligrosidad o el desvalor de lo sucedido, por lo que debe sencillamente prescindirse de cualquier catálogo de reglas que le atribuyan efectos penológicos predeterminados a dichas categorías en abstracto(73). Tal opción, que resta importancia a lo avanzado de la ejecución, resulta, por lo demás, coherente desde el punto de vista sistemático en un ordenamiento que prevé habitualmente la misma rebaja genérica (uno o dos grados) respecto de los actos preparatorios, previos al inicio de la ejecución.

A cambio, en la motivación de la pena por delito intentado debe exigirse a jueces y tribunales una valoración del «grado cuantitativo del peligro» argumentado en el caso concreto. Para ello, deberá procederse en primer lugar a una valoración *ex ante* de la entidad del peligro al inicio de la acción (valorando aspectos como los medios empleados y las demás circunstancias concretas del caso), teniendo en cuenta que solo la puntuación en este apartado nos situará en el umbral mínimo de la relevancia penal (tentativa inidónea punible). A continuación, habrá que confirmar, en su caso, dicha peligrosidad valorándola *ex post* también al inicio de la acción (tentativa idónea). Si, por otra parte, el *iter comisivo* se ha desarrollado más allá del inicio de ejecución [refiriéndonos a figuras que permitan apreciar esa progresión(74)], podrá reiterarse entonces el proceso y valorar el grado de peligro (que podrá haberse mantenido o haber cambiado, a mayor o a menor) al término de la ejecución, es decir, en el momento en el que ésta cesa, pero con total independencia de que ello coincida con la categoría de la tentativa acabada o con una de las múltiples fases o situaciones que quedan actualmente abarcadas bajo la genérica denominación de tentativa inacabada(75).

(73) Pese a su prolija catalogación, estableciendo correspondencias penológicas concretas, ALCÁCER viene a reconocer que existen solo dos reglas que pueden considerarse generalmente válidas, que son las que corresponderían a los extremos inferior y superior de su escala. Por un lado, la que propugnaría que la tentativa inacabada inidónea (desvalor primario de acción) habría de conllevar una reducción de la pena en dos grados; por otro, que la tentativa acabada idónea (desvalor completo de acción y desvalor secundario de resultado) habría de conllevar la reducción de la pena en un grado. Pero, más allá de estas «recomendaciones», el autor admite que las cosas no están tan claras (Cfr., *op. cit.*, p. 495) y permiten su modulación.

(74) Por ejemplo, por contener su descripción típica diversos actos ejecutivos (vg., fuerza en las cosas y apoderamiento).

(75) *Ex ante* podrá valorarse, así, si el hecho continuaba siendo igualmente peligroso cuando, por ejemplo, en medio de la ejecución se produjo la detención del autor, o si, por el contrario, había disminuido dicha peligrosidad, (por ejemplo, por haberse provisto la víctima de medios defensivos, o haber empeorado la calidad de los comisivos –por ejemplo: en una tentativa de asesinato, el reventón de un neumático

IV. APROXIMACIÓN JURISPRUDENCIAL: ¿ALGUNA RELACIONANCIA DE LA DISTINCIÓN ENTRE TENTATIVAS INACABADAS Y ACABADAS PARA DETERMINAR SU PENALIDAD?

1. Pronunciamientos continuistas

No puede decirse que la promulgación del código vigente supusiera un cambio inmediato en el modo de abordar la cuestión de la determinación de la pena en las formas imperfectas de ejecución. La inercia acumulada con el manejo de las categorías clásicas de tentativa y frustración, con penas necesariamente distintas entre sí (en realidad desde 1848) o potencialmente distintas entre sí (desde 1932), se haría notar durante bastante tiempo.

En relación con los primeros años de vigencia del nuevo código, y tras el análisis de un amplio repertorio de resoluciones, Doval apreciaba, en su estudio de 2001, que la novedad parecía haberse identificado solo en la referencia al «peligro inherente al intento», y no en la que aludía al grado de ejecución. «Cuando se aborda el examen de la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el nuevo Código vertida hasta la fecha –afirmaba–, se observa que [...] con respecto al segundo parámetro, prácticamente da por reproducida la doctrina elaborada en materia de tentativa y frustración bajo la vigencia del Código penal precedente» (76). Y puede decirse que esta situación se prolongaría a lo largo de la década siguiente, si bien conviviendo ya con otros planteamientos. La STS 409/2004, por ejemplo, confirmando el criterio aplicado por la Audiencia Provincial de Teruel, señalaba como pauta general que «es doctrina de esta Sala que caso de encontrarse interrumpidos los actos de ejecución se está en un supuesto de tentativa que integra los dos estadios existentes en el anterior Código Penal de tentativa y frustración, debiéndose rebajar la pena en un grado en caso de tentativa acabada –equivalente a la antigua frustración– que supone la realización de todos los actos ejecutivos, y dos grados en caso de tentativa estricto sensu, inicio de los actos de ejecución»(77). En igual sentido generalizante, la STS 798/2006 destacaba que «en general,

del vehículo con el que el autor pretendía el atropello de la víctima, por haber chocado contra el bordillo durante su persecución–). *Ex post*, podrá tenerse en cuenta la lesividad desplegada (p. e., práctica inmediatez del resultado; o, siguiendo con la tentativa de asesinato, causación de lesiones de mayor o menor entidad).

(76) DOVAL PAIS, A., *op. cit.*, p. 18.

(77) STS 409/2004, de 24 de marzo, Pte: J. Giménez García (RJ 2004/2812); tentativa acabada: pena inferior en grado.

esta Sala se ha hecho eco de la distinción doctrinal entre tentativa acabada y tentativa inacabada. La primera equivaldría a la antigua frustración en la que los actos de ejecución están completados, y la inacabada, aquella en la que no ha existido una ejecución completa. Por ello, la tentativa acabada, exponente de una mayor temibilidad en el sujeto, supondría la imposición de la pena inferior en un solo grado, y la incompleta en dos grados»(78). Las dos sentencias mencionadas contienen una nutrida cita de resoluciones previas(79).

Este patrón de correspondencia prácticamente automática al que me refiero (rebaja en un grado en tentativas acabadas, y en dos en las inacabadas –aunque, nótese, no era esta última la solución literal del anterior artículo 52(80)–), perduró con claridad, pues, en la doctrina del Tribunal Supremo una vez aprobado el nuevo Código, extendiéndose también, como no podía ser de otro modo, a las decisiones de la Jurisprudencia menor(81), en las que la regla mencionada adoptó a veces un tono incluso categórico.

Como matiz digno de mención, pero siempre dentro de este patrón que puede llamarse continuista (que se caracterizaría por operar con correspondencias cuasi-automáticas en función de una catalogación previa del intento), puede aludirse a la introducción por la jurisprudencia de otros factores adicionales –en realidad presentes en el acervo argumental histórico del TS, pero no expresamente mencionados en el artículo 62 CP– a los que se asociaría también una rebaja predeterminada. Distintas sentencias del Alto Tribunal señalan, así, que la rebaja en un grado debería practicarse en los supuestos de tentativa acabada y también en aquellos «de gran desarrollo de ejecución». Mientras que se rebajaría en dos en los casos de «tentativa inacabada o inidónea», así como en aquellos en los que la actividad

(78) STS 798/2006, de 14 de julio, Pte: J. Giménez García (RJ 2006/6053), recogida en este aspecto por otras más recientes, como la STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo, (ECLI: ES: TS:2010:7587; RJ 2011/416).

(79) ATS 1574/2000, SSTs 1437/2000, 558/2002, 1296/2002, 1437/2000 o 1326/2003, entre otras.

(80) Que para la tentativa dejaba al arbitrio del Tribunal la imposición de la pena inferior en uno o en dos grados. Lo recuerda, por ejemplo la STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS:2010:7587; RJ 2011/416), citando en este mismo sentido otras resoluciones anteriores.

(81) La SAP Tarragona 239/2009, de 4 de junio, Pte: S. Romero Adán (ECLI: ES: APT:2009:401), por ejemplo, se refiere a la rebaja en un grado en tentativas acabadas como «práctica habitual en juzgados y tribunales y doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, entre otras, STS 357/2008, de 12 de junio», a la vez que caracteriza la rebaja en dos grados en tentativas inacabadas como «opción», que vincula al peligro inherente al intento.

desplegada por el delincuente «no revel[ase] gran energía criminal»(82).

Esta última referencia a la «menor energía criminal», predicada de forma intencionadamente ambigua a veces del hecho, a veces de su autor, constituye, por cierto, un recurso frecuente en la argumentación clásica de nuestros tribunales, entroncando con una línea antigua de motivación. El Auto del Tribunal Supremo de 4 de abril de 2001 (83), por ejemplo, indicaba que «la atenuación en dos grados de la pena de la tentativa inacabada deb[ía] quedar reservada para supuestos en los que se compr[obase] una baja energía criminal de los autores (STS de 17 de octubre de 1998)». Tal concepto suele verse vinculado a la causa por la que se interrumpió el hecho o no se alcanzó la consumación(84), de modo que no denotarían esa «baja energía criminal» los casos en los que es la acción de un tercero u otra circunstancia ajena al autor la que detiene la progresión del intento(85) (por ejemplo, el descubrimiento de la ejecución, obligando al autor a interrumpir su comisión)(86). «En esa perspectiva –continuaba el citado ATS

(82) Entre otras muchas, la STS 79/2009, de 10 de febrero, Pte: J. R. Berdugo (RJ 2009/1541) o la núm. 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2012:3998). Esta última recuerda lo expresado, entre otras, por la de 12 de julio de 2002: «El criterio de esta Sala, manifestado en las SSTs de 17-10-1998, 14-7-1999, 1760/1999, de 15-12, 622/2000, de 18-3, 379/2000, de 13-3, 755/2000, de 4-5, 939/2000, de 1-6, 1284/2000, de 12-7, 1574/2000, de 9-6, 1437/2000, de 25-9, y 16-7-2001, es que debe bajarse en un solo grado la pena en caso de tentativa acabada, frustración en la redacción del CP/1973 o de gran desarrollo en la ejecución, y en dos en los supuestos de tentativa inacabada o inidónea, y cuando la actividad desplegada por el delincuente no revele gran energía criminal».

(83) ATS de inadmisión núm. 359/1999, de 4 de abril de 2001, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2001/8988). Lo recuerda, por ejemplo, la SAP Sevilla (Secc. 3.ª) núm. 401/2013, de 27 de junio (ECLI: ES: APSE:2013:2112).

(84) Aunque pueden encontrarse otras referencias que apelan de forma difusa a la energía criminal. La SAP Burgos (Secc. 1.ª), núm. 4/2007, Pte: J. L. Díaz Roldán (JUR 2007/94097), por ejemplo, la usó para confirmar la rebaja en un solo grado practicada en un delito de robo por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Burgos (St. de 23 de mayo de 2006) aduciendo dicho Juzgado como motivos la «peor visibilidad que supone la noche» y el «número de acusados». Aunque tales criterios no encuentran directo apoyo legal, la Audiencia hizo suya la decisión de instancia reconduciendo la argumentación al hecho de que lo ocurrido denotaba una energía criminal suficiente.

(85) Lo que en ciertos casos pone de manifiesto una cierta confusión de la atenuación de la pena por tentativa con la fundamentación de su exclusión por desistimiento. Cfr. STS 809/2011, de 18 de julio, Pte: L. Varela Castro (ECLI: ES: TS:2011:5111).

(86) La razón por la que se interrumpió la ejecución ha sido utilizada, también, como criterio para valorar la peligrosidad del intento. Vg.: SAP Madrid (Secc. 2.ª) núm. 629/2015, de 7 de julio. Pte: E. de Urbano Castrillo (ECLI: ES: APM:2015:9823), considerando el hecho de que fue un vecino el que alertó del robo al oír el ruido de

de 2001–, ha de considerarse, de acuerdo con lo que ya ha señalado esta Sala, que la atenuación de la pena en un grado es correcta cuando la interrupción del hecho no ha sido consecuencia de alguna circunstancia demostrativa de la menor energía criminal del autor, sino de la acción de un tercero que descubrió el comienzo de la ejecución del delito»(87).

Debe tenerse en cuenta, por último, que las apreciaciones anteriores pretenden recoger de forma muy sintética una línea jurisprudencial que cubre un periodo extenso en el que han convivido pronunciamientos no homogéneos, sin que pueda hablarse, por lo tanto, de una cronología estricta en los planteamientos del TS. Lo expuesto no significa, por ello, que insertas en este periodo no puedan encontrarse también resoluciones en las que se entrase a valorar, siquiera fuese tímidamente, las diferencias reales que podía implicar el nuevo tenor literal del artículo 62 CP(88). Sobre todo, se diría, cuando la consecuencia que había de resultar de la aplicación de aquella correspondencia penológica automática se consideraba materialmente menos adecuada a juicio del Tribunal, y no se optaba –como, de hecho, se observa en muchos casos como vía alternativa para mantener la pena deseada– por «forzar» el sentido de las categorías preestablecidas de tentativa inacabada y acabada(89).

una piedra fracturando el cristal, frustrando la rápida intervención de la Guardia Civil un intento idóneo (rebaja en un grado).

(87) En este caso –indicaba– «el acusado tuvo que desistir de la acción porque un vecino se apercebó de ello y llamó a la policía y, por tanto, la imposición de la pena rebajando únicamente un grado no resulta incorrecta».

(88) Sirva como ejemplo la STS núm. 366/1999, de 9 marzo, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 1999\2941), que analiza un supuesto de tentativa de robo en el que el autor atracó con violencia a la usuaria de un cajero automático, empujándola hacia el interior y tratando de quitarle el monedero y la cadena que portaba, huyendo sin conseguirlo al ver que llegaban otras personas. En este caso, enfrentado el Alto Tribunal a la consabida dificultad para caracterizar lo ocurrido como un intento acabado, y ante la solicitud de una rebaja en dos grados, desestimó el motivo afirmando que, ante todo (FJ 3.º), «ha de ponerse de relieve que la determinación de la pena legalmente prevista en los supuestos de tentativa no se corresponde, de una manera automática, con la distinción antes mencionada entre la tentativa acabada y la inacabada, en el sentido de que, en el primer caso, se rebajará la pena en un grado y, en el segundo, en dos; pues el texto legal se remite expresamente a dos parámetros diferentes para la concreta determinación de aquella: a) al peligro inherente al intento, y b) al grado de ejecución alcanzado. Y en el presente caso, como ha puesto de relieve el Ministerio Fiscal al evacuar el trámite de instrucción, tanto por razón del peligro –que no puede calificarse de leve– como por el grado de ejecución de la acción delictiva –suficiente para haber conseguido el objetivo perseguido– debe estimarse ajustada a Derecho la pena impuesta al recurrente por la Sala de instancia».

(89) Cfr., por ej., los casos comentados en las notas 93 y 94 (SSTS 772/1996, de 18 de octubre –RJ1996/7816– y 600/2005, de 10 de mayo –RJ 2005/7674–, en los

En cualquier caso, también debe apuntarse que el TS se mostró abierto a la modificación de la regla de correspondencia penológica estricta indicada, aunque en supuestos debidamente motivados en función del segundo de los parámetros (el peligro inherente al intento). La STS 625/2004 de 14 de mayo, después de reconocer la doctrina general de disminución en un grado en caso de tentativa acabada, y en dos grados en caso de tentativa inacabada, añade: «... tan sólo en circunstancias excepcionales, caracterizadas por el “peligro inherente al intento”, a que también se refiere el artículo 62 del Código Penal, dicho criterio general podría verse alterado pero, obviamente, mediando la adecuada justificación expresa en la resolución que impone la pena concreta de que se trate»(90).

2. Criterio actual: irrelevancia de la distinción. Preeminencia de la peligrosidad inherente al intento

Tras el arranque continuista explicado, la andadura de las reglas del artículo 62 por la jurisprudencia del Tribunal Supremo irá virando paulatinamente hacia una desvinculación de los dictados impuestos por la distinción tradicional entre tentativas inacabadas y acabadas. En buena medida, motor de este cambio de dirección seguiría siendo la propia dificultad experimentada para clasificar nítidamente los supuestos en una de las dos categorías, lo que en realidad se venía apreciando desde antiguo y, como se ha repetido, fue en el fondo la razón de su definitiva fusión legal en un concepto único de tentativa, tras un proceso de maduración que ya empezaron a exteriorizar a nivel pre-legislativo el Proyecto de 1980 (art. 25) y la Propuesta de Anteproyecto de 1983 (art. 21).

Tales dificultades clasificatorias, como ya se expuso, obedecen en un buen número de casos a la propia estructura de las conductas tipificadas en la Parte Especial(91); aunque, en otros, solo podían atribuirse

que se utilizan distintas vías para mantener la calificación como tentativa inacabada.

(90) STS 625/2004, de 14 de mayo, Pte: M. Maza Martín (RJ 2004/3775). Debe indicarse, en cualquier caso, que la resolución citada (que rectificaba la rebaja en un grado aplicada en la instancia en un delito de robo para ampliarla a dos peldaños) basaba su decisión en la consideración de los hechos como constitutivos de una tentativa inacabada, por lo que no alteraba la regla general. Cita esta resolución, p. e., la STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965).

Con posterioridad sí se apreciarán múltiples resoluciones en las que se aplica la rebaja en dos grados en tentativas acabadas o, a la inversa, en un grado en inacabadas (*vid. infra*, IV.2.).

(91) Véase, *supra*, III. Ello no hace sino evidenciar la falta de necesidad de pasar por esa clasificación previa para determinar la pena.

a la propia falta de claridad de conceptos manejada por el órgano decisor, en ocasiones apoyado simplemente en interpretaciones adanistas sobre lo que debía considerarse acabado o inacabado respecto de una comisión determinada. En cualquier caso (fuese producto de una dificultad inevitable o evitable), la incomodidad con el corsé que imponía una bipartición previa entre intentos acabados e inacabados motivaría su progresivo abandono(92).

La Jurisprudencia habría ido pasando así, simplemente, a reconocer y a utilizar la herramienta que se había puesto a su disposición para sortear obstáculos del pasado, permitiéndole prescindir de equilibrios a veces imposibles para poder mantener la rebaja que se consideraba materialmente más justa y respetar a la vez la calificación de lo ocurrido conforme a las categorías de constante referencia(93).

La dificultad para encajar determinadas estructuras en esa clasificación dual impulsó también otra interpretación de la referencia legal al «grado de ejecución», no limitada a esa bipartición. Ilustrativas al respecto resultan las reflexiones contenidas en la STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965), en un supuesto de agresión sexual (el acusado había despojado de sus pantalones a la víctima, separándole las piernas, momento en el que aquélla logró huir: pena inferior en un grado). Afirma la resolución indicada que en la medida en que el artículo 62 CP «no exige la ejecución de la totalidad de los actos de ejecución, la “conjunctium membrorum” de la jurisprudencia clásica, sino que alude al “grado de ejecución alcanzado”, ello supone una modulación [...] que puede flexibilizar la división entre tentativa acabada/inacabada».

(92) Tras recoger una muestra de varios pronunciamientos dispares de la propia Sala Penal del Tribunal Supremo, la STS de 2 de noviembre de 2007 se refería así a la inadecuación de la dualidad tradicional: «Esta muestra deja en evidencia la ausencia de un criterio que, cual regla de las ciencias matemáticas, permita dilucidar con alcance general inequívoco cuando se está ante una tentativa acabada o ante una inacabada. Aún más, esta exposición de nuestras decisiones deja en evidencia también que la discriminación, a efectos de medida de la pena, ni siquiera pasa solamente por esa elemental dicotomía. Las situaciones posibles presentan matices que reclaman respuestas más plurales que las reportadas por esa alternativa entre tales exclusivas hipótesis».

(93) Entre las últimas resoluciones recaídas con el ACP, puede ilustrar la situación expresada en el texto, por ejemplo, la STS 722/1996, de 18 de octubre (Pte: C. Conde-Pumpido Tourón; RJ 1996/7816), que consideró, respecto de un delito de robo con homicidio (art. 501.1.º ACP, castigado con pena de reclusión mayor), que «[...] en el plano objetivo no todos los actos de ejecución “que debieran producir como resultado el delito” se ha[bía]n realizado» en el caso analizado, pues faltaba «como elemento esencial que alguno de los disparos dirigidos a evitar el acercamiento de los perseguidores hubiese alcanzado efectivamente a persona alguna. Sólo dicho alcance –afirma– “debe producir como resultado el delito”, por lo que si no lo produce nos encontraríamos en el campo de aplicación del delito frustrado (hoy tentativa acabada); ahora bien, sin alcance, la acción objetivamente considerada no sólo no debe sino que no puede producir el resultado típico, por lo que el criterio del Tribunal sentenciador al calificarla de tentativa (inacabada) –concluya– debe ser confirmado». Se

Por ello, empezaron a aflorar, en particular entrada la primera década del presente siglo (y conviviendo, por tanto, con resoluciones continuistas) decisiones que relativizaban con rotundidad la trascendencia que en el seno del artículo 62 CP debía concederse a las categorías herederas de la tentativa y la frustración, rebajándolas a lo sumo al papel de meros criterios orientativos de una motivación que debía hacer descansar, en todo caso, en los nuevos parámetros que aportaba el precepto. Advertía, por ejemplo, la STS de 10 de mayo de 2005 que «[...] el mayor o menor grado de ejecución del delito no consumado tiene en la Ley sólo una traducción legal en punto a la determinación de la pena, y además relativa. Esto es, desaparecida la anterior distinción entre tentativa y frustración, sólo existe ahora una categoría dogmática, la tentativa, y dentro de ella la posibilidad de bajar la pena en uno o dos grados, atendiendo al grado de desarrollo de la ejecución, sin que en el mismo quepa establecer dos fases o categorías diferentes como antaño ocurría con la tentativa y la frustración, aunque tales conceptos puedan servir como criterios orientativos»(94).

desestimaba, en definitiva, el recurso del Fiscal –que había solicitado la apreciación de un delito frustrado– por la vía de defender a ultranza lo indefendible*, el carácter inacabado del intento, para poder mantener la rebaja en dos grados aplicada (pena de prisión mayor, en lugar de la de reclusión menor que hubiese correspondido a la rebaja sólo en uno). Seguramente, la pena por la que venía condenado el acusado, ya considerablemente elevada –diez años y un día de prisión mayor solo por este delito–, influyó decisivamente en la desestimación del motivo del recurso, aunque se insistió en dirimir la cuestión en un terreno que con el nuevo código penal resulta innecesario: el de la catalogación previa del intento como acabado o inacabado.

*En realidad, desde el punto de vista conceptual con el primer disparo se está ante una tentativa acabada; para más señas, ante una tentativa, además, terminada o indesistible (irreversible), si bien la repetición de actos no da lugar a apreciar nuevos episodios delictivos independientes, sino que, conforme a una bien entendida *teoría de la consideración global*, estas repeticiones se integran en el mismo hecho, pudiendo, eso sí y a los efectos penológicos que ahora interesan, valorarse para ponderar el grado cuantitativo de peligro del conjunto de lo ocurrido. Resulta en todo caso innecesario, con el vigente código penal, pasar por una catalogación previa del intento.

(94) STS 600/2005, de 10 de mayo, Pte: J. R. Soriano Soriano (RJ 7674). Debe señalarse que, pese a esa relativización de las correspondencias penológicas, la resolución citada continúa anclada en la discusión de los viejos patrones. Combate así, al igual que, p. e., la STS 722/1996, de 18 de octubre criticada en la nota anterior, que los hechos puedan ser constitutivos de una tentativa acabada (como solicitaba la Acusación particular recurrente), aferrándose en este caso al *plan del autor* (cuando el concepto de tentativa acabada seguido habitualmente es el de carácter objetivo –mal llamado mixto–) y a una valoración *ex post* del peligro ocasionado. Se sostiene, por esas vías, que se está ante una tentativa inacabada: por un lado, puesto que «el plan concebido por el autor de dar muerte a la joven sólo inició su ejecución, pues le lanzó sin éxito una cuchillada en el abdomen, siendo repelidas las posteriores con las manos por parte de la víctima»; por otro, porque «a las claras puede percibirse que las lesio-

En la misma línea, sentencias anteriores como las de 28 de febrero de 2003(95) o de 28 de febrero de 2005(96) ya incidían en que en el artículo 62 no se distinguía entre tentativas acabadas e inacabadas, obligando en cambio el precepto a tener en cuenta los dos criterios mencionados en él «y a razonar sobre su aplicación en el capítulo de la sentencia correspondiente a un aspecto de su motivación (art. 120.3 CE), el relativo a la individualización de la pena». Ambas resoluciones bajan la pena en un grado, considerando inacabada la tentativa la primera, y acabada la segunda(97).

Con el tiempo, se irá asentando en nuestra jurisprudencia, pues, la convicción de que se habría venido operando en demasiadas ocasiones con «excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código penal anterior»(98), cuando «lo determinante no es reproducir a través de los nuevos conceptos de la tentativa acabada o inacabada los viejos parámetros de la frustración y la tentativa, sino atender al criterio relevante y determinante del peligro para el bien jurídico que

nes ocasionadas a la víctima eran inhábiles para producir la muerte». * De nuevo: si la acción de lanzar una cuchillada a una zona vital se valorase *ex ante* y al inicio de su ejecución adecuada para producir la muerte, su consideración correcta debería ser la de una tentativa objetivamente acabada. Sin embargo, no es esa catalogación lo relevante, sino la motivación acerca del grado de peligro cuantitativo que entrañó el intento (menor en este caso que con otro procedimiento homicida), pudiendo haberse mantenido sin dificultad argumentativa la rebaja en dos grados en atención a él.

(95) STS 280/2003, de 28 de febrero, Pte: J. Delgado García (RJ 2003/2258).

(96) STS 261/2005, de 28 de febrero (Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre)

(97) Aunque, en puridad, los hechos tratados en ambas resoluciones son constitutivos de sendas tentativas acabadas.

En la primera, el autor golpeó la cabeza de la víctima con una piedra, golpe al que siguieron otros cuatro más en la misma zona, hasta que el agresor fue sujetado para que no continuara. Aunque el TS da la razón al recurrente cuando entiende que nos encontramos ante una tentativa inacabada, manteniendo que «en este punto hay un error en la sentencia recurrida», en realidad se está, de nuevo, ante un supuesto de repetición de actos: hay tentativa acabada desde el primer golpe, aunque los sucesivos no pasen a constituir intentos separados. El siguiente pasaje pone en evidencia la confusión conceptual entre tentativa acabada y consumación: «Tal y como se desarrollaron estos hechos, entendemos que, de haber continuado la agresión con más golpes en la cabeza con la piedra, el término de la ejecución (tentativa acabada), habría coincidido con la consumación o con el delito putativo. Es decir, habría continuado la agresión hasta que el agresor hubiera matado al agredido o así lo hubiera creído».

En la segunda sentencia se califica como acabado, correctamente, el intento respecto de los siguientes hechos: el autor colocó un sujetador enrollado sobre la boca y nariz de la víctima mientras dormía, presionando fuertemente e impidiéndole respirar, hasta que fue auxiliada.

(98) STS 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES:TS:2012:3998).

conlleva el intento»(99). Sobre este segundo parámetro, el relativo al peligro inherente al intento, se lee incluso en alguna ocasión, en la misma línea de lo apuntado, que constituye una «novedad cuya trascendencia en numerosas ocasiones no se ha percibido, limitándose a hacer referencia tan sólo a las categorías de “tentativa acabada” e “inacabada”, como trasuntos de las antiguas formas de frustración y tentativa»(100).

Esta progresiva apertura a los contenidos de la nueva redacción se traducirá en la concesión de «una mayor flexibilidad a la decisión de los jueces»(101), que no tendrán que atenerse a correspondencias obligatorias en función del grado de ejecución alcanzado. Es verdad que en este punto la jurisprudencia ha tendido a mantener que lo «razonable», «proporcionado» o «coherente» sería pensar en el mantenimiento de una pena mayor en los casos de ejecución acabada (al igual que en los casos de idoneidad, frente a los de tentativa inidónea), pero ello asumiendo que el criterio de la peligrosidad, que considera el prevalente, podría determinar lo contrario(102). La STS 693/2015, al igual que recogen otras muchas, señala en este sentido que «atendiendo pues al factor clave del peligro engendrado por la acción perpetrada, que es el que despunta como esencial en el Código Penal, parece que lo razonable es que la tentativa inacabada conlleve una menor pena que la acabada, y también que la tentativa idónea (peligro concreto para el bien jurídico) determine una mayor pena que la tentativa inidónea (peligro abstracto para el bien jurídico que tutela la norma penal). Por lo tanto, de acuerdo con lo anterior lo coherente será que la pena se reduzca en un grado en caso de tratarse de una tentativa acabada y en dos grados en los supuestos en que nos hallemos ante una tentativa inacabada. Y también que en los supuestos de tentativa idónea se tienda a reducir la pena en un solo grado, mientras que en los casos de la tentativa inidónea se aminore en dos. Sin embargo, debe quedar claro que como el criterio prevalente y determinante, según el texto legal, es el del peligro para el bien jurídico que lleva inherente el intento, no siempre que la tentativa sea inacabada se

(99) STS núm. 112/2015, de 10 febrero, Pte: A. del Moral García, RJ 2015\674 (ECLI: ECLI: ES: TS:2015:834).

(100) STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín, (ECLI: ES: TS:2013:6357).

(101) STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397); STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).

(102) STS 1188/2010, de 30 de dic., Pte: J. R. Berdugo (ECLI: ES: TS:2010:7587); STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388); STS 985/2016, de 11 de enero. Pte: J. Saavedra Ruiz; STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

impondrá la pena inferior en dos grados, pues puede perfectamente suceder que la tentativa sea inacabada a tenor del plan proyectado por el autor ponderado por un espectador objetivo, pero que su grado de ejecución sea muy avanzado y que concorra el peligro concreto de la tentativa idónea (se hayan ya realizado varios actos que auspician la proximidad de la consumación), en cuyo caso lo razonable será reducir la pena sólo en un grado a tenor del peligro que se muestra en el intento todavía no acabado (SSTS 1180/2010, de 22-12; 301/2011, de 31-3; 411/2011, de 10-5; y 796/2011, de 13 de julio)». A tenor de lo dicho, resultan comunes en las resoluciones de nuestros tribunales tanto los casos de tentativa inacabada en los que se aplica la rebaja en un solo grado(103) como, a la inversa, los de tentativa acabada en los que se rebajan dos(104).

En definitiva, se ha acabado imponiendo, de forma en mi opinión correcta, la línea de interpretación que, en sintonía con lo sostenido también a nivel doctrinal, considera que el factor determinante es el del «peligro inherente al intento», que debe prevalecer sobre el del grado de ejecución(105). A aquel peligro se refiere, por ejemplo, la STS 292/2012, de 11 de abril, como un «nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, que no requiere de fijación de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de la intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable»(106). El grado de ejecución queda, así, «embebido» –en expresión también usual de nuestras sentencias(107)– en el criterio del peligro, al que en realidad se subor-

(103) Vg., STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: Colmenero Menéndez de Luarda (ECLI: ES: TS:2018:1328).

(104) Vg., STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397); STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ECLI: ES: TS:2013:6357).

(105) Cfr. STS 1180/2010, de 22 de dic., Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2010:7333); STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ECLI: ES: TS:2013:6357); STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903); La SAP Sevilla, 256/2018, Pte: R. Díaz Aroca (ECLI: ES: APSE:2018:1131), cita también en este sentido las SSTS 998/2013, de 19 de diciembre; 332/2014, de 24 de abril; 454/2015, de 190 de julio; o 101/2018, de 28 de febrero.

(106) En igual sentido, la STS de 1 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).

(107) Vg., STS 830/2015, de 22 de diciembre, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2015:5617); STS 985/2016, de 11 de enero (Pte: J. Saavedra Ruiz); STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

dina(108), valorándose, en su caso, como un indicio de aquél. «Lo que resulta menos relevante –indicaba ya la STS 1188/2010(109)– es el número de actos que integran el comportamiento del autor, porque lo esencial es la potencialidad objetiva en relación con el resultado al que el autor ordenaba su comportamiento. Este puede constituirse por un solo acto y, sin embargo, constituir la modalidad merecedora de más grave pena (rebaja en un solo grado)».

De este modo, actualmente puede decirse que queda hasta cierto punto orillada la cuestión del grado de ejecución que, en todo caso, «no puede ser interpretada en el sentido de que la tentativa inacabada merezca siempre la doble degradación punitiva y la acabada solo uno»(110). En buena medida, esta clasificación previa del intento en una de las dos categorías clásicas ha devenido así, como señala la reciente STS de 11 de julio de 2022, «una discusión más especulativa que práctica»(111).

Ahora bien, lo anterior no significa ni que exista plena nitidez en la forma de interpretar después el peligro –que es, se insiste, el parámetro esencial–, ni que, por otra parte, se haya terminado tampoco definitiva-

(108) La potenciación de la atención al grado de peligro es tal que en ocasiones puede considerarse incluso que se han forzado las costuras de la propia categoría de la tentativa, haciéndola abarcar situaciones en realidad constitutivas de actos preparatorios previos al inicio de ejecución. Me parece ejemplo de ello la STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: M. Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2018:1328), que hubo de asumir como tentativa de robo (calificación por la que venían condenados los recurrentes), con rebaja en un solo grado de la pena, basada en el elevado riesgo para los bienes jurídicos en juego, un supuesto en el que los acusados se dirigían en un vehículo a atracar una sucursal bancaria, inspeccionando aún los alrededores, aunque provistos de las herramientas necesarias y armas cortas de fuego cargadas con munición y en condiciones de uso inmediato. «Aunque el grado de ejecución no haya sido máximo –indica la sentencia–, ya que no llegaron a apearse del vehículo ni a entrar en la sucursal bancaria, ya habían llegado al lugar preparados para el atraco, con las armas listas para su uso inmediato y solo estaban esperando el momento oportuno para iniciar la fase final de su plan». En realidad, faltando la realización de actos propiamente típicos, falta el inicio de ejecución y resulta inadecuada su calificación como tentativa (aunque, a efectos prácticos, el artículo 269 ampare con igual pena los actos preparatorios respecto de los delitos de robo).

(109) STS 1188/2010, de 30 de dic. Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre (ECLI: ES: TS:2010:7587). Vale la pena indicar, en cualquier caso, que el supuesto enjuiciado (apuñalamiento con navaja de 12 cm. en el abdomen, evitando la víctima posteriores navajazos con el brazo) era constitutivo, en propiedad, de una tentativa acabada.

(110) STS 704/2022, de 11 de julio Pte: A. Del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2022:2832).

(111) La sentencia confirmó en este caso la rebaja en un grado aplicada a un delito intentado de robo en establecimiento abierto al público en el que el autor fue sorprendido por la Guardia Urbana, sin pasar por la calificación previa del intento (supuestamente inacabado).

mente de operar con un cierto grado de automatismo (en detrimento de una valoración individualizada del peligro). Para concluir me parece, por ello, procedente incidir en estas dos observaciones.

Efectivamente debe destacarse, por un lado, que aunque el debate actual pueda entenderse centrado en la peligrosidad del intento, existen después disparidades –si no confusiones– en el modo de valorarla, sin que las distintas resoluciones obedezcan siempre a una adecuada ponderación del grado cuantitativo del peligro. En algunos casos, como en el de la STS 693/2015 antes citada, se aprecia la tenacidad con la que perviven las viejas ideas, al identificar el mayor peligro de la tentativa inacabada en el hecho de que «su grado de ejecución sea muy avanzado». En otras –y aunque habitualmente se considera trascendental realizar una valoración *ex ante* del peligro (SSTS 985/2016, de 11 de enero; 1188/2010, de 30 dic.; 1060/2003, de 21 jul.) – no queda claro el peso que debe atribuirse a la valoración *ex post* sobre la importancia de lo efectivamente ocurrido. La STS 998/2013(112), por ejemplo, atiende –para confirmar la rebaja en dos grados en una tentativa acabada– al hecho de que «no se llegó a producir una situación de verdadero peligro para la vida» gracias a las acciones defensivas de la víctima (que evitó ulteriores cuchilladas poniendo el brazo y sujetando con su propia mano la hoja del cuchillo, con las consiguientes lesiones)(113).

Por otra parte, es destacable el hecho de que, aunque los antiguos automatismos (pena inferior en grado en tentativas acabadas e inferior en dos en inacabadas) hayan sido desplazados, se sigue apreciando en su lugar cierta tendencia a la formulación de otros. Ello ocurre en particular en la que se supone la parte alta de la gravedad potencial del intento. De modo que se afirma, no sin cierto dogmatismo, que la pena en una tentativa acabada y a la vez idónea sólo puede ser rebajada en

(112) STS núm. 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ES: TS:2013:6357).

(113) En realidad, debió valorarse el grado de peligrosidad *ex ante* del ataque (en función, entre otras, del arma empleada). El enfoque es más acertado, en este punto, en la STS 716/2008, de 5 de noviembre, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2008/6960): descenso en un grado en atención a la gravedad de lo programado (dar dos individuos una paliza a la víctima, disponiendo de guantes, navajas y pasamontañas proporcionados por el inductor, sin conseguir culminar la ejecución al solicitar auxilio la víctima cuando era introducida a golpes en un vehículo). Aunque las lesiones realmente padecidas por el sujeto no precisaron después para su curación ni tratamiento médico ni quirúrgico, siendo constitutivas solo de falta, la peligrosidad *ex ante* inherente a la acción justifica la mayor respuesta punitiva.

un grado(114). La STS 191/2016(115), por ejemplo, indica categóricamente (FJ 4.º) que «Cuando se trata de supuestos en que concurre una tentativa idónea y además la tentativa se muestra acabada, es claro que con arreglo a los dos criterios legales que marca el artículo 62 del C. Penal (peligro inherente al intento y grado de ejecución alcanzado), lo correcto y proporcionado con arreglo al precepto legal es reducir la pena en un solo grado y no en dos». Respecto de este proceder, de nuevo debe indicarse que, aunque tal regla podrá ser seguramente confirmada en la mayoría de casos, no tiene por qué ocurrir siempre así, pues el supuesto podrá también implicar un peligro escaso en términos absolutos. Por ello, no debería servir para dispensar de lo que debe considerarse determinante: la motivación individualizada sobre el grado cuantitativo de peligro en cada caso concreto, huyendo de cualquier apriorismo.

V. CONSIDERACIONES FINALES

Las páginas anteriores ponen de manifiesto, en lo que se refiere al derecho positivo vigente(116), que existe actualmente una razonable convergencia doctrinal y jurisprudencial en cuanto al valor (reducido) que merece el parámetro legal de ponderación de la pena por el que se ha preguntado este trabajo: el relativo al grado de ejecución alcanzado. En efecto, revisando tanto la jurisprudencia reciente (una vez superado el continuismo que caracterizó el periodo inicial en la aplicación de la regulación actual) como las aportaciones doctrinales (que en esta materia penológica se concentraron principalmente en el momento del cambio legislativo, secándose después), puede decirse que quedan claros, al menos, dos rasgos fundamentales: la falta de una correspondencia necesaria entre el carácter acabado o inacabado de la tentativa y la rebaja en uno o dos grados de la pena, por un lado, y la preeminencia del criterio relativo a la peligrosidad inherente al intento frente al referido al grado de ejecución, por otro.

(114) Por ejemplo, STS 597/2017, de 24 de julio, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2017:3190): Agresión con arma blanca en el abdomen, con afeción del intestino, que hubiese producido la muerte.

(115) STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).

(116) Más allá, pues, de las reflexiones que a nivel general puedan efectuarse sobre el modelo de punición que en abstracto quepa considerar el adecuado desde la concepción del injusto o desde otros parámetros generales (como los preventivos).

Sin embargo, debe irse bastante más allá. En la aplicación judicial del artículo 62 CP se ha avanzado, sólo, en considerar que llegado el caso podrá desoírse la correspondencia tradicional. Pero con ello no se abandona el razonamiento vinculado a la caracterización previa de los intentos en inacabados y acabados, sino todo lo contrario: la argumentación actual en buena medida la presupone, cuando en realidad se trata de un paso que no sólo resulta innecesario, sino a menudo inviable y muchas veces contraproducente. Esto último porque en ocasiones la presunción de que tal clasificación dual es posible respecto de todo delito (cuando en realidad no resulta viable respecto de todas las figuras de la Parte Especial(117)) lleva a la caracterización del hecho en la modalidad más avanzada –pasando por alto que puede no existir la forma inacabada respecto de la figura de que se trate– lo que lleva a imponer la pena más grave sin una auténtica reflexión sobre el grado de peligro inherente al intento; en otras, se fuerzan las costuras de las categorías de referencia (por parte de justiciables, recurrentes o juzgadores) para poder sostener la rebaja deseada(118); en la mayoría de casos, en fin, la calificación previa del intento como acabado o inacabado se aprovecha solo como un cómodo expediente para relajar las exigencias de motivación, si la correspondencia tradicional secunda ya la percepción personal del juzgador sobre la entidad materialmente más adecuada de la pena(119). Tal modo de proceder, en definitiva, desvía la obligación de motivar (art. 120.3 CE) de lo auténticamente relevante, que es la correcta baremación del peligro inherente al intento teniendo en cuenta su aptitud relativa para la consecución del resultado en comparación con otros posibles intentos susceptibles de calificarse conforme al mismo título de imputación, así como la materialización de la lesividad que se haya podido producir. En todo ello, el estadio alcanzado por la tentativa ostenta un papel no determinante, pues el grado cuantitativo del peligro depende esencialmente del nivel de idoneidad de la acción que se emprende, y no de lo avanzado de su ejecución.

Por ello, convendrá eliminar definitivamente el paradigma de argumentación basado en la proyección de la distinción previa entre intentos inacabados y acabados, supresión que podría hacerse exten-

(117) *Supra*, III.

(118) Advirtiéndose, además, no pocas confusiones en el propio manejo de las categorías invocadas; singularmente, en los supuestos de repetición de actos por sí solos idóneos para producir el resultado.

(119) Mientras que, en caso contrario, dicha caracterización previa del intento se deja a un lado alegando su peso relativo y vinculando entonces la decisión a otros criterios más o menos volátiles (como la mayor o menor energía criminal) o a nuevos automatismos que escapan a un control más fundamentado.

siva también –aunque esto no ha sido el objeto de este trabajo y resulta ahora secundario– a la propia redacción legal, que no necesita aludir (art. 62 CP) a un parámetro que constituye, a lo sumo y solo en tentativas idóneas(120), un mero indicador del peligro inherente al intento, y que, sin embargo, el legislador de 1995 situó en aparente pie de igualdad con el criterio al que se encuentra subordinado. La misma suerte que esta referencia al «grado de ejecución alcanzado» contenida en el artículo 62 CP, por lo demás, podría correr la alusión a la realización de «todos o parte» de los actos contenida en la definición legal de la tentativa (art. 16 CP) que, al igual que la referencia anterior, no es sino una reminiscencia de un pasado del que el legislador se resistió a prescindir(121), temeroso en su momento de los potenciales efectos del cambio de modelo penológico que implantaba.

A cambio, resulta necesario profundizar en la elaboración de criterios y procedimientos claros con los que valorar el peligro, cuya aplicación actual, aunque se reconoce el parámetro fundamental y decisivo, dista hasta la fecha de ser homogénea. Sin duda, una herramienta útil para ello será la exigencia de una valoración individualizada de la potencialidad lesiva tanto *ex ante* como *ex post*, y ello, a su vez, tanto al comienzo de la ejecución como a la finalización de lo ejecutado(122), con independencia de que este último momento coincida o no con lo convencionalmente considerado «tentativa acabada»(123). Pero existen otros aspectos a integrar en ese bagaje teórico de apoyo para la motivación judicial, algunos directamente vinculados a la interpretación de los tipos de la Parte Especial(124).

VI. BIBLIOGRAFÍA CITADA

(120) Resultan también posibles, aunque en ocasiones se negase, las tentativas acabadas inidóneas, en las que el balance neto del peligro podrá ser menor que el de algunas tentativas inacabadas.

(121) Al igual que le ocurriría a la primera jurisprudencia encargada de su aplicación.

(122) Sobre el procedimiento de valoración propuesto, *Supra*, III.

(123) Existen en función del grado de ejecución y del tipo penal de que se trate, como se ha venido argumentando, otros estadios distintos del acabamiento de la tentativa que una clasificación binaria obliga a agrupar como inacabados, pese a que pueden no merecer una valoración unitaria.

(124) Así, la necesaria evitación en ese cometido de una doble valoración del peligro, si el factor en cuestión ya ha sido considerado para la subsunción en la tipicidad de la que se trate (p. e., por uso de medios alevosos), en cuyo caso tal circunstancia no debería volver a usarse para evaluar lo peligroso del intento.

- ALCÁCER GUIRAO, R., *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*. Comares, Granada, 2000.
- *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches. Allgemeiner Teil*. J. C. B. Mohr (Paul Siebeck). Tübingen, 1966.
- BORJA JIMÉNEZ, E., «El castigo de la tentativa de un delito de peligro abstracto: algunas reflexiones a raíz de la STS 48/2020, de 11 de enero», en *Estudios Penales en Hje. al Prof. José Manuel Lorenzo Salgado*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho penal español. Parte General, III. Teoría jurídica del delito/2*. Tecnos, Madrid, 2001
- DOVAL PAIS, A., *La penalidad de las tentativas de delito*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.
- FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito*. Doctrina y Jurisprudencia (2.ª ed). Edisofer/BdF, Madrid/Buenos Aires. 2011. (1.ª ed.: Ed. Bosch, Barcelona, 1986).
- FRISCH, W., «La atenuación del marco penal en la tentativa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, T. XLVII, fasc. II, 1994
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal*. T. VII, *El delito y su exteriorización*. Ed. Losada, 2.ª ed., Buenos Aires, 1977.
- KAUFMANN, A., «Zum Stand der Lehre vom personales Unrecht», en *Welzel-Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag*. Walter de Gruyter. Berlin, New York, 1974.
- LAURENZO COPELLO, P., *El resultado en Derecho Penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- MORENO-TORRES HERRERA, M. R., *Tentativa de delito y delito irreal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, E./HUERTA TÓCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito (II)*. Ed. Rafael Castellanos. Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, G., en CÓRDOBA/R. MOURULLO/DEL TORO/CASABÓ, *Comentarios al Código Penal*, Tomo II. Ariel, Barcelona, 1972.
- ROMAGNOSI, G. D., *Genesi del Diritto Penale*. 4.ª ed., Tipografia di R. Manzi, Napoli, 1825.
- WOLTER, J., *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*. Strafrechtliche Abhandlungen, Neue Folge, Bd. 40. Duncker & Humblot, Berlin, 1981.

VII. RESOLUCIONES JUDICIALES CITADAS

STS 704/2022, de 11 de julio Pte: A. Del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2022:2832).

STS 177/2018, de 12 de abril, Pte: Colmenero Menéndez de Luarca (ECLI: ES: TS:2018:1328).

SAP Sevilla, 256/2018, Pte: R. Díaz Aroca (ECLI: ES: APSE:2018:1131).

- STS 597/2017, de 24 de julio, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2017:3190).
STS 191/2016, de 8 de marzo, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2016:903).
STS 985/2016, de 11 de enero, Pte: J. Saavedra Ruiz.
STS 830/2015, de 22 de diciembre, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2015:5617).
SAP Madrid (Secc. 2.^a) 629/2015, de 7 de julio. Pte: E. de Urbano Castrillo (ECLI: ES: APM:2015:9823).
STS 112/2015, de 10 febrero, Pte: A. del Moral García (ECLI: ECLI: ES: TS:2015:834).
STS 998/2013, de 19 de diciembre, Pte: J. M. Maza Martín (ECLI: ES: TS:2013:6357).
SAP Sevilla (Secc. 3.^a) 401/2013, de 27 de junio (ECLI: ES: APSE:2013:2112).
STS 292/2012, de 11 de abril, Pte: J. Sánchez Melgar (ECLI: ES: TS:2012:3998).
STS 29/2012, de 18 de enero, Pte: A. Jorge Barreiro (ECLI: ES: TS:2012:397).
STS de 16 de febrero de 2012 (ECLI: ES: TS:2012:1388).
STS 809/2011, de 18 de julio, Pte: L. Varela Castro (ECLI: ES: TS:2011:5111).
STS 1188/2010, de 30 de diciembre, Pte: J. R. Berdugo, (ECLI: ES: TS:2010:7587).
SAP Madrid (Secc. 7.^a) 629/2009, de 27 de julio, Pte: A. A. Acevedo Frías (ECLI: ES: APM:2009:9171).
SAP Tarragona 239/2009, de 4 de junio, Pte: S. Romero Adán (ECLI: ES: APT:2009:401).
STS 79/2009, de 10 de febrero, Pte: J. R. Berdugo (RJ 2009/1541).
STS 716/2008, de 5 de noviembre, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2008/6960).
STS 817/2007, de 15 de octubre, Pte: J. Sánchez Melgar (RJ 2007/6965).
SAP Burgos (Secc. 1.^a), núm. 4/2007, Pte: J. L. Díaz Roldán (JUR 2007/94097).
STS 798/2006, de 14 de julio, Pte: J. Giménez García (RJ 2006/6053).
STS 600/2005, de 10 de mayo, Pte: J. R. Soriano Soriano (RJ 7674).
STS 261/2005, de 28 de febrero, Pte: J. R. Berdugo y Gómez de la Torre.
STS 625/2004, de 14 de mayo, Pte: M. Maza Martín (RJ 2004/3775).
STS 409/2004, de 24 de marzo, Pte: J. Giménez García (RJ 2004/2812).
STS 280/2003, de 28 de febrero, Pte: J. Delgado García (RJ 2003/2258).
STS 366/1999, de 9 marzo, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 1999/2941).
ATS núm. 359/1999, de 4 de abril de 2001, Pte: L. R. Puerta Luis (RJ 2001/8988).
STS 722/1996, de 18 de octubre, Pte: C. Conde-Pumpido Tourón (RJ 1996/7816).

