

ESENCIA DE LA NORMA PENAL Y ANTIJURICIDAD DE LA TENTATIVA

Por D. JOSÉ CARLOS GONZÁLEZ MATEOS
Área de Derecho Penal

SUMARIO

1. INTRODUCCIÓN
2. CONFIGURACIÓN DE LA NORMA PENAL COMO NORMA DE DETERMINACIÓN. LA «TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN»
 - 2.1. CONSECUENCIAS DE CARA A LA FORMULACIÓN DE LA TENTATIVA
3. ¿CONTRADICE LA TENTATIVA LA NORMA DEL DELITO?
4. ANÁLISIS DE LA NORMA RECOGIDA EN EL ART. 16.1 C.P.
 - 4.1. QUÉ PROHÍBE EL ART. 138 C.P. QUE NO ESTÉ PROHIBIDO YA EN EL ART. 16.1 C.P?
 - 4.1.a. ¿Qué añade la norma del art. 138 C.P. a la norma del art. 16.1 C.P.?
 - 4.2. LA NORMA DE LA TENTATIVA COMO «PROHIBICIÓN DE CAUSAR»
 - 4.2.a. ¿Transgrede la «tentativa inidónea» la norma de la tentativa?
 - 4.3. ESTIMACIÓN GLOBAL DEL ART. 16.1 C.P.: RESUMEN DE LAS APRECIACIONES CRÍTICAS
5. LA «TENTATIVA INACABADA»: SÍNTESIS DE SU ANTIJURICIDAD

1. INTRODUCCIÓN

En orden a proteger la vida colectiva del hombre, dentro de la sociedad, el legislador ha dispuesto *prima facie* una serie de normas de comportamiento vinculantes que se conocen comúnmente como normas jurídicas. Y si el Derecho penal se caracteriza formalmente por ser un conjunto de normas jurídicas, importará saber qué naturaleza han de poseer esas normas (su rango jerárquico, cuestión que por estar vinculada al ejercicio del *Ius puniendi* y al *principio de legalidad*, no podemos desarrollar aquí), y qué estructura encierran (aspecto *formal* de la norma, que es el que interesa ahora). Las normas penales no son puros mandatos coactivos, sino exigencias ajustadas al orden colectivo, que apelan a la comprensión por sus destinatarios de su significado racional y reclaman, en ese sentido, su acatamiento civilizado. Unas veces disponen la realización de un comportamiento mediante la ejecución de un actuar positivo «valioso» (*por ejemplo*, la prestación de auxilio en caso de accidente), y otras, prohíben llevar a cabo determinadas conductas disvaliosas (vetando el actuar positivo), porque entrañan la lesión del bien jurídico (*por ejemplo*, matar a otro); en una primera aproximación, entonces, dichas normas consisten, básicamente, en *mandatos* o *prohibiciones*¹, y, estructuralmente, encierran en sí mismas dos momentos esenciales: el *supuesto de hecho* o presupuesto, por un lado, y la *consecuencia jurídica* por otro².

Pues bien, si, en primer término, el Ordenamiento jurídico prescribe cómo debe comportarse el ciudadano, obligándole a omitir una determinada acción

¹ Así, sobre todo, Binding, Karl, *Die Normen und Ihre Übertretung*. t. I, 4.^a ed., Leipzig, 1922, págs. 108 y ss. En su *Handbuch*, (pág. 55), Binding concibió las normas como «puros imperativos» y al Derecho penal, en consecuencia, como Derecho puramente sancionador. Jescheck, H.-H., *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y adiciones de Derecho español, Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), vol. I, Barcelona, 1981, pág. 315, señala que lo más adecuado es contemplar norma y sanción como una unidad típica de toda rama del Derecho (también del Derecho civil y del público), pues existe una correlación recíproca entre ambas partes del precepto; *vid. infra*.

² Terminología que, como nos advierte Rodríguez Devesa, es preferible a la de «precepto» y «sanción» que también ha venido siendo utilizada por la doctrina (*vid. infra*), pues no es del todo correcto entender que el «precepto» está referido sólo a una parte de la ley penal, ya que la ley penal es una unidad en la que el precepto aparece conectado indisolublemente a la sanción (*Derecho penal español. Parte General*, 10.^a ed., Madrid, 1986, pág. 141), además de presuponer, de entrada, el carácter imperativo de la misma, lo que afecta más a su *esencia* que a su forma. Mir Puig, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976 pág. 29, explica cómo toda norma de Derecho, no sólo la jurídico-penal, presenta esos dos aspectos: el *presupuesto* y la *consecuencia*; y que la norma penal expresa, al mismo tiempo, dos preceptos distintos: el primero, dirigido al ciudadano prohibiéndole u ordenándole actuar de determinada forma (*norma primaria*), y el segundo, que está dirigido al Juez conminándole a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho (*norma secundaria*), siendo este último el rango diferencial de las normas penales: el mandato contenido en la *norma secundaria* como deber del Juez de imponer una pena (*por ejemplo*, si una persona mata a otra, el Juez deberá castigarla).

negativa para los bienes jurídicos, o conminándole a realizar una acción positiva concreta, para la preservación de esos mismos bienes; ulteriormente, previene aquél, además, la posibilidad de que los bienes jurídicos que subyacen a las normas entren en colisión entre sí, esto es, que la norma que obliga a comportarse de una determinada manera entrañe, junto con la salvaguarda del bien jurídico por ella protegido, el sacrificio del bien jurídico tutelado por otra norma que, en tal situación, se verá lesionada con la conducta del sujeto. Precisamente para resolver estas situaciones, que pueden darse en la vida real, el Ordenamiento jurídico prevé, junto a las *normas primarias*, o simplemente normas (que adoptan la señalada forma de *mandatos y prohibiciones*), las *normas secundarias* o *autorizaciones*, que prescriben cómo puede o debe comportarse el individuo que se encuentra ante alguna de aquellas situaciones de colisión entre bienes jurídicos, indicándole qué bien jurídico debe salvarse, o, dicho de otra forma, qué bien jurídico, llegado el caso, debe sacrificarse en la resolución del conflicto.

Desde la perspectiva de la norma, su naturaleza y sus relaciones intrasistémicas, el sistema jurídico-penal se caracteriza por establecer, primero cuáles son sus fines regulativos, aquello que no debe acontecer por resultar muy perjudicial para la convivencia (de ahí el refuerzo de la pena), a lo que se denomina *antijuricidad* (penal), y, subsiguientemente, en qué situaciones es precisa la aplicación de una pena (fines de la pena) o *culpabilidad*³.

Sentado que el Ordenamiento jurídico busca crear, mediante las normas, un orden valioso de la vida social, la realización antijurídica del tipo es una conducta que menoscaba este orden valioso. La *antijuricidad* es, en este sentido, un «juicio desvalorativo» de la conducta típica. Dicho «juicio desvalorativo» no corre a cargo de un individuo (pongamos, un Juez), sino que lo realiza el propio Ordenamiento jurídico en cuanto tal. El juzgador, todo lo más, reproduce el juicio de antijuricidad declarado por el Ordenamiento jurídico.

La *antijuricidad* es, pues, el desacuerdo de la acción con las exigencias que impone el derecho para las acciones que se realizan en la vida social. Es el disvalor jurídico que corresponde a la acción a consecuencia de esa divergencia. La *antijuricidad típica*, se dice, es un juicio de valor sobre el comportamiento del autor, sobre sus hechos, a la luz del Ordenamiento jurídico⁴. Se trata de una valoración objetiva, en el sentido de que la valoración objetiva característica del derecho (al derecho sólo le concierne lo que afecta a la convivencia, en este senti-

³ «Todo hecho penal es una acción contraria a la sociedad, por la que el autor, como personalidad, es responsable. Responsabilidad personal (culpabilidad) por un hecho contrario a la sociedad (lo injusto), son los dos componentes fundamentales del delito», advierte Hans Welzel, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por Juan Bustos Ramírez y Sergio Yáñez Pérez, de la 11.ª ed. alemana, 1969), 4.ª ed., 1993, pág. 57.

⁴ Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.ª ed., Barcelona, 1964, pág. 48; quien ya señala que, se habla de la antijuricidad como juicio desvalorativo, en sentido puramente figurado, pues no se trata de una valoración a cargo de un sujeto, sino la objetiva contradicción, de la realización del tipo de una norma prohibitiva, con el Ordenamiento jurídico en su conjunto (pág. 47).

do se emplea aquí el término «objetivo») recae sobre un objeto, es decir, sobre unos hechos exteriores que lesionan o suponen un peligro para los bienes jurídicos (incluida la representación psicológica y de sentido de tales hechos), prescindiendo de toda consideración sobre el sujeto que los ha llevado a cabo. Por ello, la antijuricidad es un *juicio de valor objetivo*, en cuanto se realiza sobre la acción, en base a una escala general, precisamente del orden social jurídico. La antijuricidad es sólo objetiva en el sentido de un juicio valorativo *general*, su objeto, la acción, es, en cambio, una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos⁵. Ese objeto que se valora, la acción, se presenta como una unidad de elementos objetivos (del mundo exterior) y subjetivos (psíquicos).

Siendo la antijuricidad una característica de la acción, la relación que expresa el puro desacuerdo entre orden jurídico y acción, «*lo injusto*» es la acción antijurídica como totalidad, esto es: el objeto más su predicado de valor, la acción misma valorada y declarada antijurídica. «*Lo injusto*» es lo substantivo (*la acción antijurídica*), mientras que la antijuricidad alcanza únicamente al predicado de ese substantivo, es la característica axiológica referida a la acción. La *antijuricidad*, como pura relación entre el objeto (la acción) y el Derecho, es única dentro del Orden jurídico. «*Lo injusto*», en tanto que objeto valorado antijurídico, es, por el contrario, diverso, tan variado como acciones antijurídicas puedan presentarse. En este sentido se afirma que cabe distinguir un injusto específicamente penal (diferente, *por ejemplo*, al injusto característico del derecho civil), pero no una antijuricidad específicamente penal. Además, lo injusto penal presenta como rasgo característico «la adecuación típica», cualidad que no cumple el injusto civil, así, *por ejemplo*, en el Derecho penal, únicamente el delito doloso de daños constituye el injusto típicamente adecuado, mientras que los daños no dolosos, pongamos, «imprudentes» (fortuitos, incluso), constituye, a lo sumo, injusto del derecho civil⁶.

Para la comprobación de la *antijuricidad* penal (o su ausencia) es necesaria siempre la previa comprobación de la tipicidad penal. Sólo cuando el autor ha realizado, objetiva y subjetivamente, la conducta típica de una norma prohibitiva, ha actuado de modo contrario a la norma. Ello es así, porque el tipo de injusto contiene ya la antijuricidad, salvo que sea necesario realizar (dolosamente) un tipo de injusto (*por ejemplo*, un homicidio) para cumplir con un fin superior del Ordenamiento jurídico: supuestos de autorización (*por ejemplo*, la defensa legítima y necesaria). Cuando, en cumplimiento de una autorización, se ha sacrificado un bien jurídico, *se ha realizado el comportamiento prohibido por una norma, pero no se ha actuado antijurídicamente*. En este sentido se afirma que el comportamiento amparado por una causa de justificación, *es típico pero no antijurídico*. En este punto, lo que se quiere subrayar es que no resulta irrelevante,

⁵ Así, Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, op. cit., pág. 48.

⁶ Welzel, Hans, *Derecho Penal. Parte General*, op. cit., págs. 58 s.

cara al mantenimiento de la antijuricidad, la caracterización de la tipicidad como un «escalón» autónomo y prioritario (imprescindible), para la valoración penal.

La *culpabilidad*, por el contrario, es un juicio sobre el autor de ese comportamiento, que requiere comprobar que el autor de la infracción, que ya ha tenido lugar (objetivamente) pudo evitarla (subjektivamente)⁷. Desde el punto de vista que aquí se defiende, la culpabilidad se concibe normativamente como capacidad de responder de los propios actos en base a la capacidad de comprender el significado del acto ilícito (el delito) no evitado, y actuar en consecuencia (*concepto unitario de culpabilidad*). De quien no estuvo en condiciones de comportarse así, se dice que no es culpable; de quien no puede decirse que adoleciera de esos condicionantes de su actuar, se postula que actuó culpablemente. Conserva, aún, la teoría de la culpabilidad finalista, normativa, un reducto psicológico: En la medida en que la culpabilidad se conforma como *la capacidad de motivación por la norma*, lo que no requiere el conocimiento actual de la norma y sí el potencial, será exigible al menos una mínima duda de que se puede estar lesionando el Derecho. Se tratará, por lo demás, de una valoración objetiva, en la que se valora objetivamente lo que el Derecho exige y espera de sus destinatarios, sometiéndolos al mismo baremo objetivo, de manera que, *por ejemplo*, quienes sufrieron el mismo tipo de anomalía psíquica con el mismo grado de incapacidad de comprensión del hecho ilícito que cometieron, son sometidos al mismo régimen exculpativo previsto en el art. 20 de nuestro vigente Cód-

⁷ Un comportamiento puede ser antijurídico pero no culpable, *vid.* así, Mir Puig, S., *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998, pág. 123; el mismo, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, págs. 91 y ss.: «la cuestión de si concurre o no culpabilidad sólo se plantea precisamente una vez que se ha comprobado que concurre la antijuricidad»; además, la culpabilidad no requiere necesariamente voluntad de violar la ley, sino capacidad personal de evitar la lesión de la ley, *vid.* así, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Curso de Iniciación. Parte General (Nociones introductorias. Teoría del delito)*, Madrid, 1996, pág. 340; *vid.*, también Córdoba Roda, Juan, *Culpabilidad y pena*, *op. cit.*, pág. 17, quien recalca en la difusión alcanzada por la teoría finalista en España, y los cambios que dicha teoría introduce en relación a la culpabilidad. Así, de cara a la formulación de la culpabilidad, resultan decisivas las dos mutaciones de índole sistemática propugnadas por la doctrina finalista: por un lado, el concebir la acción de modo final, y el incluir consiguientemente el dolo en el tipo, entendido dicho elemento subjetivo como conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico; y por otro, el considerar el delito culposo o imprudente como una forma particular de infracción, necesitada de un estudio sistemático en buena medida propio e independiente. Como reflejo de estos dos cambios en la ordenación de la estructura del delito, la culpabilidad va a adquirir un nuevo contenido (lo que se pone de manifiesto en aquellas obras de la doctrina española que se basan en la teoría finalista o en los postulados sistemáticos que se basan en ella. «La culpabilidad continúa ciertamente siendo definida, al igual que antes, como el juicio de reproche personal que se formula al agente por haber realizado una acción antijurídica pese a haber podido actuar de modo distinto; pero la relación de requisitos que para un tal juicio se exigen, experimenta una modificación. Dichos requisitos son, en términos generales, los siguientes: a) la imputabilidad del agente; b) el conocimiento de la significación antijurídica del acto, como exigencia intelectual distinta a la representación de la realización del hecho típico (o en términos más exactos, de la parte objetiva de un tal hecho); c) la ausencia de causas de inculpabilidad» (*op. cit.*, págs. 17-18). Con el finalismo, pues, la noción de culpabilidad continúa siendo normativa, la diferencia radica en la atribución de un contenido distinto a la relación de requisitos exigidos para la culpabilidad, como consecuencia de la adopción de una nueva sistemática del delito.

go penal. Es, pues, un juicio que recae sobre la persona que ya ha actuado de forma típicamente antijurídica, esto es, que ha infringido el Ordenamiento jurídico⁸.

Por lo demás, la *culpabilidad* no implica únicamente la imputación de una pena cuando los fines así lo requieran (si así fuese se podría llegar a castigar a inocentes), sino que supone la motivabilidad real de quien realizó ya el injusto. Que, además, se castigue si a la culpabilidad se suma que el hecho de la punición sea necesario conforme a los fines de pacificación social perseguidos por el Derecho penal en Democracia, es algo evidente. La *culpabilidad*, en definitiva, es imputación de la acción que realiza el tipo de injusto al autor de la misma, con lo que el ciclo que pretende describir la teoría del delito se cierra completamente⁹.

2. CONFIGURACIÓN DE LA NORMA PENAL COMO NORMA DE DETERMINACIÓN. LA «TEORÍA DE LA MOTIVACIÓN»

Si la pieza básica con la que contamos para construir el «encofrado» del gran «edificio» del Derecho penal es la norma, la naturaleza y función que a la misma se le otorgue nos facilitará el diseño de las principales estancias de este imaginario edificio, aunque sin condicionar necesariamente la orientación del entramado de su estructura principal¹⁰. Son varias las posibilidades que se ofrecen a

⁸ Para la confirmación de este juicio hará falta, *en primer lugar*, que el autor haya alcanzado el grado suficiente de desarrollo como para comprender el significado de sus actos y actuar conforme a sentido, lo que con el hombre sólo ocurre a partir de cierta edad y no antes (minoría de edad), y, además, que no presente anomalías psíquicas que impidan esa capacidad de comprensión y actuación conforme a sentido a pesar de la mayoría de edad cronológica. *En segundo lugar*, es preciso que el autor no inimputable, es decir, quien no resulte incapaz de culpabilidad por las razones antes citadas, hubiera conocido o hubiera podido conocer que su comportamiento estaba prohibido por la ley (conocimiento de la antijuridicidad). Cuando quien ignoraba que el derecho desaprueba su comportamiento pudo evitar el error o desconocimiento sufrido (*error de prohibición evitable*), podrá experimentar una atenuación de responsabilidad (él no quiso atacar frontalmente el derecho), pero la culpabilidad no se excluye, pues, al fin y al cabo, pudo evitar la lesión del derecho (esencia de la culpabilidad). En cambio, quien no pudo evitar su error o desconocimiento (*error de prohibición inevitable*) no es culpable, ya que quien no pudo evitar el error no pudo evitar, tampoco, la lesión del derecho. Por último, y, *en tercer lugar*, constatada la culpabilidad (como capacidad de culpabilidad), puede todavía quedar excluida excepcionalmente la reprochabilidad (la culpabilidad, primero afirmada, queda después excluida), y, por tanto, la punibilidad allí donde aunque el autor pudo motivarse a respetar el derecho, tuvo capacidad de culpabilidad, actuó en unas condiciones tan adversas que resulta difícil obligarle a actuar de conformidad a derecho, como cuando el autor lesiona bienes jurídicos ajenos porque los suyos propios, de igual valor que los ajenos, estaban en peligro (estado de necesidad disculpante): causas de exclusión de la culpabilidad.

⁹ Guello Contreras, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, 3.ª ed. (en prensa). En cuanto al dolo, *vid. infra.*, es preferible referirlo, elemento subjetivo del tipo doloso y del tipo imprudente, a la representación del tipo objetivo, sin más: *el concepto de dolo debe ser único*, ese modelo único se aplicará, unitariamente, en función de la configuración de los tipos objetivos.

¹⁰ Cfr., en este aspecto, Bacigalupo Zapater, Enrique, *La función del concepto de norma en la dogmática penal*, en «R.F.D.U.C.» (Monográfico 11: Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa), Madrid, 1986, págs. 73 y ss., para quien la función del concepto de norma

la hora de configurar la norma, habiéndose suscitado por parte de la doctrina la discusión acerca de cuál haya de ser la verdadera naturaleza de la norma penal, en el sentido de resolver si ésta ha de concebirse como expresión de un juicio de valor o, por el contrario, como plasmación de un mandato o una prohibición dirigida al ciudadano. Una discusión que —muestra consecuente de su incidencia en los aspectos trascendentales de la teoría del delito— discurre paralela a la controversia suscitada sobre la esencia del propio *injusto* penal¹¹. Dicho con otras palabras: la concepción de la esencia de la *antijuricidad* va a depender decisivamente de la posición que se haya adoptado en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son *normas de valoración* o *de determinación*, o ambas cosas al mismo tiempo.

Cabe entender que la norma se limita a expresar un *juicio de valor*, positivo o negativo, sin imponer ningún imperativo concreto dirigido a su destinatario, con lo que la norma penal únicamente será norma de valoración; por el contrario, si se la interpreta como expresión de un *mandato* o *prohibición* que trata, a modo de imperativo o directivo, de determinar la conducta de su destinatario, la norma penal será norma de determinación¹².

en la dogmática penal es meramente secundaria. Subraya este autor, que: «la estructura del sistema dogmático actual parece no depender del concepto de norma al que hace referencia. El punto de partida del sistema dogmático del delito estaría en la distinción entre ilícito y culpabilidad en forma primaria y en la determinación, luego, de qué aspectos del hecho deben considerarse en el ámbito de lo ilícito y qué otros aspectos son relevantes en la culpabilidad. Se discute si lo ilícito debe agotarse en el desvalor acción o si el desvalor resultado debe jugar algún papel de cara a la gravedad de lo ilícito».

¹¹ Vid. Jescheck, H.-H., *Tratado*, I, *op. cit.*, pág. 213; *vid.*, en el mismo sentido, Silva Sánchez, J. M.^a, *Aproximación al Derecho contemporáneo*, Barcelona, 1992, págs. 334 y ss.; Martínez Escamilla, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992, pág. 54. Según se otorgue preferencia a la norma de valoración, o, por el contrario, a la norma de determinación, el concepto de ilícito aparecerá estructurado preferentemente por elementos objetivos o subjetivos, respectivamente, cfr. Schünemann, Bernd., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (Comp. Schünemann), Madrid, 1991, pág. 75. En el mismo sentido, Sola Reche, Esteban, *La llamada «tentativa imidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996, págs. 101 y ss.

¹² Tradicionalmente, en toda regla penal se distinguen dos partes fundamentales, interrelacionadas entre sí como la premisa y su consecuencia: el «precepto» y la «sanción». El primero generalmente consiste en la descripción esquemática de un hipotético comportamiento humano, que viene a ser el supuesto de hecho mientras que la «sanción» es el castigo que se conecta a ese comportamiento, constituyendo así la consecuencia jurídica. Al respecto, Binding llamó la atención sobre una circunstancia que venía pasando desapercibida: la redacción de los «preceptos» contenida en la ley penal, encierra implícitamente una *prohibición*, aunque la forma de expresar los hechos hipotéticos (el precepto) sea meramente descriptiva. La consecuencia inmediata de su argumento es que el delincuente, en lugar de conculcar la ley penal, conforme a la que es enjuiciado, debe, en todo caso y por el contrario, obrar en conformidad con la primera parte de esa ley, en consonancia con ella (*Die Normen und Strafgesetz*, vol. I, pág. 4). Es decir, que el sujeto, autor de la acción punible, no transgrede la ley con su conducta, sino que «la realiza»: ejecuta una conducta totalmente adaptada al precepto. Por lo tanto, en puridad, el precepto no se ve «infringido» ni es siquiera susceptible de serlo, puesto que de lo que se trata más bien es de una mera descripción que el hombre «cumple», verificando así el supuesto legal. —Lo que el autor sí ha infringido efectivamente con su comportamiento (el objeto de la prohibición, *nota bene*) es lo que está antes y por encima de esa

Quienes fundamentan el injusto desde una perspectiva puramente objetiva (como una lesión o puesta en peligro de los intereses, que, ligados a su vez a acontecimientos, estados, etc., aparecen identificados por las normas como «bienes jurídicos») configuran la norma penal como norma de valoración¹³. En correspondencia, estos autores adoptan una sistemática axiológica en el estudio del delito, y analizan la infracción en base a los dos juicios que se reconocen en ella. De la norma jurídica como proposición que define un «deber ser ideal», se desprende un juicio *objetivo* de desvaloración (el juicio de antijuricidad), y de la concreción de ese deber ser ideal en un «deber de obligación», otro *subjetivo* de reproche (el juicio de culpabilidad). Para que un comportamiento humano pueda ser estimado como constitutivo de delito es preciso, antes que nada, que sea susceptible de ser calificado como desvalioso desde el punto de vista del Derecho, esto es, que sea antijurídico.

El legislador ordena la convivencia humana mediante la constatación por las normas jurídicas de los estados y acontecimientos que se corresponden con el orden por él imaginado para la colectividad y de aquellos otros que se oponen a él. En esta concepción, el Derecho no es sino la suma de los juicios de valor con cuya ayuda se distingue el comportamiento jurídico del antijurídico. Toda norma jurídica es norma objetiva de valoración que permite enjuiciar el actuar del hombre desde la perspectiva del orden comunitario; así pues, la norma penal simboliza la expresión de un juicio de valor, trazando la separación entre lo ilícito penal y lo antijurídico penal¹⁴. Según esta corriente doctrinal, el Derecho no contiene imperativos dirigidos a los particulares. En todo caso, establece únicamente un «deber impersonal» (Mezger), al limitarse a caracterizar como «deseables» o «indeseables» ciertos estados y acontecimientos. El «deber ser» no es, pues, «más que la aplicabilidad de la proposición jurídica al hecho propuesto»¹⁵.

mera descripción: *la prohibición (por ejemplo, no matar)*. Ya Beling escribe que antes que la ley penal, y sobre ella, está la norma [*Lehre vom Verbrechen*, pág. 116; *Esquema de Derecho penal* (trad. castellano por S. Soler), Buenos Aires, 1944, pág. 22]. En este sentido —continúa Binding— la ley que el delincuente ha transgredido, precede conceptual y, casi siempre, temporalmente a la ley que dispone la clase y el modo del enjuiciamiento. Para Carlos Binding, la norma crea lo antijurídico, mientras que la ley crea el delito. Dicho de otra forma: *la norma valora, la ley describe* (*Normen, op. cit.*, pág. 4).

¹³ Vid. Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, págs. 363-364.

¹⁴ Jescheck, H.-H., *Tratado*, I, *op. cit.*, págs. 318 y ss.). En realidad, apenas se defiende esta postura en términos radicales; lo normal es que se llegue sólo a señalar la preferencia del aspecto valorativo sobre el imperativo de la norma penal, pero sin excluir este segundo aspecto. Ello se traduce entonces, en la teoría del delito, en la segregación del injusto y la culpabilidad como ámbitos, respectivamente, de la norma de valoración y la norma de determinación: como norma de valoración la norma penal operaría decidiendo la juricidad o antijuricidad del hecho, valorándolo a través de un juicio despersonalizado, mientras que el aspecto de la norma de determinación entraría en juego sólo para dictaminar la presencia o ausencia de culpabilidad, referente al autor.

¹⁵ Kelsen, Hans, *Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Neudruck Scienta Aalen, 1960, pág. 238; el problema no es tanto una cuestión de obediencia o desobediencia a la norma, sino sólo que la discordancia entre la acción particular con la «acción del Estado» debida, conforma la condición para verificar el juicio de imputación; el mismo, *Teoría pura del Derecho* (trad. castellano por Moisés Nilve), Buenos Aires, 1960, págs. 93 y ss.

Representativos de este planteamiento son en nuestro ámbito doctrinal, Cobo del Rosal y Vives Antón¹⁶, para quienes el injusto lo proporciona la lesión real del bien jurídico, valorada negativamente por el derecho. Siguiendo la teoría de Mezger¹⁷ sobre «la doble función de la norma penal», la norma se presenta, a primera vista, como un juicio acerca de la realidad o, más exactamente, de aquellos sectores de la realidad que adquieren relevancia para la vida social, bien se trate de conductas humanas, bien de simples acontecimientos naturales. Ese juicio califica dichos acontecimientos, estados o acciones, como positivos o negativos, de acuerdo con los fines del Derecho. De estas normas objetivas de valoración se derivan las normas subjetivas de determinación, esto es, las directivas de conducta que dimanarían de ellas. «La norma, como norma objetiva de valoración es la norma de derecho: ella determina el orden de la convivencia y representa la solución de los múltiples conflictos que surgen de la vida en sociedad, según las ideas informadoras del sistema jurídico. La norma de determinación es la norma de deber, que deriva de la calificación jurídica de la situación o estado y obliga personalmente al ciudadano concreto. En este sentido, la norma es relevante para decidir si en la conducta concurre *culpabilidad*, pues el reproche personal en que la culpabilidad consiste sólo puede fundamentarse en la existencia de una obligación de actuar de modo distinto a como se actuó». Según esta doctrina, avala su posición el hecho de que si la norma penal fuese norma de determinación, los incapaces no la vulnerarían, a pesar de haber lesionado, eso sí, el bien jurídico. Sin embargo, de hecho, la norma va dirigida a todos aquellos sujetos a los que afecta su contenido, sin establecer distinciones según la edad, la salud mental o la cultura de sus destinatarios. También los niños, los jóvenes y los enfermos mentales se hallan sometidos a las normas jurídicas (de hecho, lo normal habitualmente es que se motiven por la norma que les afecta); por eso, dentro de las lógicas dificultades, pueden participar en la vida colectiva, y, correlativamente, también, en la práctica, las medidas de seguridad o educativas que el Juez impone al enfermo mental, a un joven, o a un enfermo toxicómano, no son disposiciones de policía que deban combatir una perturbación del orden

¹⁶ *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia, 1996, págs. 244 y ss., sobre todo págs. 250-251, donde explican que la función primordial de las normas no es «motivar», sino efectuar repartos de bienes y valores entre los miembros de la comunidad, protegiendo la distribución resultante, y, sólo secundariamente, motivar a los individuos para que las cumplan. Previamente, advierten una separación entre la consideración de la norma jurídica como «proposición normativa», aspecto éste referido al propio sentido de la norma, y el estudio de su función como «hecho social», cuya dimensión apunta hacia el papel real que juegan las normas jurídicas en la configuración de la comunidad humana. Tras su exposición concluyen que la teoría imperativa no puede explicar ni el sentido de las proposiciones normativas ni la realidad social de las normas. En consecuencia, optan por la sistemática *objetiva*, en la que a la antijuricidad le corresponde el plano del desvalor (el objeto de la tutela) y a la culpabilidad el aspecto imperativo o motivacional de las normas. Para una visión global sobre la historia dogmática, cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo III. El delito, 3.ª ed., Buenos Aires, 1965, págs. 746 y ss.

¹⁷ *Tratado de Derecho penal* [trad. de la 2.ª ed. alemana (1933), y notas de Derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz (2 volúmenes), Madrid, 1949], vol. I, pág. 341, y, en el mismo sentido, también Baumann, J., *Derecho penal*, trad. Finzi, C. A., Buenos Aires, 1973, págs. 267 y ss.

público procedente de un estado peligroso, sino verdaderas sanciones que están necesariamente conectadas a un hecho antijurídico. Que frente al ataque de un menor quepa, en fin, ejercer legítima defensa (con la correspondiente proporcionalidad)¹⁸, no puede significar sino que el suyo es también un comportamiento antijurídico (como cualquier otro que transgrede la norma, *por ejemplo*, del art. 138 C.P.-1995).

Los citados autores, defienden que la norma penal sólo es norma de determinación al llegar al escalón de la culpabilidad, donde esa norma penal, efectivamente lesionada, únicamente se le reprocha a quien pudo motivarse para cumplirla. Sólo allí habrá que preguntar si, y en qué medida, pudo el sujeto dejarse guiar por los juicios de valor contenidos en las proposiciones jurídicas. Así pues, las proposiciones jurídicas nada más constituirán normas de determinación en un sentido mediato, importando para la antijuricidad únicamente su función de valoración¹⁹. Con todo, conviene tener presente que el reconocimiento de tal «doble función» no implica una dualidad de la norma, sino que la norma jurídica, precisamente por ser un juicio de valor, vigente y efectivo, regula la conducta²⁰.

En cambio, la denominada *teoría imperativa* considera a la norma penal como norma de determinación, esto es, como mandato o prohibición dirigida al ciudadano²¹. El Ordenamiento jurídico tiene no sólo una función de valoración, sino también y definitivamente una función de regulación, es decir, que quiere influir en la conformación y preservación de la convivencia humana. Ahora bien, el Ordenamiento jurídico únicamente podrá desarrollar esta tarea, tomando como objeto de referencia el actuar humano orientado a fines, es decir, tiene que dirigirse a la voluntad de los hombres y ordenarles ejecutar las acciones deseadas por él para la obtención de metas jurídicamente valiosas (*mandatos*) o bien la omisión de acciones indeseadas para la evitación de resultados jurídicamente disvaliosos (*prohibiciones*). Atribuida al Ordenamiento jurídico la función de determinación, sus normas sólo pueden ser comprendidas como mandatos y prohibiciones. Ellas son la expresión de la obligatoriedad jurídica del súbdito de la norma a hacer u omitir determinadas acciones²². Las normas, pues, buscan motivar una conducta determinada²³.

¹⁸ Hoy se impone el criterio según el cual contra las agresiones de un imputable no cabe legítima defensa y sí estado de necesidad defensivo, así, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 367.

¹⁹ Jescheck, H.-H., *Tratado*, I, op. cit., pág. 319.

²⁰ Postura que puede mantenerse no sólo desde valoraciones filosóficas vinculadas a la tradición continental, como las de Scheler o Hartmann, que distinguen entre el «deber ser ideal» (idéntico al valor) y el «deber de obligación» o «deber hacer»; sino también, desde las recientes formulaciones post-analíticas; así vid. Toulmin, S. E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964, págs. 62 y ss.

²¹ Vid., por todos, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 364.

²² Kaufmann, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Göttingen, 1954 (trad. castellano por Enrique Bacigalupo y Ernesto Garzón Valdés), Buenos Aires, 1977, págs. 48 y ss.

²³ A este respecto es irrelevante cómo llega la motivación a esta conducta, es decir, de qué manera sea la fundamentación del deber jurídico: coacción, obligación de la conciencia, o el reco-

Estructuralmente, ya se ha dicho, las proposiciones jurídico-penales que asignan penas a delitos se expresan en forma hipotética, no de mandato o prohibición, sin embargo también sabemos ya, con Binding y Mayer, que tras la forma hipotética del precepto penal se encierra una norma imperativa, que obliga a hacer o a omitir. Cuando la ley dice: «el que matare a otro será castigado...» no sólo señala una pena para el caso de que alguien mate, sino que prohíbe matar: esa norma *está prohibiendo matar*.

Aun cuando se reconozca que la norma, desde la perspectiva de sus potenciales destinatarios, contiene a la vez un mandato destinado al ciudadano, *norma primaria* (que le prohíbe u ordena actuar de determinada manera), y otro dirigido al juzgador que ha de aplicarla, *norma secundaria* (que obliga al Juez a aplicar la consecuencia jurídica cuando concurra el supuesto de hecho, por lo que respecto de él es, también, «norma primaria»), reflejando así que el Ordenamiento no desea que se constate la situación de hecho que implica la transgresión de la *norma primaria*, con lo que se admite que la norma, como norma de deber ser social, contiene una determinada *valoración, negativa* del estado creado (o no evitado, *omisión*) con la infracción de la *norma primaria*, o, en sentido inverso, una *valoración positiva* ante su respeto, coincidente con el estado de cosas no alterado (o modificado, *omisión*), como resultado de no haberse infringido la norma primaria, cumpliendo, en este sentido, la norma penal, una *función de valoración* (por cuanto que la norma valora positivamente el estado deseado por el Derecho, y negativamente el no deseado), sin embargo, puesto que la finalidad regulativa del Derecho no se detiene en la norma de valoración, sino que persigue motivar a sus destinatarios, para que actúen en consonancia con ese fin regulativo de la convivencia ciudadana del Derecho, materializado en Democracia a través de normas, cumple fundamentalmente la norma, además de la función valorativa («intrínseca» o «primigenia»), insuficiente, por lo demás, para dar cuenta del propósito con el que ha sido promulgada, a la postre, *la función de determinación del comportamiento del ciudadano*.

Para que la norma pueda determinar la conducta humana, deben considerarse ineludiblemente dos extremos: primero, que la norma ha de tener por objeto acciones, pues, sólo a través de la acción, puede el ser humano comportarse con arreglo a fines; y, segundo, la norma debe de describir de la manera más comprensible que quepa, las acciones conforme a las cuales el destinatario debe adecuar su conducta. Estas son las únicas condiciones conforme a las cua-

nocimiento. Pues para el efecto de regulación de la norma es totalmente indiferente si lo que motiva a la conducta determinada, en su contenido, es la comprensión del valor, el temor a la pena, o, la coacción psicológica o física. Esto será esencial, evidentemente, para el carácter *jurídico* del deber fundamentado; como orden, la norma jurídica comparte, sin embargo, la estructura sustancial con cualquier pretensión de autoridad frente a la voluntad ajena; así Zielinski, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. castellano por Marcelo A. Sancinetti), Buenos Aires, 1990, pág. 134.

les la norma puede motivar al destinatario en orden a una determinada conducta²⁴.

Por eso, decimos «que la norma jurídica es norma de determinación, que aspira a que el ciudadano haga de ella un motivo al que ajustar su comportamiento, pues así se aunarán los fines del Ordenamiento con los fines perseguidos por el ciudadano en su comportamiento social»²⁵.

El Ordenamiento jurídico consiste, desde esta perspectiva, en manifestaciones de voluntad del legislador que reclaman un determinado comportamiento de los partícipes de la comunidad jurídica, y sus normas son prohibiciones de deber ser que deben cumplir los hombres a quienes afectan²⁶. A través de las normas, el Ordenamiento jurídico se propone estimular a los ciudadanos a seguir determinadas pautas de vida. La norma, en este sentido, se configura como un acto de voluntad dirigido a un fin, y el Derecho se constituye en un conjunto de imperativos. Como consecuencia directa, *la antijuricidad se conforma necesariamente con la manifestación de la desobediencia a los mandatos o prohibiciones contenidos en las normas jurídicas*. Así, quienes, de una u otra forma, conciben el injusto como un comportamiento, en sí mismo considerado, entienden que, ya en el injusto, la norma penal es norma de determinación, pues lo que persigue la norma penal es, ante todo, motivar a sus destinatarios a que se abstengan de actuar en orden a la lesión del bien jurídico. En este sentido, la

²⁴ Vid. Zielinski, D., *Disvalor de acción*, op. cit., págs. 134 s., «cuanto más privada de valor sea la norma respecto de su contenido, es decir, cuanto menor sea el nivel de abstracción de su descripción de acción, cuanto más se corresponda el horizonte de comprensión presupuesto para todo destinatario de la norma, al horizonte de comprensión común, tanto mayor será la seguridad de poder alcanzar su meta: motivar inequívocamente a una conducta determinada».

²⁵ Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, 3.ª ed. (en prensa). Hemos advertido que el Ordenamiento jurídico contempla junto a las *normas primarias* (los mandatos y prohibiciones), otras normas (secundarias) que *autorizan* al ciudadano, en la previsión de que se pueda encontrar ante una situación de colisión de bienes jurídicos (con la necesidad de tener que transgredir el mandato de alguna de las normas en liza), a sacrificar uno de ellos, aquél que, en particular, le indique la *norma de autorización*. En cualquier caso, por lo que ahora interesa aquí, es lo cierto que mediante tales normas, recogidas en la ley, se configura un modelo de vida social, ya que son ellas las que se estiman adecuadas, en su generalidad, al respetarse por todos, para que todos, también, cooperen por igual a la vida social pacífica, por lo que, en última instancia, se trata siempre de *normas de comportamiento* (y no de meros estados de hecho).

²⁶ Jescheck señala como fundadores de la teoría de los imperativos a Thon (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, pág. 8) y Bierling (*Juristische Prinzipienlehre*, t. I, pág. 26 y ss.), Tratado, I, op. cit., pág. 319, n.º 19; Cobo del Rosal, Manuel/Vives Antón, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia, 1996, pág. 245, incluyen además, entre los clásicos de la concepción imperativa, a Austin y a von Ferneck, el primero concibió las leyes o reglas como una estructuración de los mandatos (*commands*), entendiendo por mandato aquella ley o regla que obliga *generalmente* a actos o abstenciones de una clase (*Lectures on jurisprudence*, London, 1920, pág. 14). En la formulación de Thon, cada proposición jurídica contiene «un imperativo, un *praceptum legis* o —como hoy diríamos— una norma» (*Rechtsnorm und subjektives Recht*, 1878, pág. 3). Aun cuando esos preceptos no son impuestos ciegamente ni sin finalidad, sino a la vista de determinados intereses de la comunidad (que Thon identifica como cristalizaciones del ideal de vida imperante en ella) y, por lo tanto, son la consecuencia lógica de una valoración previa, ese momento valorativo no pertenece a la norma: la norma se identifica con el mandato o prohibición.

esencia imperativa de la norma penal responde a la función que ésta está destinada a cumplir: la norma penal opera apelando a la *motivación* del ciudadano, amenazándole con el mal de la pena para inclinar su decisión en favor del Derecho y en contra del delito. Será éste el punto de vista que adoptemos al respecto, lo que tendrá su reflejo en el momento de centrar el análisis sobre los comportamientos constitutivos de tentativa. *Partiremos entonces, de la concepción de la norma penal como norma de determinación.*

La concepción imperativa de la norma ha sido desarrollada, en el seno del Derecho penal, por multitud de autores, baste mencionar, como ejemplos más significativos, a Binding²⁷ y Petrocelli²⁸. Entre nosotros, los exponentes más relevantes de esta postura los encontramos en el pensamiento de Gimbernat Ordeig²⁹ y Mir Puig³⁰. Este último destaca que la *norma primaria*, aquella que se dirige al ciudadano prohibiéndole la comisión del delito (*vid. supra*), está destinada a apelar a la motivación del individuo, de tal manera que la amenaza de la pena cumple una función motivadora a través de un imperativo, prohibiendo u ordenando bajo aquella amenaza. No obstante, al imperativo le precederá siempre la valoración negativa de la conducta prohibida u ordenada, pero tal valoración no es más que un momento interno, en el marco del proceso legislativo, mientras que para la efectividad de la norma penal lo decisivo es que se le asigne la virtualidad de un imperativo. Esto es lo que distingue una norma vigente de una valoración jurídica.

Esta corriente doctrinal ha sido conocida comúnmente en nuestro país como «*teoría de la motivación*» —entre cuyos precursores se encuentra el profesor Gimbernat— aludiendo a la exposición del modo en que las normas penales actúan introduciendo «*motivos sensibles*» en el proceso de decisión del destinatario orientados a conseguir disuadirle de que se incline por cometer el delito³¹.

La norma penal contenida, *por ejemplo*, en el art. 138 del Código penal, castiga el comportamiento consistente en haber querido matar y haber matado a alguien, sin causa que lo justifique, pues el legislador no persigue sólo castigar los homicidios que han tenido lugar (no se limita a valorar estados de cosas, como defien-

²⁷ *Die Normen, op. cit.*

²⁸ *L'antigiuridicità*, Padua, 1966, págs. 37 y ss.

²⁹ *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pág. 64.

³⁰ *Introducción a las bases del Derecho penal, op. cit.*, págs. 56 y ss., el mismo, *Derecho penal, Parte General*, 5.ª ed., *op. cit.*, pág. 37; también Muñoz Conde, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1979, págs. 50 y ss. En contra, Rodríguez Mourullo, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, vol. I, Madrid, 1978, pág. 80, reconociendo, no obstante, que la norma es un imperativo, «ante todo» (pág. 324). Cfr. las consideraciones críticas de Bajo Fernández, Miguel, *Algunas observaciones sobre la teoría de la motivación de la norma*, en «Temas Penales», Santiago de Compostela, 1977, págs. 11 y ss.

³¹ Según esta opinión, la incidencia de tales «*motivos*» no tiene lugar normalmente de forma directa sobre la consciencia del sujeto en el momento de su decisión, sino a través de un largo proceso, mucho más complejo, de introyección en la psique del individuo que suele iniciarse en la infancia, mediante los mandatos y prohibiciones de los padres, integrando la constitución del «*súper-yo*»; así, Gimbernat Ordeig, E., *Estudios de Derecho penal, op. cit.*, págs. 64 y ss.; en el mismo sentido, Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal, op. cit.*, pág. 107.

de la concepción objetivista) sino que lo que pretende prioritariamente es prevenir homicidios futuros, por lo que ha de dirigirse, ya, en el injusto, a la capacidad de motivación del destinatario de la norma.

Las consecuencias que se infieren de la *teoría de la motivación (teoría imperativa)*, que se ha seleccionado como baliza de referencia para el desarrollo del presente trabajo, van a ser de capital importancia. En cuanto a la concepción de la pena, pone de manifiesto que ésta cumple primordialmente una *función de prevención*; y respecto a la teoría del delito, conduce a la inclusión del *dolo en el tipo de injusto*³² (*vid. infra*).

En el fondo, con esta discusión, lo que se está poniendo en entredicho es la posibilidad defendida por los objetivistas, de concebir el injusto de una manera puramente objetiva; lo que parece descartable y, con ello, la posibilidad de que una norma jurídica se conforme sólo con valorar un estado de cosas³³. En cambio, la idea de que la norma penal contenga ya un mandato no es incompatible, sino todo lo contrario, con la evidencia de que, previo a todo mandato del legislador, existe un estado de cosas que se quiere mantener, o un estado inexistente que se quiere crear, valorados positivamente por el derecho. Armin Kaufmann³⁴ aporta una explicación muy gráfica de esta relación, señalando que la génesis de toda norma pasa por una serie de escalones: Primeramente, el legislador decide qué bienes han de ser objeto de protección (*primer escalón*); a continuación se valora positivamente todo aquello que conduzca al mantenimiento de tales bienes jurídicos, y se valora negativamente aquello otro que suponga su menoscabo, con independencia de cuál haya sido el origen de la agresión (ya proceda del hombre, ya de cualquier otro agente de la naturaleza, por ejemplo, el rayo que fulmina a una vaca) (*segundo escalón*); y, finalmente, el legislador procede a valorar, positiva o negativamente, comportamientos dominables por el hombre, que favorecen o perjudican la conservación de los bienes jurídicos (*tercer escalón*). Pues bien, es de esta última fase de donde procede la función de determinación de las normas: El derecho prohíbe comportamientos humanos

³² Así lo reconocen los partidarios de la concepción imperativa de la norma, que, sin adoptar necesariamente el concepto finalista de acción, coinciden en afirmar que el dolo pertenece al tipo de injusto (de los delitos dolosos). Cfr. por todos, Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, *op. cit.*, págs. 58 s. Una fundamentación constitucional y un desarrollo de las consecuencias de la teoría de la motivación: Mir Puig, S., *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982, págs. 28 y ss.

³³ Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español*, *op. cit.*, pág. 364. No cabe duda de que la concepción de la esencia de la antijuricidad depende decisivamente de la posición que se adopte en torno a la cuestión de si las proposiciones jurídicas son normas de valoración o normas de determinación, o ambas cosas a la vez.

³⁴ *Teoría de las normas*, *op. cit.*, págs. 90 y ss., *vid. también*: Jescheck, H.-H., *Tratado*, I, *op. cit.*, págs. 320 s. Extendido, a su vez, posteriormente, por Eckhard Horn (*Konkrete Gefährungsdelikte*, Köln, 1973, pág. 77) a la noción de peligro. Ver las apreciaciones sobre la génesis y el significado de las normas, en Maurach, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (Prólogo de Octavio Pérez-Vitoria Moreno; trad. castellano y notas de Derecho español por Juan Córdoba Roda), vol. I, Barcelona, 1962, págs. 258 y ss.

valorados negativamente, porque son aptos para lesionar bienes jurídicos. Ciertamente, el legislador ha de haber meditado previamente el sentido de la norma jurídica y haber valorado como deseable su finalidad antes de promulgarla, pero el «prius lógico» de la norma de valoración no constituye más que una consideración previa en el marco del proceso legislativo, en tanto que para la eficacia de la norma jurídica importa sólo que el legislador le confiera virtualidad de imperativo.

Desde estas premisas, la norma, de esta forma representada, en su proceso de formación, desempeña una función de valoración y una función de determinación al mismo tiempo³⁵. La norma de valoración y la norma de determinación (un segmento de la norma de valoración), al referirse al comportamiento humano, coinciden en esta concepción; algo que no sucede en la concepción objetiva, donde la norma de valoración característica del injusto no coincide con la norma de determinación característica de la culpabilidad: el resultado causado por el hombre de una manera puramente fortuita crea un estado antijurídico; sin embargo, sólo el causado por un comportamiento genuinamente humano, dominable, puede fundamentar la culpabilidad. Resulta preferible, por lo tanto, concebir las normas, en el orden jurídico-penal, como manifestaciones de voluntad del legislador que imponen un determinado comportamiento por parte de sus destinatarios. Es decir, concebir las normas penales como proposiciones de deber ser dirigidas a todos, como «imperativos», sentido en el que, por otra parte, se conciben de hecho por los ciudadanos³⁶. En consecuencia, como veremos más abajo, es misión del Derecho penal determinar en el hombre «un querer objetivamente correcto»³⁷ antes de la comisión de una acción que pueda valorarse como antijurídica. Y aquí reside la principal consecuencia teórica de la concepción imperativa, señalada ya y que ahora nos interesa subrayar, a saber: *que la voluntad de la acción debe constituir el elemento central de la antijuricidad del hecho, pues es la voluntad manifestada opuesta al imperativo del Derecho lo que vulnera el mandato o la prohibición contenidos en la norma*, lo que nos lleva a la trascendental incorporación del *dolo* al tipo de injusto. En un paso más, podemos afirmar que si la antijuricidad se entiende como antinormatividad, esto es, como infracción de la prohibición, el resultado no puede, en conclusión, integrar el contenido de injusto.

Además, si la norma penal, como norma de determinación (desde el injusto), cumple la misión de motivar a sus destinatarios para evitar lesiones típicas de bienes jurídicos, entonces los destinatarios de la norma han de ser ciudadanos potencialmente motivables, esto es, capaces de llevar a cabo actos finales³⁸,

³⁵ Vid. Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español*, op. cit., pág. 364.

³⁶ Jescheck, H.-H., *Tratado*, I, op. cit., pág. 319.

³⁷ Graf Zu Dohna, Alexander, *Rechtswidrigkeit*, op. cit., pág. 150; Bettiol, Giuseppe, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por José León Pagano), Bogotá, 1965 pág. 92 «Il diritto penale fa appello alla volontà individuale».

³⁸ Así, Kaufmann, Armin, *Zum Stunde der Lehre vom personalen Unrecht*, en *Fest. für Welzel*, Berlin-New York, 1974, pág. 67; Gallas, Wilhelm, *Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs*, en *Fest. für Bockelmann*, München, 1979, pág. 156.

quedando refrendado por la propia naturaleza de la norma penal el *concepto final de acción* (como son acciones finalistas las que estructuran la vida de la comunidad, así también lo son las que la lesionan).

La concepción imperativa acabada de exponer, que desde aquí se comparte y de la que nos serviremos para desarrollar el presente estudio sobre la tentativa, resulta confirmada también por el fin de protección de la norma. Si el fin de la norma es la protección de bienes jurídicos que se reflejan en los concretos objetos de la acción, habrán de ser decisivas, para la violación de la norma, la «forma» y la «medida» de la puesta en peligro del objeto de la acción previsto en el tipo. Pues en definitiva, la puesta en peligro depende esencialmente, en su carácter y entidad, del *comportamiento* llevado a cabo por el autor, cuya voluntad era la de lesionar el bien jurídico (eso es «lo peligroso», y es el único peligro que la norma puede tratar de evitar), siempre, claro está, dentro del marco de sus representaciones (volveremos sobre este punto más adelante).

Hoy en día, es comúnmente aceptada la idea de que todo injusto encierra un disvalor-acción³⁹, en contraste con la concepción objetiva tradicional, con la consecuencia de que la norma penal siempre aparecerá configurada como *norma de determinación*, pero, también, que, al mismo tiempo, no se puede prescindir del disvalor-resultado, siendo por tanto, además, *norma de valoración*. Si la posición finalista genuina, fundamenta el injusto, como veremos más abajo con la sola infracción de la norma de determinación (el segmento de aquellos ataques a los bienes jurídicos que tienen lugar a través de comportamientos finales, dominables; lo que en la concepción de Armin Kaufmann, se corresponde con la tentativa acabada), negando que el disvalor-resultado pueda integrarlo, posiciones más atemperadas conceden relevancia al disvalor-resultado reconociendo que también pertenece al injusto la infracción de la norma de determinación que subyace al disvalor-resultado. Así, para Roxin, «mientras que la vulneración de la norma de determinación fundamenta y se agota en el disvalor de acción, abarca la norma de determinación además, también, el resultado, de manera que el delito consumado representa un injusto más grave que la mera tentativa»⁴⁰.

2.1. CONSECUENCIAS DE GARA A LA FORMULACIÓN DE LA TENTATIVA

¿Transgreden la norma penal los supuestos del intento de interrupción de un embarazo inexistente o el disparo al bulto de la cama, por citar los ejemplos más recurrentes que ha venido barajando la doctrina? Desde el punto de vista de la estructura de la norma, ¿dónde reside la «peligrosidad» de estas acciones para el bien jurídico protegi-

³⁹ Así, Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pág. 364; Quintero Olivares, Gonzalo, *Derecho penal, Parte General*, 2.º ed. (con la colaboración de Fermín Morales Prats y J. Miguel Prats Canut), 1992, págs. 300 y ss.; el mismo, «E.P.H.-Antón Oneca», págs. 487 y ss.

⁴⁰ Roxin, Claus, *Derecho penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito* (trad. castellano de la 2.ª ed., alemana, y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal), Madrid, 1997, pág. 200. Sobre los orígenes históricos y la evolución del concepto de norma de determinación/norma de valoración, *vid. op. cit.*, págs. 199 s.

do que justifique su punición? Más aún, ¿existe alguna diferencia entre estos casos y aquellos otros que tampoco pueden producir el resultado nunca? Evidentemente aquí (como en cualquier supuesto de injusto meramente intentado) no podemos hablar de la creación de un estado, lesión efectiva o peligro de lesión, desvalorado, que sirva de base como menoscabo de la norma de valoración, y, en consecuencia, el *quid* de la tentativa no puede residir en la lesión o peligro de lesión del bien jurídico, sino que más bien lo que hay aquí es lo que, en definitiva, está en la raíz de toda tentativa: *un comportamiento humano final dirigido a la lesión o puesta en peligro del objeto de protección*, aunque ni el uno ni el otro se hayan producido realmente. Si la norma penal es reclamo de obediencia dirigido a la voluntad, sabemos que el momento subjetivo de la desobediencia integrará la esencia de la antijuricidad, lo que se hace más evidente, si cabe, en los supuestos de tentativa, como los mencionados, donde falta algún «producto» que pueda ser leído como el resultado desvalorado por la norma (y con ello queda eliminada su posible consideración como norma de valoración).

Por el momento, la primera consecuencia a la que se llega, en coherencia con la concepción imperativa adoptada, es la de que en el centro de toda tentativa debe encontrarse el momento subjetivo fundamental de la desobediencia al mandato que encierra la norma penal: *el dolo*. El dolo denota la voluntad negadora de la prohibición o mandato expresado por la norma penal, que es norma de determinación. Además, en buena lógica, que la infracción de la norma sea intencional o no, ha de tener su correspondiente reflejo en la gravedad de la contradicción con el imperativo que toda norma penal encierra, y no sólo habrá que tener en cuenta la intensidad de la voluntad a la que nos acabamos de referir, sino también el grado de desarrollo que la misma ha alcanzado, esto es, comprobar hasta dónde ha exteriorizado el autor su voluntad rebelde en la transgresión efectiva de la norma respecto a lo que se había propuesto (= las representaciones del autor)⁴¹.

3. ¿CONTRADICE LA TENTATIVA LA NORMA DEL DELITO?

Aun teniendo en cuenta que la tentativa (en su mínima expresión) es una conducta humana no destinada a «agotarse» en sí misma, sino con vocación de evolucionar hacia las formas más perfectas de manifestación del delito (tentativa acabada/consumación) frente a las que constituye, en la realidad, una fase o «escalón» previo (en tanto que manifestación del comportamiento que integra –integrará– *el delito*), el autor de la *tentativa* propiamente dicha («tentativa inacabada») sabe que todavía le quedan pasos por dar para conseguir el resultado representado (como meta final de un proceso aún incompleto), y sabe también el autor que, entre tanto, puede detenerse en su propósito quedándole, en su caminar hacia la realización del injusto, un resto normativo no transgredido aún,

⁴¹ Vid., así Struensee, Eberhard, *Tentativa y dolo*, *op. cit.*, págs. 405 y ss.

un margen de comportamiento (futuro) conforme a la norma que todavía no ha sido lesionado en su plenitud⁴².

Desde la perspectiva de la norma: *¿Qué le dice al autor la norma incriminadora de la tentativa? ¿Establece esa norma alguna distinción en el sentido acabado de señalar? Efectivamente, si analizamos la prohibición incluida en el art. 16.1 C.P. completada por el contenido del art. 62 del mismo código, veremos que la norma examinada condiciona la pena a imponer en función de la prohibición que haya sido desobedecida.*

El art. 16.1 C.P. reza así: «Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.»

Presumiendo que el legislador no desea repetirse, prohibiendo dos veces lo mismo en un mismo precepto, debemos leer que, *hay tentativa*:

- a. «Cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*», sin llegar a agotar la ejecución, es decir, cuando el sujeto ha exteriorizado, de una forma ya interceptable por el Derecho penal (= acto típico de «tentativa inacabada»), el «dolo de causar», pero sin que quepa esperar aún que pueda sobrevenir efectivamente el resultado, y,
 - b. «Cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando *todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado*, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor»; esto es, cuando el sujeto ha exteriorizado plenamente el «dolo de causar» (= «dolo del hecho pleno»).
- Salvo que leamos, en el art. de referencia, que para que puedan ser constitutivos de tentativa, los actos parciales realizados por el autor [«(...) practicando (...) parte de los actos (...)»] deben ser igualmente suficientes en sí para la producción del resultado [«(...) los actos que objetivamente deberían producir el resultado, (...)»], en el sentido de que quepa esperar ya de ellos la

⁴² Cfr. Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo VII, *El delito y su exteriorización*, Buenos Aires, 1970, pág. 449, quien considera con Ottorino Vannini (*Tentativo di reato o reato di tentativo*, en *Rivista penale*, 1914, págs. 605 y ss.; el mismo, *Il problema giuridico del tentativo*, 1943, nueva edición corregida, y aumentada, Milán 1950), que el precepto de la tentativa sólo tiene valor instrumental y no se dirige a los ciudadanos sino, más bien, a los órganos competentes del Estado. «La acción del delincuente, aunque no se perfeccione y no alcance el fin deseado, va siempre dirigida a lesionar completamente el bien protegido, y esa norma es la que el agente transgrede. *El imperativo jurídico es, por tanto, uno*». En cambio, Francesco Alimena, *Contributo alla teoria del conato criminoso*, Roma, 1930, *Estratto del «Digesto italiano»*, vol. XXIII, parte 1), sostiene que el imperativo de la norma de la tentativa tendría por objeto el medio y no el fin, la acción y no el resultado, y podría, en suma, enunciarse así: «no obrar contra el bien X», o «no desarrollar contra el bien X una actividad que pueda destruirlo o ponerlo en peligro.» En el sentido del texto, *vid.* Struensee, E., *Tentativa y dolo*, *op. cit.*, págs. 416 y ss.

lesión efectiva del bien jurídico, lectura con la cual habríamos dejado vacía de contenido la alusión, hecha expresamente por el precepto, a la alternativa «*todos o parte de los actos*», y la concordante atención «al grado de ejecución alcanzado» (del art. 62 C.P.). Sin descartar definitivamente esta interpretación, de momento la vamos a dejar apartada (*vid. infra*: 2. b.)—.

A su vez, el art. 62 C.P. puntualiza que: «A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley para el delito consumado, en la extensión que se estime adecuada, *atendiendo al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado.*»

De donde se deduce que, en realidad:

- a. Hay tentativa cuando el sujeto *da principio* a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, *objetivamente idóneos, y practica sólo alguno de los actos destinados a alcanzar el resultado típico*, porque, aunque sean insuficientes para producirlo (no hay resultado), habida cuenta del grado de ejecución desarrollado (= siquiera mínima exteriorización —«tentativa inacabada»— hasta la máxima exteriorización —«tentativa acabada» pero sin llegar a ella, pues ya no sería «tentativa inacabada»—), resultan, por su naturaleza, peligrosos [«peligro inherente al intento»] (= «tentativa inacabada»), y,
- b. Hay tentativa, también, cuando el sujeto *da principio* a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, *dando cumplimiento a todos los actos que objetivamente, por su idoneidad, deberían producir el resultado típico*, y no obstante éste no se produce por causas ajenas a su voluntad (= «tentativa acabada»). —Aquí se sitúa el límite máximo de penalidad: «pena inferior en un grado a la señalada por la Ley para el delito consumado»—.

En una primera lectura, por lo tanto, en el art. 16.1 C.P. se contiene una norma que, a la vez, le está diciendo al autor no sólo no llesves a cabo comportamientos a los que, por sí, conforme dicta la experiencia, sucedan ya resultados lesivos para los bienes jurídicos, sino que, además, ni tan siquiera los inicies. —Más tarde volveremos a releer el precepto analizado—.

Así pues, ¿es una misma prohibición? La respuesta ha de ser negativa. No transgrede la misma prohibición el autor de la «tentativa acabada» que el de la «tentativa inacabada», aunque una y otra se hallen formuladas conjuntamente en el mismo precepto⁴³. El legislador distingue porque el *disvalor acción* funda-

⁴³ Cfr., en contra, Zielinski, D., *Disvalor de acción y disvalor de resultado*, *op. cit.*, págs. 159-160: «la norma de la consumación no fundamenta ningún deber que no esté ya fundamentado también en la norma de la tentativa. Una norma que no puede obligar a ninguna otra cosa que otra norma, no es ninguna norma al lado de esta otra norma, sino que es justamente esta otra norma, o bien, una parte de ésta, si ella tiene además un ámbito de validez más estrecho. La norma de determinación del delito de la consumación es idéntica a la norma de determinación del delito de la tentativa»; cfr., también en contra, Sola Reche, Esteban, *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, *op. cit.*, pág. 154; cfr. igualmente, de otra opinión, Moreno-Torres Herrera, M.ª Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999, págs. 203-206; cfr., en la misma línea, Farre Trepal, Elena, *La tentativa de deli-*

mentador de lo injusto de los delitos de resultado (*vid. infra*) no está todavía presente en la denominada «tentativa inacabada», al contrario de como si sucede con la «tentativa acabada», cuyo *disvalor acción* constituye el injusto prototípico de los delitos de resultado. —Detengámonos un momento en este punto de la cuestión, que en seguida completaremos—.

Para marcar mejor las diferencias que queremos resaltar, prescindamos por un instante de la norma del art. 16.1 C.P.-1995 (y concordantes): *¿Qué consecuencias acarrearía la realización de un acto insuficiente «per se», por ejemplo para la producción del resultado «muerte de B»?* Veamos: La norma del art. 138 C.P.-1995 contiene, según hemos convenido, un imperativo dirigido al autor prohibiéndole llevar a cabo el comportamiento de «matar a otro», recuérdese: *¡prohibido matar!* En nuestro experimento: los actos realizados... *¿Consisten ya en «matar a B»? ¿Ejecutan la prohibición antedicha?* Sólo pueden integrar el comportamiento prohibido (por la norma del art. 138 C.P.) aquellos actos realizados por el autor de los que quepa esperar la muerte de B. Se hace preciso reproducir ahora el contenido completo de la prohibición contenida en la norma incriminadora del homicidio. Sobre la base de la posición que hemos adoptado ya, el art. 138 C.P. le está diciendo al autor: «no llesves a cabo actos destinados a producir la muerte de otro, hasta el punto de que quepa esperar ya de ellos, conforme a la experiencia, que sobrevenga su muerte, y, además, que la misma se produzca». —Si el autor ha ejecutado un acto sin más, y ahí se detiene su propósito (que iba más allá), por la razón que fuere, aunque aquél tuviera como meta última la realización de «la muerte de B», no cabe afirmar que se haya realizado el pleno *disvalor acción* que encierra el injusto del art. 138 C.P., porque éste sólo existirá cuando pueda sobrevenir ya, en cualquier momento (¡dependerá del azar!) la muerte de B. Si eso ya fuera así, en nuestro ejemplo, por la índole del acto realizado, qué duda cabe de que efectivamente estaríamos ante la realización efectiva de la prohibición de matar. —Hemos encontrado, pues, una posible respuesta a la primera cuestión que nos planteamos: Si no existiera la norma del art. 16.1 C.P. (sin entrar aquí en la distinción, o «doble prohibición» que la misma, ya se dijo, contiene) no se podría reaccionar penalmente ante actos de la

to. *Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986, quien si bien advierte que «el tipo de injusto de la frustración vendría a coincidir con el tipo del delito consumado. En cambio, es posible mantener que la tentativa conforma un tipo de injusto distinto, ya que la misma supone únicamente el dar principio voluntariamente a la ejecución, es decir, el comienzo de las acciones que ponen en peligro directamente al bien jurídico» (*op. cit.*, págs. 55-56); sin embargo, a continuación añade que «no existe diferencia entre la tipicidad de la tentativa y la frustración idóneas e inidóneas, puesto que la prohibición comprende todas aquellas conductas que ex ante son objetivamente peligrosas para el bien jurídico» (*op. cit.*, pág. 56). —Desde nuestro punto de vista, estas opiniones son compartibles sólo en parte—. Admitimos que es idéntica la prohibición (= norma) transgredida por la «tentativa acabada» y la «consumación», puesto que el injusto en uno y otro caso es el mismo; pero no sucede tal con la «tentativa inacabada». En ésta la norma transgredida es otra distinta a la de la «tentativa acabada» (y la «consumación»), aun cuando ambas, «tentativa inacabada» y «tentativa acabada» se encuentren conjuntamente recogidas en un mismo artículo (lo cual, en sí, no tiene el porqué considerarse un error legislativo).

naturaleza acabada de examinar. La norma del art. 138 está penando «lo más»⁴⁴. En otras palabras, es precisa una norma que establezca *la específica prohibición de iniciar el comportamiento prohibido por otra norma*. Son, pues, dos normas, dos prohibiciones distintas: (por el momento, en lo que se refiere a la contraposición propuesta) «una» contenida en el art. 16.1, y otra contenida en el art. 138, ambos del C.P. (inmediatamente volveremos sobre esta cuestión, que dejamos pendiente para analizarla en epígrafe aparte: contrastar las prohibiciones contenidas en los arts. 16.1 y 138 C.P.).

Leamos ahora detenidamente el tenor del art. 16.1 C.P., *¿qué nos dice?* Lo anunciábamos antes: Sucede que el precepto en cuestión contiene dos prohibiciones diferentes, una más extensa que la otra a la que consume. Esta norma prohíbe, a la vez, iniciar el injusto y ejecutar plenamente el injusto⁴⁵. Esto es, prohíbe la «tentativa inacabada» y la «tentativa acabada». De manera que, es fácil de entrever, tampoco podremos prescindir de la primera respecto de la segunda, sobre la consideración del *ejemplo-test* que antes proponíamos: Ahora el experimento consistirá en constatar qué sucedería con la realización de un acto al que todavía no se puede asociar «la muerte de B» (porque, *per se*, no la puede producir), si únicamente dispusiésemos de la norma del art. 138 C.P., y la más amplia de las prohibiciones contenidas en el art. 16.1 C.P.

Brevemente, pues nos sirven para esta prueba las conclusiones extraídas del análisis anterior sobre la no aplicabilidad del art. 138 C.P. al acto que se cuestiona. No podemos aplicar la «segunda norma» contenida en el art. 16.1 C.P., de la «tentativa acabada», a un acto que no constituye por sí mismo la realización de todo aquello que conforma la denominada «tentativa acabada». Un comportamiento de la naturaleza del que estamos examinando precisa, como ya concluimos en la prueba anterior, una norma específica para su incriminación: *la «tentativa inacabada» del art. 16.1 C.P.*⁴⁶.

Si esto es así, *¿para qué tal regulación?* o, mejor dicho, *¿por qué le ha de preocupar al legislador esta clase de comportamientos?* *¿Por qué castigar la tentativa de injusto, teniendo en cuenta que esos mismos actos pueden pasar o pasarán a formar parte del injusto (en el que encajarán, si sigue la ejecución) del delito propuesto, que ya está tipi-*

⁴⁴ Representa el límite máximo del *delito*, esto es: «tentativa acabada» más producción efectiva del resultado (= condición objetiva de punibilidad). A su vez, el «límite máximo» de la «tentativa» (entendida ahora en sentido amplio), está constituido por la realización de aquella misma prohibición (la del delito, en eso, —hemos concluido con la mayoría de la doctrina actual—, coinciden ambas): la «tentativa acabada» (sin resultado). De ahí, «para abajo», es decir, en sentido descendente hasta llegar a las puertas del pensamiento mismo, se extiende la verdadera tentativa, la «tentativa inacabada».

⁴⁵ —No calificaremos en este instante la técnica empleada por el legislador (*vid. infra*)—.

⁴⁶ Podemos esgrimir, además —aunque sin compartíroslos del todo—, aquellos mismos argumentos que expuso, en México, J. Ramón Palacios, *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, México, 1951, pág. 29, al recoger el punto de vista de Bettiol y Vannini: «De lo anterior se desprende que: a) La tentativa requiere, dentro del sistema entronizado por el Derecho penal liberal, una norma específica que prevea esa actividad, para poder ser incriminada; b) La norma de la tentativa es accesoria; sólo

ficado? —La tipificación de la «tentativa inacabada» constituye un control previo, añadido a la tipificación del delito, que deberá establecer el legislador si desea garantizar mejor la protección del bien jurídico. El legislador no sólo no se puede esperar a que se produzca el resultado para ordenar la prohibición (no puede querer prohibir resultados), es que ni tan siquiera se puede esperar a que se verifique por completo el comportamiento que lo daña: puesto que la *tentativa* es un indicio claro de que se va a cometer un delito. («comienzo de ejecución»), *ahí reside su «peligrosidad»*, conviene atajarla: ¡Por eso se pune! Ya tenemos la respuesta a aquella cuestión que también nos planteábamos al principio: *¿Dónde reside la «peligrosidad» de la tentativa?*

Vemos que, por necesidades de protección del bien jurídico, el legislador no puede esperarse a que se produzca efectivamente el resultado lesión, y prohíbe la realización del comportamiento al que asocia el resultado («tentativa acabada»), pero sucede que, en casi todas las ocasiones, eso también podría significar esperar demasiado. Esta prohibición acabada de mencionar no es, por sí, suficiente, porque cuando se ha iniciado un ataque contra el bien jurídico, se ha activado un proceso que, aunque todavía permanezca bajo el control del autor, puede que, en cualquier momento, se le escape de las manos y desencadene la lesión, por la interferencia de factores aleatorios, demás, nunca descartables. El legislador adelanta nuevamente las barreras de punición, ahora hasta el instante del *comienzo de realización del comportamiento prohibido* («tentativa inacabada»): prohibiendo iniciar («comienzo de ejecución») lo prohibido⁴⁷. Del art. 16.1 C.P. resultan dos prohibiciones sucesivas, que se engarzan a través del objeto de la prohibición, «interconectadas» e «interdependientes»⁴⁸, pero diferentes por el momento en el que interviene el legislador con dos imperativos (prohibiciones)

cobra vida al contacto con la norma principal de la que es un grado menor. Es un título de delito autónomo —tentativa, frustración—, pero jamás tiene vida por sí. No hay, pues el «delito de tentativa», sino la tentativa de un delito, por ser el fruto de la combinación de dos normas incriminadoras, una principal y otra secundaria, las cuales dan vida a un nuevo título de delito, el delito tentado, como resume Giuseppe Bettiol, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.ª ed., italiana, por José León Pagano), Bogotá, 1965, págs. 477 y ss., y tal y como acepta la doctrina dominante, c) En nuestro régimen jurídico penal —continúa el Dr. Palacios—, dados los términos en que se encuentran concebidos los arts. 14 y 16 constitucionales (en el caso español, los arts. 9.3 y 25 C.E.), la tentativa, para ser incriminada, debe recibir previsión legal.» —La exigencia de tipicidad de la conducta se extrae de los arts. 9.3 y 25 C.E., donde se formula el principio de legalidad penal.

⁴⁷ En este mismo sentido, algunos autores, para abarcar en la prohibición además del hecho consumado, el intentado, afirman que la norma, más que ordenar «no matar» o «no robar», lo que exige es «no actuar con el fin de matar» o «no actuar con el fin de robar». Recordemos a Pellegrini, *Del Tentativo*, Turín, 1914, parágrafo 17; Delitalia, *Il «fatto» nella teoria generale del reato*, Padua, 1930, pág. 141; Contieri, *Il delitto tentato e le pene accessorie*, en «*Foro penale*», año III, pág. 388; Frisoli, *Tentativo e pene accessorie*, en «*Rivista italiana di Diritto penale*», 1949, pág. 320. Una conclusión que, por lo demás, ya adelantó la doctrina finalista; *vid.*, así, Welzel, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal, op. cit.*, págs. 14 y ss.

⁴⁸ Nótese que la segunda prohibición es «imposible» sin la primera, y que, a la vez, la segunda prohibición se presenta como la meta inmediata de la primera prohibición. De aquí que hablemos, en el texto, de dos prohibiciones «interdependientes» e «interconectadas».

distintos, de tal forma que si el comportamiento se detuviese allí (en el acto «comienzo de ejecución»), habría transgredido la primera prohibición interpuesta, pero aún no la segunda, que, aunque relacionada con la primera (es a la que aquélla va referida), es diferente porque contiene más elementos todavía (la totalidad de la cadena a la que se asocia el resultado del delito al que, a su vez —¡maravillosa técnica legislativa!—, ésta está referida), y, por otra parte, también sabemos que sólo se le puede hacer responder al autor previa previsión de su comportamiento como prohibido.

Por todo ello, debemos prohibirle a «A» que realice un acto que, aunque insuficiente «per se» para producir la muerte de «B», suponga el comienzo de realización de la muerte de «B»: luego, subrayemos, *no es prescindible la prohibición, de la «tentativa inacabada», contenida en el art. 16.1 C.P.*

Todo *injusto* (toda «tentativa acabada») encierra una *tentativa* («tentativa inacabada»), o, dicho mejor, todo delito tuvo, alguna vez, un momento de inicio (tuvo su «comienzo de ejecución»), pero no todo «inicio» terminará siempre en delito (ni en la plena realización del injusto), como tampoco, no todo injusto pleno conllevará siempre la producción del resultado (¡dependerá del azar!), por eso, añadida a la prohibición del injusto del delito (de resultado) debe existir otra norma que prohíba la *tentativa* propiamente dicha («tentativa inacabada»). Si se la quiere frenar, desde luego.

Con este juego de palabras quisiéramos señalar ahora el manantial del que quizá brotan los problemas posteriores: *la «traicionera» regulación del art. 16.1 C.P.*

4. ANÁLISIS DE LA NORMA RECOGIDA EN EL ART. 16.1 C.P.

Hemos adelantado ya, que la norma del art. 16.1 C.P. contiene, en realidad, dos normas distintas, que *una* (la más amplia) consume a la *otra*, pero que son diferentes. Hasta el punto de que si suprimiésemos la primera («tentativa inacabada»), y dejásemos subsistente sólo a la segunda, la más amplia («tentativa acabada»), quedaría un «vacío de prohibición» (*vid. supra*). Entonces, hemos concluido, el art. 16.1 C.P. contiene dos prohibiciones al tiempo.

Volvamos de nuevo a la norma contenida en el art. 16.1 C.P. *¿Es correcta esa regulación si la ponemos en relación, por ejemplo, con la norma del art. 138 C.P.? ¿Ha acertado el legislador? ¿Qué es lo que sobra del art. 16.1 C.P.?* Aunque apuntada más arriba, habíamos dejado (intencionadamente) una cuestión sin resolver todavía: el análisis contrastado, a modo de experimento, del contenido de las normas de los arts. 16.1 y 138 C.P.

4.1. QUÉ PROHÍBE EL ART. 138 C.P. QUE NO ESTÉ PROHIBIDO YA EN EL ART. 16.1 C.P.?

Dicho de otra forma, si el art. 138 C.P. ya prohíbe realizar el comportamiento que desemboca en «la muerte de B», *¿por qué vuelve el legislador a prescribir en el*

art. 16.1 C.P. la prohibición de realizar el comportamiento que conllevará «la muerte de B»?

El gran problema que afrontamos tiene su origen en que el art. 16.1 C.P.-1995 incrimina la tentativa de delito (o de injusto) y algo más. Prohíbe la tentativa propiamente dicha, y la realización plena del injusto (para los delitos de resultado) sin consecución del resultado previsto por la norma correspondiente (el tipo de la Parte Especial referido al bien jurídico, en conexión con el cual habrá que poner su tenor para constatar la concreción del ataque), que es algo conexo con lo anterior (la incriminación de la *tentativa*), pero substancialmente diferente. Porque es muy distinto prohibir lo que, conforme a la experiencia, ya puede producir el resultado, que prohibir lo que es condición necesaria, pero, desde luego, no suficiente, de la lesión del bien jurídico.

Encontramos, así pues, que la norma del art. 16.1 C.P.-1995, por estar referida simultáneamente a dos momentos diferentes de la manifestación del delito, en realidad contiene dos prohibiciones al tiempo. Léase: el «límite mínimo» de la intervención penal (por delito) = *tentativa* (propiamente dicha), que discurre desde el comienzo mismo de ejecución hasta el instante en el que se interpone el último acto que agota la ejecución [por eso hace muy bien el legislador penal en habilitar al juzgador para que se pueda «mover» a lo largo de toda la horquilla que va (en su punto mínimo) desde la pena inferior en dos grados, para la mínima expresión de *tentativa*, incrementándola después (a partir de ahí) en la extensión que sucesivamente corresponda y en el grado, hasta el punto máximo en el que ya no cabe menos que imponer la pena inferior en grado a la fijada por la Ley para el delito consumado, pues, tratándose entonces de la denominada «tentativa acabada», el injusto (faltando aún el *disvalor resultado*) es el mismo que el realizado por el autor del delito], y el «límite máximo» = «tentativa acabada» (= delito sin *disvalor resultado*).

La técnica no es del todo despreciable, aunque puede inducir a error (o, mejor, es lo que quizá ha propiciado la concepción de la tentativa hoy mayoritaria). El legislador, ahora, consciente de que lo injusto del delito es esencialmente un comportamiento que como un *continuum* va *increscendo* desde el comienzo de ejecución (mínimo injusto punible) hasta la plena realización del delito (en lo que está de manos del autor realizar, o interponer, no alcanzando, desde luego, al *disvalor resultado*), lo contempla así, manteniendo un punto de vista siempre «ex ante» («el legislador sólo puede prohibir la realización de conductas, nunca la producción de resultados lesivos»)⁴⁹, en los artículos actualmente dedicados a la «tentativa» (en sentido amplio). Asume de esta forma el legislador, una fundamentación unitaria del delito (= del injusto) muy próxima a la defendida por la doctrina del injusto personal.

⁴⁹ Farre Trepal, E., *La tentativa de delito*, op. cit., pág. 55.

Si partimos nuevamente de la premisa de que el legislador no va a repetir dos veces la misma prohibición, ¿qué añade el art. 138 C.P. a la norma contenida en el art. 16.1 C.P.? Formulemos la pregunta a la inversa, quizá aparezca más claramente la respuesta: ¿Qué le falta a la norma del art. 16.1 C.P., tomemos la prohibición más amplia de las que describe («tentativa acabada»), que esté contenido en el art. 138 C.P.?

4.1.a. ¿Qué añade la norma del art. 138 C.P. a la norma del art. 16.1 C.P.?

A esa norma del art. 16.1 C.P. le falta únicamente lo que, por previsión expresa de la propia norma acabada de citar⁵⁰, no debe estar presente aún para su aplicación, que es lo único que se añade, después, por la norma del art. 138 C.P.: *el resultado* («la muerte de B»). Presupone, así pues, además, la presencia real, «objetiva» del objeto del ataque; esto es, el bien jurídico hacia el cual se despliega la acción. Algo que no se requiere, *esta es una de las diferencias*, en la modalidad de *tentativa* propiamente dicha; pues, en otro caso, no se podría distinguir entre la tentativa y el delito, entre la «tentativa inacabada» y la «tentativa acabada». En ambas falta el *disvalor resultado*. En la segunda, a pesar de haberse realizado plenamente el ataque descrito por la norma del delito; en la primera, porque sólo se comenzó a ejecutar el ataque sin realizar todos los actos («realizando parte de los actos»). —El problema, entonces, radicará en dilucidar cuándo estamos ya ante la tentativa, y cuándo únicamente ante unos actos meramente preparatorios (impunes), por una parte, y, por otra, cuándo nos encontramos definitivamente ante la plena realización del injusto (= «tentativa acabada»); esto es, el problema de la determinación de los extremos de la «tentativa» (en sentido amplio), lo que es tanto como decir la fundamentación de la intervención penal (= lo injusto) y, al mismo tiempo, la intensidad en la reacción de ésta (= la pena).

Parece, pues, que utiliza —plenamente consciente de ello—, el legislador, a la vista de los mandatos explícitos, el *disvalor resultado* como una condición objetiva de punibilidad; léase: para punir por tentativa no debe haberse producido el resultado (lesión efectiva) —entendido desde parámetros de imputación—, art. 16.1 C.P. *in fine*, y para punir, *por ejemplo*, por delito de homicidio consumado, debe haberse verificado «la muerte de B» (art. 138 C.P.). ¿Cabe entender esta sistemática empleada, de otra forma que no sea con la consideración del resultado como una mera condición objetiva de punibilidad?⁵¹

Hemos decidido, adoptando la *concepción imperativa*, que la norma no puede querer prohibir resultados, sino que más bien lo que prohíbe es un comportamiento (aquél al que asocia la lesión del bien jurídico), de manera que el art.

⁵⁰ Según el último inciso del art. 16.1 C.P.: «(...) practicando todos (...) los actos que objetivamente deberían producir *el resultado*, y sin embargo éste *no se produce* por causas independientes de la voluntad del autor.»

⁵¹ *Vid.* en este sentido, ya Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, op. cit., passim.*

138 C.P., en realidad, no está prohibiendo «la muerte de B», sino que *prohíbe matar a B*. Esto mismo viene a corroborar el legislador sirviéndose del resultado de la forma que acabamos de ver. Contradice, sin embargo, el legislador su propia configuración de las normas (como imperativos) y la correcta estructuración que comporta del delito (coherente, en esos puntos, desde la óptica de la *teoría del injusto personal finalista*), con la deficiente asignación de penas que, inexplicablemente, establece, en los correspondientes preceptos del Código (*vid. infra*), para las diferentes conductas que trata de ordenar. Por eso nos preguntábamos antes si, con la regulación vigente, había acertado, o no, el legislador.

Para continuar con nuestro análisis, retomemos también en este instante aquella posible lectura del art. 16.1 C.P. que, en su momento, dejamos apartada: Que sólo habrá tentativa cuando los actos realizados por el sujeto, siquiera aparezcan mínimos en su ejecución externa, sean capaces ya, *objetivamente* (conforme a la experiencia), de producir el resultado del delito. En consecuencia, únicamente devendrá antijurídica la conducta que realice el injusto típico del correspondiente delito de la Parte Especial, quedando fuera de la prohibición los «actos intermedios» entre ese instante (de la realización del injusto), y la previa preparación (por lo general, también impune).

La duda no es del todo absurda, pues según nuestra Real Academia de la Lengua, la «o» utilizada como conjunción, expresa disyunción, para demostrar diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas. Pero, además, también denota idea de equivalencia, significando «o sea», o «lo que es lo mismo»⁵².

El párrafo número dos, del mismo art. 16 C.P., que dispone la impunidad del comportamiento cuando «el sujeto *evite voluntariamente la consumación del delito*», no aclara nada al respecto con las opciones que describe («bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado») como presupuestos para la exención.

Sin embargo, la lectura integrada, *sistemática*, del repetido precepto, nos permite sacar la conclusión, ya sentada más arriba, de que se trata de una norma que engloba, *alternativamente*, dos prohibiciones.

Con otras palabras, y muy sucintamente pues esta objeción únicamente desemboca en el oportuno «tirón de orejas» al legislador por la «capciosa» y compleja técnica empleada, de admitirse tal lectura del art. 16.1 C.P., resultaría que se estarían incriminando en nuestro texto punitivo algunos actos preparatorios, si bien de manera excepcional (*por ejemplo*, conductas como la proposición para cometer homicidio, arts. 17.2; 141 y 138 C.P.), y la realización efectiva del delito (*por ejemplo*, la comisión de un homicidio, con resultado: art. 138 C.P., y sin resultado: art. 16.1 C.P. —con la lectura criticada—), pero no «los actos meramente

⁵² Lamentablemente la traicionera «o» vuelve a aparecer nuevamente en el precepto dedicado al establecimiento de las penas por tentativa, causando allí los mismos estragos que aquí.

exteriorizadores de la *personal* intención criminal» (*por ejemplo*, actos del tipo de los analizados al contrastar las normas de los arts. 138 y 16.1 C.P., *vid. supra*), que deberían permanecer impunes por no transgredir norma alguna. Con el contrasentido de que se estarían puniendo conductas todavía no ejecutivas del injusto, además de la realización efectiva del delito (con y sin resultado), y se dejaría impune, en cambio, el comienzo de ejecución del delito. Ya justificamos en su momento la conveniencia de prohibir, también, esas conductas desde la perspectiva de la protección del bien jurídico.

4.2. LA NORMA DE LA TENTATIVA COMO «PROHIBICIÓN DE CAUSAR»

Adelantemos ya algunas de las cuestiones que serán objeto de un estudio más detenido en una investigación que realizaré más adelante, pero planteadas ahora desde la perspectiva del contenido de la norma: ¿A qué alude el legislador penal con las expresiones «actos que objetivamente deberían producir el resultado»?

Muy probablemente a la *causalidad* (lo estudiaremos *infra*, en los Capítulos IV y V) que es requisito imprescindible del tipo de injusto de los «delitos de resultado». Si lo entendemos así, habrá que volver a formular las definiciones que, en una primera lectura, dimos de la «tentativa», añadiendo esta vez el requisito acabado de descubrir, por cuanto que sólo pueden ser constitutivos de «tentativa» los actos de los que quepa esperar, objetivamente, esto es, conforme a las leyes de la causalidad válidas, la producción efectiva del *resultado*⁵³.

Ahora bien, precisemos que, lo que realmente está diciendo el legislador es que el autor debe haberse representado (por lo tanto, estamos ahora en el aspecto subjetivo del comportamiento: que conforme a nuestro estudio constituirá *dolo*) el nexo causal típico en el momento de dar comienzo a la ejecución, es decir, habrá que retrotraer el momento futuro, aún no acaecido en la realidad, de la puesta en práctica de todas las circunstancias que realizan la ley causal que media entre la acción y el resultado, aquéllas que, conforme a las leyes de la causalidad («objetivamente») «deberían producir el resultado», y por lo tanto, y, con ella, *con la causalidad*, también, el resultado, hasta el momento presente del acto inicial de la *tentativa* (= «dolo de causar»/resultado intencionado, respectivamente).

Con otras palabras, bastará con que el autor lleve a cabo el primer acto, ya de ejecución, con «*dolo de causar*», ni más ni menos, para que haya, como mínimo, «tentativa inacabada», esto es, *tentativa*. Pero tanto la ley causal concreta, como el resultado efectivamente propuesto, están todavía en la mente del autor: ¿*Como meta de la acción!* (Vid. *infra*, El «*disvalor-acción*»/¿*disvalor resultado?* en la *tentativa*).

⁵³ Dejaremos para otra ocasión el alcance de la expresión «resultado» en la definición de tentativa.

Constituyendo el dolo, ya lo sabemos, elemento esencial del injusto, también de la tentativa, sólo aquellos actos realizados con «*dolo de causar*» (= objetivamente idóneos para producir el resultado), podrán integrar *tentativa*. Sobre la base de este requisito del «*dolo de causar*», podemos establecer, pues, un «filtro» fiable que nos permita discernir cuándo, habiendo un «comienzo de ejecución», estamos ante un caso de tentativa, y cuándo no, por cuanto que sólo será punible la «tentativa idónea»⁵⁴ (art. 62 C.P.: «atendiendo al peligro inherente al intento»).

La «tentativa inidónea», sea cual fuere la razón que determine su inidoneidad, y sea cual sea el momento en el que dicha inidoneidad ha surgido, permanecerá impune ¿o no?

Hemos de puntualizar ya que, en tanto en cuanto la norma del art. 16.1 C.P. debe leerse, básicamente, como una «prohibición de causar», cualquier comportamiento que, por sus características, no pueda por sí conducir nunca al resultado típico, no podrá constituir jamás «tentativa» punible; como no lo constituyen tampoco los casos en los que el resultado propuesto no es típico. En suma, para que haya «tentativa» punible, el autor, con su comportamiento, deberá haber transgredido la «prohibición de causar», descrita por la norma del art. 16.1 C.P. Entendida la inidoneidad como la ausencia objetiva de la posibilidad del resultado desvalorado por la norma, la «tentativa inidónea», efectivamente, deberá ser así impune.

El art. 16.1 C.P., exige que el autor acompañe su comienzo de ejecución con el «*dolo de causar*», lo cual acarreará una serie de consecuencias importantes en orden a solventar algunos supuestos tradicionalmente problemáticos de tentativa⁵⁵. —Dejemos este aspecto de la cuestión para otro estudio posterior—. Por el momento, concluyamos que la «tentativa inidónea» no transgrede la norma del art. 16.1 C.P. Ahora bien, esto no significa (todavía) que toda «tentativa inidónea» permanezca, por eso, impune. No hay que perder de vista el tenor del art. 62 C.P.-1995 que gradúa la pena a imponer en función del «*peligro inherente al intento*» y «*el grado de ejecución alcanzado*», pues en él han querido —o debo decir «temido»— ver algunos autores una réplica del controvertido párrafo segundo del derogado art. 52 (C.P.-1973, introducido por Reforma de 1944), a cuyo tenor: la tentativa se debía castigar aun «*en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito*». Sin embargo, lo cierto es que el nuevo art. 62 C.P., sin dejar de ser tan complejo en su redacción como el propio art. 16.1 C.P. (que es el que define qué es «tentativa»), ayuda considerablemente a entender la nueva postura del legislador en la caracterización de lo injusto. A la luz de esa moder-

⁵⁴ Así ya Struensee, E., *Dolo de causar y causalidad putativa*, op. cit., págs. 933 y ss.

⁵⁵ Vid. Struensee, E., *Dolo de causar y causalidad putativa*, op. cit., pág. 943, «ya la sola subsunción de la realidad imaginada en los conceptos del tipo, entre los que se encuentran las leyes causales, divide las acciones que se consideraron subjetivamente idóneas en dos grupos distintos, separando los actos que según su intención son idénticos al tipo subjetivo del delito consumado, de aquellos que se ejecutan persiguiendo llevar a cabo una relación causal no típica» (el subrayado es mío).

na «regla general para la aplicación de las penas» –y sin añadir ningún elemento nuevo (ni extraño)–, el precepto que contempla la definición de la «tentativa», completa su sentido y alcance.

4.2.a. ¿Transgrede la «tentativa inidónea» la norma de la tentativa?

La respuesta, reconozcámoslo, no es sencilla⁵⁶. Hay que precisar primero qué se entiende por «tentativa inidónea», para lo cual, previamente, deberemos haber señalado los elementos que integran *la tentativa (idónea) de delito* (lo que nos permitirá, a su vez, «acotarla» frente a otras manifestaciones del ilícito). La problemática no depende únicamente del tenor de uno o varios preceptos del Código penal, sino que se extiende más allá. Como se puede intuir, la solución dependerá de la concepción que se sustente respecto de la «tentativa» –o, más directamente: si se sustenta, o no, una concepción puramente subjetiva; pues, en los demás casos su punibilidad escapa al injusto y, si se la quiere punir deberá fundamentarse con otros argumentos–, lo que, a su vez, estará en consonancia con una determinada concepción del injusto y del delito. Pero aun resuelta la cuestión jurídica sobre la naturaleza y fundamentación de la «tentativa» (los demás supuestos, por exclusión), quedaría todavía por revisar la necesidad de su punición desde el punto de vista político-criminal.

4.3. ESTIMACIÓN GLOBAL DEL ART. 16.1 C.P.: RESUMEN DE LAS APRECIACIONES CRÍTICAS

Recapitulando, de lo visto hasta ahora, desde el punto de vista normativo, podemos hacer el siguiente balance del art. 16.1 C.P.:

- 1º. Que a pesar de la oscura técnica empleada, en él se recogen, al mismo tiempo, dos normas: *una* que incrimina el comienzo de realización del comportamiento prohibido por otra norma («tentativa inacabada»), y *otra* que incrimina la ejecución plena del mencionado comportamiento («tentativa acabada»).
- 2º. Que, siendo eso así, la norma del art. 16.1 C.P. debe ponerse en relación con la correspondiente norma de la Parte Especial que proscribe el comportamiento específico del que se trate. De donde algunos autores (la opinión más extendida, desde Ernst von Beling) extraen la conclusión de que la tipicidad de *la tentativa* es derivada, pues sólo coordinando ambas nor-

⁵⁶ Vid., un buen ejemplo en Farre Trepal, E., *La tentativa de delito*, op. cit., págs. 277-454; Moreno-Torres Herrera, M.ª R., *Tentativa de delito y delito irreal*, op. cit., págs. 252-300, aunque esta autora niega la existencia misma de la «tentativa inidónea» como categoría jurídico dogmática independiente; Sola Reche, E., *La llamada «tentativa inidónea» de delito*, op. cit., págs. 115-240; vid. también el presente trabajo, *passim* –para nosotros sin duda, se trata más de un «fantasma» que de una realidad, pero quizá deba mantenerse, mejor, que, tratándose de un supuesto (el de la «tentativa inidónea») que no soporta mínimamente el juicio de tipicidad, permanece, por eso, impune; pues la misma negación de su tipicidad juega un papel importante para mantener la necesaria carga de «objetividad» en el concepto de tentativa–.

mas adquiere pleno sentido su prohibición. Sin embargo, tendremos ocasión de comprobar cómo tal «carácter derivado» es sólo aparente, «forzado» por la propia técnica economizadora empleada por el legislador, y huérfano, en cambio, de argumentos de fondo.

- 3º. Que si, *por ejemplo*, ponemos en relación la norma del art. 16.1 C.P. con la norma del art. 138 C.P. (que tipifica el homicidio), encontraremos que, en parte (por lo que se refiere a la «tentativa acabada»), contienen idéntica prohibición. La primera, formulada en genérico, y la segunda, en cuanto al bien jurídico en particular. Sólo añade, la norma de la Parte Especial, el resultado (lesión efectiva del bien jurídico).
- 4º. Que la realización de «todos los actos que objetivamente deberían producir el resultado», no debería denominarse «tentativa», o cuando menos no debería formularse su regulación junto a la auténtica tentativa, pues al autor ya no le queda nada más por hacer para lesionar la norma que prohíbe la realización del delito. Su tipificación conjunta, como en el Código penal vigente, induce a error y dificulta la solución de los «casos fronterizos» de tentativa –nos detendremos en ellos más tarde–. Una complicada (si no deficiente) regulación que, el tenor del art. 15 de nuestro texto punitivo, contribuye a oscurecer cuando afirma, de modo genérico, que únicamente «son punibles el delito consumado y la tentativa de delito».

El art. 16.1 C.P. genera confusión, porque como venimos denunciando, mezcla categorías diferentes, no equiparables, y, para colmo de males, el correlativo art. 62 C.P., si bien arroja un punto de luz sobre la problemática, facilitando definitivamente la lectura de la definición de «tentativa» con el criterio que aporta para distribuir el castigo correspondiente al injusto realizado, debería haber sido más tajante (más directo) al establecer las penalidades de una y otra manifestación del delito, así como al referirse a *ellas*. Aunque no sea más que una pura cuestión de estilo en la redacción del precepto, pues, además de designar con un único apelativo las variadas conductas que refiere⁵⁷ [«A los autores de tentativa de delito (...)»], induciendo así a identificar comportamientos que, sabemos, son diferentes, utiliza, de nuevo, la poco afortunada «o» [«(...) se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados (...), atendiendo (...) al grado de ejecución alcanzado»]⁵⁸. Acierta, sin embargo, en todo lo demás⁵⁹.

⁵⁷ Lo cual, si bien no es del todo incorrecto, pues entendido como un *continuum*, el delito puede seguir estando referido como «tentativa», pero ya impropia, y sin desconocer que (habiendo sido un intento) «ha crecido» lo suficiente como para dejar de llamarle con el nombre «con el que vino al mundo» (de lo real).

⁵⁸ Tal redacción ha dividido a la doctrina penal. Mientras que unos entendemos que la distribución de penalidad consiste en rebajar un grado para la «tentativa acabada» y dos para la «tentativa inacabada» (así, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., *op. cit.*, págs. 340 y ss., también, Figueroa Navarro, M.ª Carmen/Martínez Galindo, Gema, en García Valdés, Carlos (Director)/Valmaña Ochaíta, Silvia/Téllez Aguilera Abel/ /Mestre Delgado, Esteban/Sanz Delgado, Enrique, *Diccionario de Ciencias penales*, Madrid, 2000, pág. 480; en el mismo sentido, aunque tímidamente, Moreno-Torres Herrera, M.ª Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, *op. cit.*, págs. 392-393, sobre la base

Y podemos añadir que, de igual forma que hay una norma que le dice al sujeto «no pongas la comisión de tal o cual delito», aquél del que específicamente se trate (porque así está previsto en la Parte Especial del Código, junto a su regulación en la Parte General, arts. 17 y 18 C.P.) como supuesto de acto preparatorio punible, *por ejemplo*, la norma del art. 141 C.P.-1995, debe haber otra que le diga a ese mismo sujeto «no inicies actos que sean presupuestos necesarios, aunque no suficientes, de posibles lesiones futuras de bienes jurídicos», junto al bien jurídico en cuestión⁶⁰. No es lo mismo prohibir aquello que ya puede producir el resultado, que aquello otro a lo que todavía es preciso añadir algo más para que quepa esperar ya de él la lesión del bien jurídico. Desde el punto de vista de la peligrosidad del comportamiento para el bien jurídico, en este último caso, en su «límite mínimo» (= *tentativa recién iniciada*), *estamos ante una conducta más próxima a la que excepcionalmente incrimina la norma que prohíbe los actos preparatorios, que a la norma que prohíbe la causación de un determinado resultado*, lo que debe reflejarse en la (debida proporcionalidad de la) penalidad correspondiente (desde la consideración del objeto de la prohibición: *el comportamiento del autor*). Mientras que, conforme aquel comportamiento se va a aproximando al «límite máximo» (= «*tentativa acabada*»), se distancia de aquellos otros actos (periféricos al comienzo de ejecución) y se acerca al injusto prototípico del delito, con el consiguiente incremento en la penalidad.

Es deseable, por tanto, una norma que con entidad diferenciada establezca puntualmente la prohibición de realizar determinados actos que sólo pueden leerse como el prolegómeno de la posterior lesión del bien jurídico, tipificando

—que compartimos con esta autora— de que la «*tentativa inacabada*» constituye un ilícito menor al de la «*tentativa acabada*», leyendo, por otra parte, las expresiones «*peligro inherente al intento*» como la confirmación de que la tentativa se mueva en el terreno del mundo real (vale decir, de la tipicidad: objeto de ataque y nexos causales válidos); otros, en cambio, consideran que el amplio arbitrio judicial que impregna el art. 62 C.P. vigente alcanza no sólo a la determinación de la extensión de la pena, sino también a la posibilidad de rebaja del grado de la misma, de manera que la nueva regulación permite la aplicación de la pena inferior en dos grados en supuestos que anteriormente encajaban en el concepto de frustración (de esta opinión, Silva Sánchez, José M.^o, *El nuevo Código penal: Cinco cuestiones fundamentales*, *op. cit.*, pág. 135, *vid. también*, Obregón García, Antonio, *Comentario al art. 62*, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal (EDERSA), tomo III, Madrid, 1999, pág. 741).

⁵⁹ Cfr. la dura crítica a la técnica empleada para el establecimiento de la penalidad de la tentativa, que realiza Polaino Navarrete, Miguel, *Comentario al art. 15*, en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel Cobo del Rosal (EDERSA), tomo I, Madrid, 1999, *op. cit.*, págs. 749-751. Para quien «el proceder legislativo se muestra abiertamente contradictorio en este punto, pues por un lado elimina el anterior grado ejecutivo de la frustración, engrosando el ámbito propio de la tentativa, la cual es configurada positivamente como el único grado ejecutivo imperfecto, y por otro soterradamente asume la división entre tentativa acabada e inacabada, como subgrados integrantes del estadio imperfecto de la tentativa, cuya pretendida inescindibilidad queda en entredicho por mor de la falta de criterio del legislador y de su vaivén regulativo».

⁶⁰ Como ya apuntara también, aunque para descartar tal posibilidad, Farre Trepas, E., *La tentativa de delito*, *op. cit.*, pág. 52, *ad exemplum*: «El que diere principio a la ejecución del homicidio mediante actos externos y, sin embargo, no llegase a consumarlo, por causas ajenas a su voluntad, será castigado con la pena de prisión menor».

junto a las conductas que constituyen el injusto específico de la Parte Especial, el correspondiente comportamiento que, en particular, integra la comúnmente conocida como «tentativa inacabada». Con ello quedarían resueltas gran parte de las cuestiones que, en relación a su proscripción, suscita la figura de la tentativa de delito, porque normativamente se establece ya la posibilidad o no de apreciar tentativa de un determinado delito y, en consecuencia, si merece punición⁶¹. Además de quedar perfectamente delimitados, desde la perspectiva de la norma, los comportamientos que constituyen propiamente *tentativa* (los que transgreden el imperativo correspondiente) frente a los actos preparatorios, que permanecen impunes en términos generales, por un lado, y la realización plena del injusto, la denominada «tentativa acabada», por otro. Un adelantamiento tal de la intervención penal, como el que supone el castigo del delito intentado, merece todas las garantías que conlleva la oportuna tipificación de la conducta.

La «*tentativa acabada*» (o realización del injusto) no plantea esa necesidad pues su núcleo, como hemos venido repitiendo, está constituido por el *disvaloración* del delito de que se trate, al que después se añade el resultado (lesión efectiva) para los delitos de resultado, tal y como aparece regulado ya en la Parte Especial del Código. Recuérdense lo dicho respecto de la norma del art. 138 C.P. por ejemplo, que *prohíbe matar*. ¿Se podría lograr una regulación todavía más perfecta también de la «*tentativa acabada*»? No cabe duda, si el contenido de la norma que tipifica aquello que constituye delito se circunscribe a la descripción de un comportamiento humano final (el esperado por la norma, o el que la misma desea evitar) que agota el injusto típico, todavía sería deseable ponerlo de relieve con una previsión del resultado-lesión como mera condición objetiva de punibilidad por delito consumado que permita, en su caso, graduar la pena, en cuanto a su extensión, dentro de la misma «horquilla» (respetando consideraciones de Política criminal), pero dejando a salvo que el delito (y con él la reacción penal) ya se ha producido antes de que el mismo sobrevenga. Por supuesto, para ello hay que «transformar» la actual asignación de penas en nuestro Código penal. Puesto que la descripción genérica del comportamiento que integra el injusto del delito ya aparece recogida en la norma más amplia del art. 16.1 C.P., el tipo específico de la Parte Especial que lo caracteriza en particular, únicamente aporta la *condición objetiva de punibilidad* por delito consumado de resultado, aquél del que se trate en cada caso.

Retomando la crítica al art. 62 C.P., la ponderación de la penalidad en él prevista, continúa —comparándola con los derogados arts. 51 y 52 C.P.— siendo deficiente, pues, de ejecutarse plenamente el delito (de homicidio) sin que, por for-

⁶¹ Que la aplicación indiscriminada del precepto de la «tentativa» (art. 3 a. r./art. 16.1 n. r., C.P.) a todos y cualesquiera tipos de la Parte Especial, plantea problemas de insatisfacción (= ¿*posible inseguridad?*) en los justiciables, y obliga a revisar, en casación, las resoluciones judiciales, lo podemos deducir de la propia naturaleza de los supuestos que con mayor frecuencia se recurren ante el Tribunal Supremo.

tuna, sobrevenga el resultado («muerte de B»), obliga a rebajar la pena en un grado a la asignada para el caso en que aquél (¡desafortunadamente!) se hubiera producido. Habría sido preferible restringir aquí la graduación de la pena, a la determinación en «la extensión que se estime adecuada», dentro de los mismos límites, según que el delito, manifestado pleno, se haya complementado con (o sin) el resultado.

Lo que nos queda de este análisis es, por tanto, que la verdadera problemática reside, en su mayor parte, en la «tentativa inacabada» que es donde se plantearán los problemas de delimitación y a la que realmente podemos llamar TENTATIVA, cuyo castigo, en último término, se trata de fundamentar aquí (en tanto que la denominada «tentativa acabada» coincide con la realización plena del injusto, lo que justifica sobradamente su punición) (*vid. infra*, 3. *El tipo de injusto personal: el modelo nuclear del delito*). Se puede, no obstante, mantener la nomenclatura hasta ahora utilizada comúnmente por la doctrina, sin que ello afecte al resultado de la presente investigación, de hecho, seguiremos refiriéndonos a la «tentativa» de ese mismo modo (aunque matizando las expresiones); pero conviene subrayar en este instante que la distinción «tentativa inacabada»/«tentativa acabada» puede inducir a error, por cuanto que camufla el abismo que, en realidad, media entre una (*intentar el injusto*) y otra (*realizar el injusto*): la «tentativa inacabada», si se sigue la terminología criticada, vendría a ser, ciertamente, la «tentativa de la tentativa», esto es, intentar una tentativa, lo que genuinamente constituirá TENTATIVA.

5. LA «TENTATIVA INACABADA»: SÍNTESIS DE SU ANTIJURICIDAD

En perfecta correspondencia con la caracterización imperativa de la norma, entendiéndola como norma de determinación de conductas, en el terreno de la antijuricidad lo que la norma prohíbe son conductas activas u omisivas y no meras verificaciones de resultados. Una acción merecerá el calificativo de antijurídica, si transgrede la prohibición establecida normativamente⁶². La *antijuricidad* es siempre la contradicción entre una conducta real y el Ordenamiento jurídico, para lo cual dicha conducta habrá de estar descrita por el tipo penal. Sólo la realización del tipo puede ser antijurídica. La antijuricidad es entendida así como antinormatividad. La infracción de la norma, esto es, la realización de la materia de prohibición, es suficiente para fundamentar lo injusto de la *tentativa*⁶³.

⁶² Welzel, H., *El nuevo sistema del Derecho penal*, *op. cit.*, pág. 47; «tipo es la descripción concreta de la conducta prohibida (del contenido, o de la materia de la norma). La *antijuricidad* es la contradicción de la realización del tipo de una norma prohibitiva con el ordenamiento jurídico en su conjunto».

⁶³ Ahora bien, además, esa transgresión debe haber sido prevista de ese modo en uno de los tipos legales, para que pueda ser merecedora de pena. La acción debe ser típica y antijurídica, como exigencia general para que exista «acción delictiva», para que, a la postre, pueda haber delito.

Siendo decisiva la cadena de las condiciones del resultado, en la distinción del momento de la ejecución («acabada»/«inacabada»), entonces la «tentativa inacabada», cumplida la exigencia de la puesta en práctica del plan delictivo mediante un actuar relevante, típicamente («dolo de causar»), *sin alcanzar la plena realización del injusto proyectado*, sólo puede ser antijurídica si existe una norma que, de modo particular, la prohíbe, pues en ella el autor tiene aún en su mano «la última decisión sobre si realizar el hecho»; es decir, la posibilidad de la causación del resultado (normativamente establecida, conforme a la experiencia), aún no es plena, y, por tanto, aún no se ha realizado la prohibición prototípica del injusto del delito propuesto.

Si el fundamento de punición de la «tentativa acabada» es el fundamento de punición del *injusto* (del delito) mismo, ¿dónde reside la antijuricidad de la *tentativa* («inacabada») *propriadamente dicha*? Armin Kaufmann⁶⁴ y Eberhard Struensee⁶⁵ han sido los autores más destacados a la hora de poner de relieve el déficit de fundamentación de esta figura de imputación penal. Mientras que en tanto que la «tentativa acabada» —cuando el ocurrir de los acontecimientos ya ha salido de las manos del autor y puede producir por sí mismo el resultado que el Derecho penal desea evitar— no ofrece duda sobre la existencia de una norma que le dice al ciudadano que debe abstenerse de hacer aquello que, precisamente por escapar ya a su control, puede suponer la lesión del bien jurídico, en cambio, la «tentativa inacabada», de tener un fundamento de punición, tiene que ser «distinto» al de la «tentativa acabada» ya que, mantener idéntica fundamentación en uno y otro caso —como explica Armin Kaufmann—, sería extender demasiado el fundamento de la «tentativa acabada» (que al finalismo, por las razones expuestas, no le plantea duda alguna), pues estructuralmente es muy distinto prohibir lo que ya puede producir el resultado («tentativa acabada») que prohibir lo que puede ser condición necesaria, pero *no suficiente*, por requerir actos ulteriores que hacen que todo el proceso, de producción del resultado, esté aún bajo control del autor («tentativa inacabada»).

Lo que la *tentativa* («inacabada») sí muestra claramente es que el Derecho penal preventivo no puede limitarse a extender la protección penal de los bienes jurídicos a los actos que suponen ya, inmediatamente, su lesión, y, que para evitar que hasta el último momento, momento en que ya puede ser tarde para reaccionar, el infractor pueda moverse libremente, asegurándose así, en cierto modo, la consecución de su propósito delictivo (cuanto más tarde en entrar en el terreno de lo prohibido, tanto más contundente contra el bien jurídico podrá ser su comportamiento), debe ampliarse el ámbito de lo punible. Es lo que ocu-

⁶⁴ ¿«Atribución objetiva» en el delito doloso? (trad. castellano por Joaquín Cuello Contreras), en «A.D.P.», 1985, tomo XXXVIII, págs. 807-826; *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal* (trad. castellano por Schiffrin) en «N.P.P.», 1975, págs. 159-181.

⁶⁵ *Tentativa y dolo*, *op. cit.*, págs. 405-423; el mismo, *Dolo de causar y causalidad putativa*, *op. cit.*, págs. 933-960.

re con la punición de la tentativa («inacabada»), y, con más cautela, con los actos preparatorios punibles.

Debe existir también una norma que le prohíba al autor llevar a cabo ese comportamiento, en cuyo caso su realización en tanto que transgrede la oportuna prohibición deviene así antijurídica. Consistiendo, como se ha dicho, la antijuricidad en una valoración del Ordenamiento jurídico frente al comportamiento del autor, para que ese momento pueda llegar, previamente, se ha tenido que comprobar si ese comportamiento realiza un tipo penal cuya antijuricidad se predica (pudiendo, según el caso, estar excluida)⁶⁶.

Habiendo establecido el legislador, por ejemplo, la prohibición de matar (art. 138 C.P.), si el autor, con su comportamiento transgresor, no desobedece el completo mandato de la norma, no se puede afirmar todavía que haya transgredido efectivamente esa norma, pues todavía subsiste, en la realidad, un margen de comportamiento conforme a la norma, que no sabemos si, por propia voluntad, el autor llegará a infringir efectivamente⁶⁷, tal y como nos especifica el propio art. 16 C.P. en su párrafo número dos, al describir una de las modalidades de la conducta de desistimiento: «(...) desistiendo de la ejecución ya iniciada». Falta, hasta ese momento, un resto de prohibición todavía no incumplido, hasta alcanzar el punto álgido de la tentativa, al que sigue ya, conforme a la prohibición (así agotada ya), el consabido resultado.

Pues bien, ese comportamiento sólo podrá ser punible si hay otra norma que, previamente, ha establecido *otro imperativo* (*prohibición*, para el ejemplo que se maneja) dirigido a evitar aquel comportamiento transgresor declarándolo antijurídico también. Para que se haya desobedecido la prohibición del homicidio, es preciso que «A» haya llevado a cabo el comportamiento prohibido: «matar a B». Mientras tanto, no se podrá calificar de antijurídica la conducta de «A» en tanto que no constituye (homicidio) la transgresión plena de la prohibición; salvo que exista ya otra norma que, de manera «ante-puesta», le diga también a «A», además, no inicies el comportamiento descrito por la norma que prohíbe el homicidio: no intentes, *tampoco*, «matar a B». Se tratará, por lo demás, de una norma interpuesta para atajar el comportamiento lesivo del bien jurídico, justo en el preciso instante de su ignición, pero que sólo surte efecto en ese instante, e inmediatamente, a partir de ese momento, comienza a desplegar su efecto la prohibición de la norma que describe el comportamiento lesivo, que, de darse efectivamente, será la que definitivamente se aplique. *Objetivamente*, el tipo de la *tentativa* se conformará con un déficit de actuación frente a la «tentativa acabada» (= la completa realización del injusto típico del delito), porque supone un «menor» desarrollo de la acción infractora, o, mejor dicho, porque nos encon-

⁶⁶ Cuello Contreras, J., *El Derecho penal español, op. cit.*, pág. 355.

⁶⁷ Así, expresamente, Mir Puig, Santiago, *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., *op. cit.*, pág. 344, «que el autor haya querido realizar (haya impulsado la realización de) una parte de la ejecución con ánimo de consumación (esto es la tentativa) no prueba todavía que el mismo hubiera mantenido su voluntad hasta llegar a la total ejecución».

tramos aquí ante la realización de unos actos que todavía no completan la acción típica. Como, además, *subjectivamente* sabe, porque así se lo ha representado, el autor, a quien aún le falta algo por hacer para completar el hecho (proyectado). La «tentativa inacabada» se conforma como un *minus* también en el aspecto subjetivo, frente a la «tentativa acabada», aunque *esencialmente* el dolo sea, desde el inicio del comportamiento, «dolo de resultado» («dolo de causar»), como lo seguirá siendo hasta el final del hecho. *Cualitativamente*, la genuina *tentativa* no presenta diferencias en cuanto al dolo específico del injusto del delito de resultado: en el instante del comienzo de ejecución, el autor deberá haberse representado, como meta de su actuar, el resultado al que tiende, debiendo haber abarcado un nexo causal válido, conforme al comportamiento típico. Dejando «aparte» otra norma que, además, prohíbe (¡también!) la realización (plena) subsiguiente del comportamiento al que justo sólo queda sumar el resultado.

En consecuencia, pues, el autor de la «tentativa inacabada» infringe distinta norma que el autor de la «tentativa acabada»: no contraría igualmente la prohibición de matar, el comportamiento que ya puede producir el resultado, que aquél que únicamente supone una condición encaminada a la consecución del resultado muerte, pero insuficiente todavía, por requerir la interposición de unos actos ulteriores que hacen que toda la cadena de causación del resultado esté, aún bajo el control del autor (distinto contenido de injusto). De aquí que el legislador intercale en el art. 16.1 C.P. *otra prohibición*, con la que adelanta las barreras de protección penal, previa a la arquetípica de realizar el injusto del delito, conforme a la que devenga también antijurídica la *tentativa* («inacabada»): el comienzo de ejecución del comportamiento prohibido por la norma que prescribe la realización del delito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIMENA, Francesco, «Contributo alla teoria del conato criminoso», Roma, 1930, estratto del *Digesto italiano*, vol. XXIII, parte 1.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, «La función del concepto de norma en la dogmática penal», en *R.F.D.U.C.* (Monográfico 11: *Estudios de Derecho penal en homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa*), Madrid, 1986, págs. 61 y ss.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal español II: El hecho punible*, Madrid, 1986.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique, *Principios de Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Madrid, 1998.
- BAJO FERNÁNDEZ, Miguel, «Algunas observaciones sobre la Teoría de la motivación de la norma», en *Temas Penales*, Santiago de Compostela, 1977.
- BAUMANN, J., *Derecho penal*, trad. FINZI, C. A., Buenos Aires, 1973.
- BELING, Ernst von, *Lehre vom Verbrechen*, pág. 116; *Esquema de Derecho penal* (trad. castellano por Sebastián SOLER), Buenos Aires, 1944.
- BETTIOL, Giuseppe, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellana de la 4.ª ed., italiana, por José León PAGANO), Bogotá, 1965.

- BINDING, Karl, *Die Normen und Ihre Ubertretung*. t. 1, 4.ª ed., Leipzig, 1922.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan, *Control social y Sistema penal*, 1987.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 4.ª ed., Valencia, 1996.
- COBO DEL ROSAL, Manuel/VIVES ANTÓN, Tomás S., *Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., Valencia, 1990.
- CEREZO MIR, José, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Universidad de Valladolid, Secretariado de publicaciones de la Universidad, 1964.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 6.ª ed., Madrid, 1998.
- CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho penal español. Parte General, II, Teoría jurídica del delito*, 5.ª ed., Madrid, 1996.
- CEREZO MIR, José, «Lo injusto de los delitos dolosos en el Derecho penal español», en *A.D.P.*, 1961.
- CÓRDOBA RODA, Juan, *Culpabilidad y pena*, 1977.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho Penal español. Curso de iniciación. Parte General (Nociones introductorias. Teoría del delito)*, Madrid, 1996.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Curso de iniciación*, 3.ª ed. (en prensa).
- CUELLO CONTRERAS, J., *La conspiración Para cometer el delito (Los actos preparatorios de la participación)*, Barcelona, 1978.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, *Culpabilidad e imprudencia*, Madrid, 1990.
- CUELLO CONTRERAS, J., «Falsas antinomias en la teoría del delito», en *A.D.P.*, 1991.
- CUELLO CONTRERAS, Joaquín, «El estado de la discusión doctrinal en torno al fundamento de la tentativa», en *El nuevo Código penal: presupuestos y fundamentos. Libro-Homenaje al Prof Dr. D. Ángel TORIO LÓPEZ*, Granada, 1999.
- ESER, Albin/BURKHARDT, Björn, *Derecho Penal. Cuestiones fundamentales de la Teoría del Delito sobre la base de casos de sentencias* (trad. castellano por Silvina BACIGALUPO y Manuel CANCIO MELIA), 1995.
- FARRE TREPAT, Elena, *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, Barcelona, 1986.
- FIEDLER, Herbert, *Vorhaben und Versuch im Strafrecht. Über ein Handlungsmodell der strafrechtlichen Versuchslehre*, Baden-Baden, 1967.
- GALLAS, Wilhelm, «Zur Struktur des Strafrechtlichen Unrechtsbegriffs», en *Fest. für Boehlmann*, München, 1979.
- GARCÍA VALDES, Carlos (Director)/VALMAÑA OCHAITA, Silvia/TÉLLEZ AGUILERA Abel/MESTRE DELGADO, Esteban/SANZ DELGADO, Enrique, FIGUEROA NAVARRO, M.ª Carmen/MARTÍNEZ GALINDO, Gema, *Diccionario de Ciencias penales*, Madrid, 2000.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Omisión e imputación objetiva en el Derecho penal*, 1994.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José Manuel, *Teoría jurídica del delito. Derecho penal. Parte General*, Madrid, 1987.
- GONZÁLEZ CUSSAC, José Luis, «Comentario al artículo 62», en *Comentarios al Código penal de 1995*, Coordinados por Tomás S. VIVES ANTÓN, vol. I, Valencia, 1996.

- HORN, Eckhard, *Konkrete Gefährdungsdelikte*, Köln, 1973.
- HUERTA TOCILDO, Susana, *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.
- JAKOBS, Günther, *Derecho penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de la imputación* (trad. castellano, Joaquín CUELLO CONTRERAS y J. Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), 2.ª ed., corregida, Madrid, 1997.
- JAKOBS, G., *Tätervorstellung und objektive Zurechnung* (Gedächtnisschrift für Armin KAUFMANN. Carl Heymanns Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, 1989, págs. 271-288 (trad. castellano, por Carlos J. SUÁREZ GONZÁLEZ), en *A.D.P.*, 1991.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho penal. Parte General* (trad. y adiciones de Derecho español, Santiago MIR PUIG y Francisco MUÑOZ CONDE), 2 vols., Barcelona, 1981.
- JIMÉNEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho penal*, tomo III. *El delito*, 3.ª ed., Buenos Aires, 1965; tomo VII, *El delito y su exteriorización*, Buenos Aires, 1970.
- KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und Totes in Bindings Normenlehre (Normlogik und moderne Strafrechtsdogmatik)*, Göttingen, 1954 (trad. esp. Enrique BACIGALUPO y Ernesto GARZÓN VALDES, Buenos Aires, 1977).
- KAUFMANN, Armin, «Zum Stunde der Lehre vom personalen Unrecht», en *Fest. für Welzel*, Berlin-New York, 1974.
- KAUFMANN, Armin, «Die Dogmatik im Alternativentwurf», en *ZStW*, 80 (1968), págs. 51 y ss.
- KAUFMANN, Armin, «Sobre el estado de la doctrina del injusto personal» (trad. castellano por SCHIFFRIN), en *N.P.P.*, 1975, págs. 159-181.
- KAUFMANN, Armin, «¿"Atribución objetiva" en el delito doloso?» (trad. castellano por Joaquín CUELLO CONTRERAS), en *A.D.P.*, 1985, tomo XXXVIII, págs. 807-826.
- KELSEN, Hans *Teoría pura del Derecho* (trad. castellano por Moisés NILVE), Buenos Aires, 1960.
- KELSEN, Hans, *Hauptprobleme der Strafrechtslehre*, Neudruck Scienta Aalen, 1960.
- LUZÓN PEÑA, Diego Manuel, *Curso de Derecho penal. Parte General*, I, Madrid, 1996.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, *La imputación objetiva del resultado*, Madrid, 1992.
- MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho penal* (Prólogo de Octavio PÉREZ-VITORIA MORENO; trad. castellano y notas de Derecho español por Juan CÓRDOBA RODA), dos volúmenes, Barcelona, 1962.
- MEZGER *Tratado de Derecho penal* [trad. de la 2.ª ed. alemana (1933), y notas de Derecho español por José Arturo RODRÍGUEZ MUÑOZ], vol. I, Madrid, 1949 [trad. y notas QUINTANO RÍPOLLES], vol. II, 3.ª ed., Madrid, 1957.
- MIR PUIG, Santiago, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2.ª ed., Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S., *Derecho penal. Parte General*, 5.ª ed., Barcelona, 1998.
- MIR PUIG, Santiago, *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona, 1976.
- MIR PUIG, Santiago, «Sobre lo objetivo y lo subjetivo en el injusto», en *A.D.P.*, 1988.
- MIR PUIG, Santiago, «Los términos "delito" y "falta" en el Código penal», en *A.D.P.*, 1973.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.ª Rosa, *Tentativa de delito y delito irreal*, Valencia, 1999.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1979.

- OBREGÓN GARCÍA, Antonio, «Comentario al artículo 62», en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL (EDERSA), tomo III, Madrid, 1999.
- OCTAVIO DE TOLEDO y UBIETO, Emilio/HUERTA TOCILDO, Susana, *Derecho penal. Parte General. Teoría jurídica del delito*, 2.ª ed., Madrid, 1986.
- PALACIOS, J. Ramón, *La tentativa. El mínimo de ilicitud penal*, México, 1951.
- PELLEGRINI, *Del Tentativo*, Turin, 1914.
- PETROCELLI, Biagio, *Lantiggiuridicilci*, Padua, 1966.
- POLAINO NAVARRETE, Miguel, «Comentario al artículo 15», en *Comentarios al Código penal*, dirigidos por Manuel COBO DEL ROSAL (EDERSA), tomo I, Madrid, 1999.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, *Derecho penal, Parte General*, 2.ª ed. (con la colaboración de Fermín MORALES PRATS y J. Miguel PRATS CANUT), 1992.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo, «Acto, resultado y proporcionalidad. Aportación a la Reforma del Código Penal español», en *EPH-Antón Oneca*, págs. 483 y ss.
- RODRÍGUEZ DEVESA, José María, *Derecho penal español. Parte General*, 10.ª ed. (revisada y puesta al día por Alfonso SERRANO Gómez), Madrid, 1986.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, «La punición de los actos preparatorios», *A.D.P.*, 1968.
- RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Derecho penal. Parte General*, vol. I, Madrid, 1978.
- RODRÍGUEZ MUÑOZ, José Arturo, *La doctrina de la acción finalista*, 2.ª ed., Valencia, 1978.
- RODRÍGUEZ RAMOS, Luis, *Compendio de Derecho penal. Parte general*, Madrid, 1988.
- ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la Teoría del delito* (trad. castellano de la 2.ª ed., alemana, y notas por Diego-Manuel LUZÓN PEÑA, Miguel DÍAZ y GARCÍA CONLLEDO, Javier DE VICENTE REMESAL), Madrid, 1997.
- RUDOLPH Hans-Joachim/HORN, Eckhard/SAMSON, Erich, *Systematischer Kommentar zum StGB, Band I, Allgemeiner Teil*, 5.ª ed., Berlin, 1990.
- SAINZ CANTERO, José Antonio, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*, 3.ª ed., 1990.
- SAUER *Derecho penal. Parte General* [trad. José CEREZO MIR y Juan DEL ROSAL], Barcelona, 1956.
- SCHÜNEMANN, Bernd., «Introducción al razonamiento sistemático en Derecho penal», en *El sistema moderno del Derecho penal. cuestiones fundamentales* (Comp. SCWNEMANN), Madrid, 1991, págs. 31 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, José María, *Aproximación al Derecho contemporáneo*, Barcelona, 1992.
- SILVA SÁNCHEZ, José María, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997.
- SOLA RECHE, Esteban, *La llamada «tentativa inidónea» de delito. Aspectos básicos*, Granada, 1996.
- STRAITENWERTH, Günter, *Acción y resultado en Derecho penal* (trad. castellano de Marcelo A. SANCINETTI y Patricia S. ZIFFER), Buenos Aires, 1991.
- STRUENSEE, Eberhard, «Tentativa y dolo» (trad. castellano por José Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), en *C.P.Cr.*, 1989, págs. 405-423.
- STRUENSEE, Eberhard, «Atribución objetiva e imprudencia» (trad. castellano por José Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), en *C.P.Cr.*, 1991, n.º XLIV, págs. 449-458.
- STRUENSEE, E., «Der subjektive Tatbestand des fahrlässigen Delikts», en *J.Z.*, 1987 (trad. castellano, Joaquín CUELLO CONTRERAS, en *A.D.P.*, 1987).

- STRUENSEE, Eberhard, «Dolo de causar y causalidad putativa» (trad. castellano por José Luis SERRANO-GONZÁLEZ DE MURILLO), en *A.D.P.*, 1990, págs. 933-960.
- SCHUMANN, Heribert, *Zur Wiederbelebung des «voluntativen» Vorsatzelements durch den BGHzugleich Anmerkung zu dem Urteil des BGH vom 15.11.1987*, 3, «StR», 449187, en *Juristenzeitung*, 1989.
- TORIO LÓPEZ, Ángel, «Naturaleza y ámbito de la Teoría de la imputación objetiva», en *A.D.P.*, 1986.
- TOULMIN, S. E., *El puesto de la razón en la ética*, Madrid, 1964.
- VANNINI, Ottorino, «Tentativo di reato o reato di tentativo», en *Rivista penale*, 1914.
- VANNINI, Ottorino, *Il problema giuridico del tentativo*, 1943 (nueva edición corregida y aumentada, Milán, 1950).
- WELZEL, Hans, *Abhandlungen zum Strafrecht und zur Rechtsphilosophie*, Berlin, 1975.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por Carlos FONTÁN BALESTRA), Buenos Aires, 1956.
- WELZEL, Hans, *Derecho penal. Parte General* (trad. castellano por Juan BUSTOS RAMÍREZ y Sergio YÁÑEZ PÉREZ, de la 11.ª ed., alemana, 1969), 4.ª ed., 1993.
- WELZEL, Hans, *El nuevo sistema del Derecho penal. Una introducción a la doctrina de la acción finalista*, 4.ª ed., (trad. castellano y notas de José CEREZO MIR, de la 4.ª ed., alemana, 1960), Barcelona, 1964.
- WOLTER, Jürgen, «Imputación objetiva y personal a título de injusto. A la vez, una contribución al estudio de la "aberratio ictus"», en *El sistema moderno del Derecho penal: cuestiones fundamentales* (comp. SCHÜNEMAN), Madrid, 1971, págs. 108.
- ZIELINSKI, Diethart, *Disvalor de acción y disvalor de resultado en el concepto de ilícito. Análisis de la estructura de la fundamentación y exclusión del ilícito* (trad. castellano por Marcelo A. SANCINETTI), Buenos Aires, 1990.