

Formas imperfectas de ejecución.

Especial consideración a la tentativa inidónea, delito imposible, tentativa irreal y delito putativa.

Samuel Guerrero Campos

BARCELONA, MARZO 2014

Abstract

El Derecho Penal es el instrumento legal del que se dota el Estado para hacer frente a las actuaciones que suponen un quebranto al orden establecido por atentar frente a los bienes jurídico protegidos, exigencia que deriva de la normal y deseable convivencia en sociedad. Este criterio puede sostenerse tanto desde el punto de vista que configura los fines de la pena del Derecho Penal desde una perspectiva de prevención general, especial o incluso retributiva. Así, si bien es cierto que, ab initio, puede sostenerse que el fin perseguido por el autor del hecho criminal viene guiado por conseguir el propósito de la conducta criminal, no lo es menos que existen supuestos en los que el autor no logrará alcanzar el propósito perseguido y ello no obedecerá a su propia voluntad. En estos casos nos encontraremos ante las denominadas formas imperfectas. En el presente estudio nos proponemos abordar el fenómeno de las formas imperfectas de ejecución o formas de ejecución imperfecta; partiendo de los posicionamientos jurídicos y doctrinales clásicos, así como al parecer de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español por cuanto, aún no habiéndose consumado el hecho delictivo, debe entenderse que se ha colocado en una situación de riesgo relevante al bien tutelado por el ordenamiento, por lo que igualmente la conducta merece el reproche punitivo.

Palabras clave: Derecho Penal, consumación, formas imperfectas de ejecución, tentativa, riesgo.

Sumario

1. Introducción
2. Contexto histórico normativo de las formas imperfectas de ejecución
 - 2.1. El Código Penal de 1822
 - 2.2. El Código Penal de 1848 y el Código Penal de 1870
 - 2.3. La Ley de Vagos y Maleantes de 1933
 - 2.4. El Código Penal de 1973
3. La tentativa en el Código Penal vigente
 - 3.1. El artículo 15 del Código Penal de 1995
 - 3.2. El artículo 16 del Código Penal de 1995
 - 3.3. El artículo 62 del Código Penal de 1995
 - 3.4. Concepto doctrinal de tentativa
 - 3.5. Concepto jurisprudencial de tentativa
 - 3.6. La tentativa acabada y la tentativa inacabada.
4. Supuestos concretos de tentativa.
 - 4.1. Tentativa inidónea.
 - 4.2. Delito imposible
 - 4.3. Tentativa irreal
 - 4.4. Delito putativo

1. Introducción

Un primer punto de partida; sin perjuicio de su ulterior desarrollo, nos lleva a definir el delito como la realización en el mundo exterior del tipo previsto penalmente y que, en ausencia de otros condicionantes externos –que no voluntariosos del sujeto activo–, debiera comportar la realización del hecho criminal por el que nuestro ordenamiento jurídico sanciona a dicha conducta. Sentando pues la definición anterior, un acercamiento a las “formas imperfectas de ejecución” nos lleva a configurarlas como aquellas figuras previstas por la Norma que comprenden supuestos en los que no llega a materializarse la consumación del delito.

Como tendrá ocasión de exponerse a lo largo del trabajo, ello puede venir provocado tanto por no haberse llegado a ejecutar todos los actos propios del tipo penal, como por el hecho de no haber conseguido la consumación del delito aún habiéndose realizado todos los elementos del tipo objetivo.

No obstante lo cual, debe indicarse que el tratamiento normativo que han merecido las formas imperfectas de ejecución hasta el momento que nos ocupa no ha sido uniforme en nuestro ordenamiento. Antes al contrario, su previsión actual es el fruto de una larga evolución en la técnica legislativa sobre la que podemos adelantar la aparición y posterior desaparición de dualidades pretéritas, así como el abrazo a nuevas figuras derivadas del instituto que pervive; y todo ello bajo el paraguas común de sancionar conductas que, sin llegar a suponer la materialización del hecho tipo, comportan un alto grado de riesgo o peligrosidad que, en cualquier caso, merece el reproche del Derecho Penal.

La evolución en el Código Penal Español –en lo sucesivo CP– durante el Siglo XIX ha sido diversa, por lo que entendemos que el presente trabajo merece comenzar por abordar los inicios de los textos legislativos de ese siglo, comenzando por el CP de 1822, para poner sobre la mesa el desarrollo legislativo durante ese periodo hasta la actualidad.

Finalmente nos centraremos en la actual regulación de la tentativa y los supuestos fenomenológicos reconocidos por parte de la doctrina y jurisprudencia.

2. Contexto Normativo de las formas imperfectas de ejecución.

El análisis que sucede pretende que el lector tome conciencia de la evolución legislativa sufrida por nuestros Códigos Penales a través de la historia para, con ello, comprender cuál ha sido el desarrollo de la institución a lo largo de los tiempos.

Para ello nos proponemos abordar los textos normativos que figuran a continuación: Código

Penal de 1822, Código Penal de 1822, Código Penal de 1848, Código Penal de 1870, La Ley de Vagos y Maleantes de 1933, y el Código Penal de 1973.

2.1. El Código Penal de 1822

El Código Penal de 1822 establece la siguiente redacción en su artículo número 5º:

“La tentativa de un delito es la manifestación del designio de delinquir, hecha por medio de algún acto exterior que dé principio á la ejecución del delito ó la prepare.”

Conviene parar la atención en este punto sobre los siguientes aspectos que se extraen de la dicción literal del texto:

- El CP de 1822 establece en su redacción el germen delictivo que preside al sujeto activo con la expresión “manifestación del designio de delinquir”.
- La manifestación del designio de delinquir ha de rebasar el campo de la mente del autor y debe exteriorizarse mediante actos exteriores -literalmente “acto exterior”- que comporten el inicio de actividades ejecutivas del delito o bien lo preparen.

Por su parte, el artículo 7º del CP de 1822 venía a consagrar la punibilidad de la tentativa siempre que no se hubiera desistido de la misma o bien cuando no hubiera surtido efecto como consecuencia de alguna “casualidad” u otra circunstancia ajena a la voluntad del sujeto activo; salvo que la Ley estableciera un criterio distinto.

La pena a imponer podía comprender desde la cuarta parte a la mitad de aquélla que correspondiera imponer por la comisión del delito; estableciendo además que si los actos que se hubieran llevado a cabo para preparar o empezar el delito -ex artículo 5- tuvieran aparejada alguna pena, también serían punibles por sí mismos.

Como complemento a la disposición anterior, el artículo 8 del CP de 1822 establecía la exención de responsabilidad para el autor que, proponiéndose la ejecución de un delito, desistiera voluntariamente de él. No obstante lo anterior, establecía el texto que si la ley así lo disponía, serían castigados los actos que se hubieran llevado a cabo para preparar o empezar la ejecución del delito principal.

Finalmente, el artículo 9 venía a consagrar expresamente la exención de pena derivada de los pensamientos o ideas. Con ello se acogía la máxima “**cogitationis poenam nemo patitur**”

Artículo 9:

“El pensamiento y la resolución de delinquir, cuando todavía no se ha cometido ningún acto para preparar ó empezar la ejecución del delito, no están sujetos á pena alguna; salva la vigilancia especial de las autoridades en los casos que determine la ley.”

2.2. Los Códigos Penales de 1848 y 1870

En el mismo Siglo se promulgaron dos Códigos Penales más; en 1848 y 1870. A los efectos que ahora nos ocupan, éstos supusieron la entrada en el terreno normativo de unas disposiciones que comportaron la bicefalia de las formas imperfectas de ejecución mediante la previsión de la frustración y la tentativa.

Su análisis será abordado conjuntamente dado lo coincidente en la regulación; salvedad hecha de la indicación a los artículos que los regulan, que tal y como podrá apreciarse, excepto en su previsión general, comprenden preceptos distintos.

Así, en primer término, tanto el artículo 3 del CP de 1848 como el de 1870 sientan la punición de los delitos consumados, de los frustrados y de la tentativa, fijando qué deba entenderse por cada una de estas dos instituciones.

Se establece que:

“Son punibles, no solo el delito consumado, sino el frustrado y la tentativa.

Hay delito frustrado cuando el culpable, á pesar de haber hecho cuanto estaba de su parte para consumarlo, no logra su mal propósito por causas independientes de su voluntad.

Hay tentativa cuando el culpable da principio á la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, y no prosigue en ella por cualquiera causa ó accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento”

En este estado de cosas, debía entenderse que nos encontrábamos ante un delito frustrado cuando el sujeto activo del ilícito penal llevaba a cabo todos y cada uno de los elementos propios del tipo; objetivos y subjetivos, mas sin embargo, no lograba el propósito perseguido en su actuación criminal, y ello por causas ajenas a su libre voluntad de desistir en el delito.

Por otro lado, debíamos atender a la tentativa del delito como la institución resultante de que el autor del hecho criminal hubiera dado comienzo a ejecutar los elementos que configuraban el tipo y el resultado no se hubiera producido ni por su libre voluntad ni por cualquier otra causa o accidente.

En términos aproximativos; por tanto, el rasgo diferencial entre la frustración y la tentativa pivotaba respecto de la realización de todos los elementos del tipo penal, en cuyo caso nos situaríamos ante una frustración, o bien respecto de la realización de algunos de los elementos del tipo -no todos-.

Continuando con la regulación establecida, el artículo 60 del CP 1848, que encuentra su reflejo en el artículo 56 del CP 1870, se venía a consagrar el principio de legalidad en materia de las penas al establecer que a los autores de un delito o falta se les impondría la pena que para el delito o falta se hallase previsto en la Norma. En este sentido se indicaba que la previsión normativa que la Ley contiene en abstracto se entiende efectuada respecto de la consumación del delito, por lo que, a continuación se detallaban las consecuencias penológicas de las formas imperfectas de

ejecución.

Así, en concreto, el artículo 61 del CP 1848 y el artículo 57 CP 1870 establecían con idénticos términos la consecuencia penológica de apreciar la frustración del delito.

“ A los autores de un delito frustrado se impondrá la pena inmediatamente inferior en grado á la señalada por la ley al delito.”

Por su parte, el artículo 62 del CP 1848 y artículo 58 CP 1870 hacían lo propio con la tentativa.

“A los autores de tentativa de delito se impondrá la pena inferior en dos grados á la señalada por la ley para el delito”

Debe entenderse que criterios de justicia penal y proporcionalidad en la imposición de penas llevaron consecuentemente a determinar que el Juzgador impusiera una rebaja sensiblemente mayor ante los supuestos de tentativa que frente a los de frustración. Ello lógicamente obedecía al criterio distintivo diseñado por el legislador con motivo en la mayor o menor realización de elementos del tipo y; consecuentemente, con el mayor o menor riesgo aparejado que comportaba una y otra conducta.

2.3. La Ley de Vagos y Maleantes de 1933.

Un paso más en la evolución legislativa en referencia a las formas imperfectas de ejecución lo supone la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 (LVM) de la Segunda República Española.

Ésta viene presidida por unos criterios principales, como lo son los “síntomas de peligrosidad”, el “estado peligroso” y la “peligrosidad” que, en buena medida comprenden los pilares en los que se fundamenta la punición de las formas imperfectas de ejecución.

En concreto, por lo que ahora nos ocupa, se establece que los “hechos que no constituyan delitos por inidoneidad del medio, inexistencia del objeto, no aceptación del mandato o desistimiento de la acción emprendida”, podrán ser susceptibles de examen y consideración a efectos de declarar el “estado peligroso” y la aplicación de medidas de seguridad, “aunque en razón a ellos se hubiere dictado auto de sobreseimiento o sentencia absolutoria”.

Puede apreciarse; por tanto, que la consideración referida a la potencialidad del riesgo inherente a determinadas conductas –incluso aquellas que no constituyen delito, como señalaba el artículo referido– es una constante perseguida por el Legislador de la época. Tan es así que, como se ha podido comprobar, incluso habiendo recaído el sobreseimiento o sentencia absolutoria de una causa, la peligrosidad inherente a una conducta podía ser tenida en consideración para la declaración del estado peligroso. A estos efectos debemos realizar expresa remisión al Título 1º

Capítulo 1º de la LVM -Estados peligrosos y medidas de seguridad- en el que se dispone la regulación y categorías de los “estados peligrosos”.

Por su parte, el artículo 2 LVM definía subjetivamente los términos de aplicabilidad de la Ley, indicando que:

“Podrán ser declarados en estado peligroso y sometidos de la presente Ley:

Primero. Los vagos habituales.

Segundo. Los rufianes y proxenetas.

Tercero. Los que no justifiquen, cuando legítimamente fueren requeridos para ello por las autoridades y sus agentes, la posesión o procedencia del dinero o efectos que se hallaren en su poder o que hubieren entregado a otros para su inversión o custodia.

Cuarto. Los mendigos profesionales y los que vivan de la mendicidad ajena o exploten a menores de edad, a enfermos mentales o a lisiados.

Quinto. Los que exploten juegos prohibidos o cooperen con los explotadores a sabiendas de esta actividad ilícita, en cualquier forma.

Sexto. Los ebrios y toxicómanos habituales.

Séptimo. Los que para su consumo inmediato suministren vino o bebidas espirituosas a menores de catorce años en lugares y establecimientos públicos o en instituciones de educación e instrucción y los que de cualquier manera promuevan o favorezcan la embriaguez habitual.

Octavo. Los que ocultaren su verdadero nombre, disimularen su personalidad o falsificaren su domicilio mediante requerimiento legítimo hecho por las autoridades o sus agentes, y los que usaren o tuvieran documentos de identidad falsos u ocultasen los propios.

Noveno. Los extranjeros que quebrantaren una orden de expulsión del territorio nacional.

Décimo. Los que observen conducta reveladora de inclinación al delito, manifestada: por el trato asiduo con delincuentes y maleantes; por la frecuentación de los lugares donde éstos se reúnen habitualmente; por su concurrencia habitual a casas de juegos prohibidos, y por la comisión reiterada y frecuente de contravenciones penales.

Ello se complementaba con la disposición del artículo 3º, que preveía que también quedarían sometidos a la LVM los reincidentes y reiterantes para los que fuera presumible su habitualidad criminal, así como los condenados por delito cuando el Tribunal hiciera expresa mención sobre la peligrosidad del agente.

En consecuencia, no existía disposición alguna en el articulado de la Ley que refiriese literalmente los términos *tentativa* o *frustración*, como sí venía desarrollándose en los Códigos Penales anteriores; sin embargo, parece evidente que el fin ontológico perseguido por el Legislador de la República en la LVM perseguía la neutralización de los “peligrosos”, ya por los delitos que

hubieren cometido y frente a los cuales se hubiera realizado mención expresa de peligrosidad, pero también –como hemos visto– respecto de determinados grupos de sujetos por el mero hecho de pertenecer a tales –vagos habituales, rufianes, los que posean dinero sin justificación de su procedencia, etc.–.

Se asienta por tanto el criterio que preside la Ley como el del riesgo para la comisión de determinadas conductas proscritas de tal suerte que, incluso cuando las mismas no llegaban a constituir delito –como hemos visto en el artículo 9– podían ser tenidas en consideración para la declaración de un estado peligroso.

2.4. El Código Penal de 1973.

El CP 1973 supone retomar nuevamente los antiguos dictados en torno a la diferenciación bicéfala de las formas imperfectas de ejecución. Por tanto, distinguiendo entre frustración y tentativa.

Tan es así que la redacción dada a los tipos penales en la materia hace uso de una similitud evidente a aquélla que se contenía en los Códigos Penales de 1848 y 1870.

En esta ocasión, el artículo 3 del CP 1973 consagra el principio de legalidad no sólo respecto del delito consumado, el delito frustrado y la tentativa, sino que acoge también la punición a la conspiración, proposición y provocación para delinquir; figuras estas últimas en nuestro texto vigente encuadradas dentro de las formas u actos preparatorias punibles.

En orden a la diferenciación respecto a la frustración y la tentativa, nuevamente se acoge el criterio de la mayor o menor realización de los actos descritos en el tipo; configurándose la frustración como la realización de todos ellos, mientras que la tentativa supone el dar inicio a los mismos y, por consiguiente, no a su totalidad. En ambos casos, obviamente, el resultado del acto criminal no debía haberse consumado por consecuencias ajenas al propio desistimiento y voluntad del autor.

Concretamente, el tenor literal del precepto venía descrito como sigue:

“Son punibles: el delito consumado, el frustrado, la tentativa y la conspiración, proposición y provocación para delinquir.

Hay delito frustrado cuando el culpable practica todos los actos de ejecución que deberían producir como resultado el delito y, sin embargo, no lo producen por causas independientes de la voluntad del agente.

Hay tentativa cuando el culpable da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores y no practica todos los actos de ejecución que debieran producir el delito, por causa o accidente que no sea su propio y voluntario desistimiento.”

Una novedad importante; sin embargo, la supone la consecuencia penológica derivado de la apreciación de un delito frustrado o de una tentativa de delito.

Decimos lo anterior puesto que, a pesar de que los artículos 51 y 52 del CP 1973 otorgaban un

tratamiento diferenciado a una u otra figura respectivamente, al aplicador de la norma –Juez o Tribunal– se le confería un mayor grado de discrecionalidad a la hora de poder rebajar la pena en los supuestos de tentativa. Veamos:

“A los autores de un delito frustrado se les impondrá la pena inmediatamente inferior en grado a la señalada por la Ley para el delito consumado.” (Artículo 51, CP 1973)

“A los autores de tentativa de delito se les impondrá la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal, a la señalada por la Ley para el delito consumado.

[...]”(Artículo 52, CP 1973)

Esto es, a semejanza de la redacción otorgada por los Códigos de 1848 y 1870, el artículo 51 imponía al Juez o Tribunal la reducción de la pena en un único grado caso que el delito llevado a cabo por el sujeto activo fuera frustrado. En consecuencia, se conminaba al operador legal a que así fuera.

Sin embargo; por lo que representa al artículo 52, regulador de las penas en caso de tentativa de delito, el CP 1973, a diferencia de sus predecesores, facultaba al órgano judicial para que impusiera una pena inferior en uno o dos grados “según arbitrio del Tribunal”. Quiere con ello señalarse que, si bien es cierto que existe ex lege la conminación a la reducción de la pena, se introduce por primera vez en este sentido la facultad moderadora del órgano judicial para que la reducción opere en uno o en dos grados. Siendo así, atendidas las circunstancias aplicables al caso concreto, y siempre según el prudente arbitrio del Tribunal, podríamos asistir a supuestos de tentativa con reducción de la pena en un único grado; por consiguiente, penológicamente equiparables a los supuestos de frustración.

3. La tentativa en el Código Penal vigente.

Llegados a este punto, conviene detenernos en la previsión que el Legislador de 1995 ha dispensado a las formas imperfectas de ejecución.

Para ello, en primer término, nos adentraremos en la regulación contenida en el Código Penal, analizando los tipos que a la misma se refieren para, en un epígrafe posterior, atender a las formas que aún perviven en nuestro ordenamiento y a las conceptualizaciones doctrinales y jurisprudenciales sobre las mismas.

3.1. El artículo 15 del Código Penal de 1995.

El Código Penal vigente introduce como principal distinción con los textos anteriores –en concreto el CP de 1848, 1870 y 1973– la cohesión bajo una misma figura de las pretéritas distinciones referidas a las formas imperfectas de ejecución.

En este sentido, bajo el artículo 15, el CP vigente instaura la punición tanto del delito consumado

como de la tentativa, rompiendo con ello la tradicional dicotomía que distinguía la tentativa de la frustración.

Consecuentemente ello nos debe llevar a plantearnos si con ello el Legislador ha pretendido aglutinar en una única definición todas las características antaño diferenciadoras de las dos figuras típicas o bien, si por el contrario, una de ellas se ha despenalizado. Ello será objeto de análisis a continuación.

3.2. El artículo 16 del Código Penal de 1995.

Llegados a este punto, es de obligada mención que el CP 1995 nos ofrece una definición legal de lo que deba entenderse por tentativa, señalando que:

“1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberán producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor.”

Así las cosas, diferentes conclusiones deben extraerse del citado precepto. Veamos:

- a) Las formas imperfectas de ejecución, nominativamente, pasan a regularse bajo la única denominación de *tentativa*.
- b) La tentativa comprende el dar inicio a la ejecución del delito de forma directa y por hechos externos. Esto es, los hechos con los que pretende materializarse el hecho ilícito deben ponerse de manifiesto en el iter criminal del autor de forma exterior; con comportamientos físicos y no meramente mentales. Con ello, nuevamente se da cabida a la atipicidad por los pensamientos o ideas que no vayan seguidos de ejecución real y externa en el mundo físico -“*cogitationis poenam nemo patitur*”, como ya sancionaba el artículo 9 del 1822-.
- c) Los hechos exteriorizados por el autor en manifestación del iter criminal comprenden la totalidad o parcialidad de los que objetivamente deberán producir el resultado. La mención referida a la cuantificación de los hechos criminales con los que se da inicio al plan preconcebido por el autor -“*todos o parte*”- vienen a unificar los históricos distinguos que comprendían tanto a la frustración como a la tentativa. En otros términos, cualesquiera hechos manifestados al exterior que deban comportar la realización del hecho criminal.
- d) Los hechos llevados a cabo por el autor deben ser objetivamente aptos como para producir el resultado. En otros términos, tanto los hechos como los medios utilizados por el sujeto activo deben llevar a la materialización del resultado. Al respecto del criterio de la objetividad para producir el resultado se atenderá en un apartado específico de esta exposición.
- e) Finalmente, el resultado buscado no se materializa por causas que no dependen de la voluntad del autor. Es decir, el sujeto activo no desiste de la consecución del plan ni de la consumación del hecho.

3.3. El artículo 62 del Código Penal de 1995.

En lo concerniente a la aplicación de las penas correspondientes al delito en grado de tentativa, deberemos atender al dictado del artículo 62 CP. Ello es consecuencia directa del artículo 61, que establece que las penas previstas en nuestro ordenamiento se entienden para el delito consumado.

En este estado de cosas, y como ya sucediera en textos anteriores, el artículo 62 del CP 1995 establece la obligación del órgano enjuiciador de aplicar una reducción de la pena con respecto a aquella que correspondería imponer si el delito hubiera sido consumado.

Sin embargo, una lectura más allá de ese mandato trasladado al enjuiciador nos obliga a detenernos su propio contenido, por cuanto la reducción puede operar en uno o en dos grados, lo cual se traducirá en una facultad decisoria del Juez o Tribunal. Esta decisión; sin embargo, no será absoluta sino expresamente tasada en atención al “peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado”, según tenor literal del precepto.

Este aspecto, en sí mismo, lo diferencia del CP 1973 en tanto que aquél imponía la obligación para el Juez o Tribunal de reducir la pena por el delito intentado en uno o dos grados según el “arbitrio” del juzgador. Por su parte, el CP vigente impone la reducción de la pena, que podrá ser en uno o dos grados, debiendo tener en cuenta para su modulación los factores antes referidos – peligro del intento y grado de ejecución– que únicamente serán percibidos por el órgano judicial en base a la documentación unida a la causa, prueba practicada y en aplicación de la subsunción al caso concreto de los hechos según las normas de la sana crítica, que finalmente se deberá traducir en un razonamiento lógico jurídico, la Sentencia.

En este sentido el parecer de Pérez Llorca¹ al señalar que “De todo ello hay que deducir que, en caso de tentativa acabada, parece que normalmente procederá el descenso en un solo grado. Pero tratándose de tentativa inacabada, no se puede deducir que forzosamente haya que hacerlo en dos. De ahí que no sea comprensible la rotunda afirmación que se ha hecho esporádicamente en alguna resolución del T.S. en orden a considerar, en estos casos, el descenso en dos grados como forzoso (sentencia de 24 de mayo de 2003, 14 de mayo de 2004). Esta no era la solución en el Código derogado (artículo 52) y menos lo puede ser en el actual, que ha eliminado el concepto de delito frustrado y castiga la tentativa en un solo artículo sin distinguir entre la acabada y la inacabada, permitiendo bajar uno o dos grados en ambos casos, teniendo en cuenta para ello los dos criterios antes referidos: peligro y grado de ejecución; ellos son, conjuntamente, los determinantes. En definitiva, todo esto quiere decir que, ante una tentativa inacabada no siempre ni forzosamente procederá el descenso en dos grados de la pena del delito consumado.”

En consecuencia, puede sostenerse el carácter preceptivo para el Juzgador de reducir la pena en un grado respecto de la que correspondería aplicar en supuestos de delitos consumados cuando el ilícito se encuentra en grado de tentativa. No obstante, el descenso en dos grados pasa a ser facultativo en atención a los criterios de peligrosidad derivados del acto criminal y su grado de ejecución.

¹ Pérez Llorca, Manual de Determinación de la Pena, Capítulo IV. Determinación de la pena en función del grado de ejecución y de las personas responsables del delito, Editorial Tirant Lo Blanch, 01/2005

No cabe duda, llegados a este punto que la voluntad del legislador al prever la punición de las formas de imperfecta ejecución bajo la denominación de tentativa, radica en punir el riesgo y peligrosidad de unas conductas que, tal y como se desprende del tipo, no llegan a consumarse por causas ajenas a la voluntad del sujeto activo; por ende mereciendo el más absoluto desvalor social y penal.

Nuestro Tribunal Supremo –en adelante TS– ha llegado a señalar que “La doctrina ha destacado que en realidad el fundamento del criterio punitivo del grado de ejecución alcanzado (tentativa acabada o tentativa inacabada) radica en el peligro generado por la conducta, por lo que se está ante el mismo fundamento que el del otro criterio, el peligro inherente al intento, descansando ambos en el principio de ofensividad. Pues todo indica que el texto legal parte de la premisa de que cuantos más actos ejecutivos se hayan realizado, más cerca se ha estado de la consumación del delito y, en consecuencia, el peligro de lesión es mayor y la lesividad de la conducta también.”¹

3.4. Concepto doctrinal de tentativa

Tras las exposiciones hasta aquí vertidas, conviene en este punto centrar el objeto de la argumentación en aportar luz sobre lo que deba entenderse técnicamente por tentativa. Para ello partiremos de los conceptos manejados por la doctrina a este particular y posteriormente realizaremos una aproximación al concepto jurisprudencial de la misma.

Partiendo por la aseveración referida a que el delito es una obra humana que se lleva a cabo mediante su ideación mental, a la que deberán seguir un conjunto de actos que se revelarán al exterior con el propósito de ejecutar y consumir el delito, revelando así el denominado “iter criminis”, la tentativa puede ser concebida como el paso de la fase preparatoria o interna –que resulta impune por mor del aforismo cogitationis poenam nemo patitur– a la fase externa o ejecutiva.

Al objeto de centrar el análisis, indicar que doctrinalmente se han defendido dos teorías respecto de la punición de la tentativa. Éstas son las teorías objetivas y las teorías subjetivas.

Las Teorías objetivas atienden al hecho fundamental de haber dado inicio a la actuación criminal mediante un acto exterior que debiera conducir a la realización del tipo. Romagnosi y Carrara se constituyen en sus principales valedores bajo la premisa de la punibilidad asentada en el peligro en el que se sitúa al bien jurídico protegido. Los actos ejecutivos tienen que ser idóneos y típicos. Por lo demás la pena es menor que la que le corresponde al delito consumado por una razón de cuantía penal.

¹ STS, Sala 2, Sección 1, Resolución 93/2012, Recurso 11346/2011, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

Las Teorías subjetivas otorgan relevancia a cualquier acto que sea revelador de una intención criminal por parte del sujeto. En consecuencia, no es tan relevante el inicio de la actividad ejecutiva puesto que tanto el delito intentado como el consumado ponen de manifiesto la intención criminal. La punición de la tentativa, bajo esta teoría, encuentra su sustento en la peligrosidad del autor.

Ya en el Siglo XVI, Feuerbach daba previsión a la necesidad de articular medios en nuestro ordenamiento que evitasen las posibles transgresiones contra él cometidas. Bajo su conceptualización del Derecho Penal orientado a la prevención general, entendía que el fin del Estado debía ser el de constituir y mantener el orden gracias al Derecho. De ser así, la amenaza de la pena y la seguridad de su cumplimiento deberían perseguir el “vencer los intentos de ataque a la ley, mediante la coacción psíquica”.

En esa misma línea, y barajando el criterio de la peligrosidad objetiva, Feuerbach configura la tentativa como “una acción externa intencionalmente dirigida a la producción de un delito (emprendimiento criminal, conatus delinquendi en sentido amplio), constituye ya en sí misma una infracción será penada, siendo objetivamente peligrosa: (...) cuando la acción misma, según su concreción externa (mediata o inmediata, menor o mayor), está en conexión causal con el delito perseguido”.¹

Bajo este prisma, sostenía que solo debían resultar punibles, como tentativas, aquellas acciones que comportasen una posibilidad de lesión, y no aquellas que no sean peligrosas desde un punto de vista objetivo aunque el autor haya manifestado plenamente la voluntad de cometer el delito. El centro del análisis se situaba pues en la peligrosidad de la conducta, no en la voluntad determinada del autor o la peligrosidad de éste. Acogía en este punto la Teoría de la peligrosidad objetiva o teoría objetiva.

Por su parte, Romagnosi, abandonando antiguas disquisiciones respecto del criterio a seguir a la hora de graduar la imposición de las penas por los delitos, da cobertura al concepto de la “*spinta criminosa*” -impulso criminal- (Arias Eibe 2006)². En otros términos, también en Italia se viene gestando el criterio de la peligrosidad derivada del hecho criminal; por ende, reconociendo la utilidad de sancionar la conducta llevada a cabo, si bien este autor propone que la pena guarde relación con la utilidad que el delincuente quiso obtener del delito.

Esta idea será posteriormente desarrollada por Carrara quien sostendrá que cada delito deberá llevar aparejada diversa medida de imputación y reconociendo las circunstancias que dan lugar a la teoría de las penas. Defendía que la pena debía guardar relación con la calidad y cantidad del daño sufrido por el Derecho, así como por el “peligro” causado al mismo. Acogía en este sentido

¹ Mateos, José Carlos González. "Los límites doctrinales en la originaria fundamentación de la tentativa: las teorías objetiva y subjetiva. Actual evolución de la doctrina en España." *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 54.1 (2001): 229-322.

² Eribe, Manuel José Arias. "Apuntes sobre el sistema italiano de las consecuencias del delito: evolución del pensamiento penal moderno y aproximación al Derecho actual." *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja, REDUR* 4 (2006): 8.

el término de el peligro corrido por la sociedad ("il pericolo corso")¹ En este sentido, Carrara defendía que "el riesgo o peligro corrido por la sociedad en el caso de una tentativa, es razón suficiente para imputarlo políticamente". En la teoría elaborada por el autor italiano, la tentativa, denominada *conato* es seguida por un esfuerzo físico y corporal. Ello; sin embargo, le lleva a cuestionarse si por el hecho de no haberse materializado un daño inmediato, podríamos encontrarnos ante una falta de legitimidad para castigar la tentativa. La respuesta, en sentido negativo, se encuentra en la teoría del riesgo corrido por la sociedad; que aún en ausencia de un daño directo, igualmente conmueve a la ciudadanía por la materialización de una voluntad criminal que manifiesta en el inicio de los actos que debieran haber comportado aquél propósito.

A este particular, Carrara entiende que el peligro sufrido debe ser cierto y no futuro, puesto que en sede de la tentativa el riesgo o peligro equivaldría al daño directo del delito consumado.

Zaffaroni, abordando la cuestión, pone de manifiesto dos definiciones clásicas del concepto de tentativa para, posteriormente fundamentar la punición de esta forma imperfecta de ejecución. Señala que para Welzel, la tentativa comienza con la actividad con que el autor, según su plan delictivo, se aproxima inmediatamente a su realización. Por su parte, para Stratenwert la tentativa existe como forma de actividad que, juzgada sobre la base del plan concreto del autor, se muestra conforme a una natural concepción, como parte integrante de una acción ejecutiva típica.

Es por ello que considera que el fundamento de castigar los delitos intentados es doble; persiguiendo en primer término la voluntad manifestada por el autor en un acto típico y doloso; así como la exteriorización de ese mismo dolo frente al bien jurídico tutelado; en consecuencia, acogándose a la teoría objetiva de la punición de la tentativa.

Así, Juan L. Fuentes Osorio viene a concebirla como la sanción de comportamientos que no consuman materialmente la lesión del bien jurídico tutelado pero que representan un inicio de la lesión, o poseen una capacidad suficiente *ex ante* para ello². Ello viene a justificar que el ordenamiento jurídico penal adopte los mecanismos necesarios para anticipar la tutela los bienes jurídicos protegidos.

Precisamente en este sentido apunta que la anticipación del Derecho Penal no se puede limitar a la lesión efectiva del bien y ha de abarcar también la capacidad lesiva *ex ante*; comprendiendo con ello figuras como los delitos de peligro abstracto, los delitos de tentativa y emprendimiento y los delitos de preparación.

Por su parte, Carmen Alastuey Dobón³ entiende en cuanto a la tentativa que nos encontramos en

¹ Mateos, José Carlos González. op.cit. *Anuario de derecho penal y ciencias penales* 54.1 (2001): 229-322.

² Osorio, Juan L. Fuentes. "Formas de anticipación de la tutela penal." *Revista electrónica de ciencia penal y criminología* 8 (2006): 8.

³ Dobón, María del Carmen Alastuey. "Tentativa inacabada, tentativa acabada y desistimiento." *Revista de derecho penal y criminología* 5 (2011): 13-53.

una fase de la ejecución del delito, a su vez, situada a caballo entre la preparación y la consumación del mismo. En este sentido –sostiene– que el Código Penal vigente aún no haciendo mención expresa a una bicefalia nominativa de la tentativa, sí lo hace expresamente según su redacción. Por ello manifiesta que:

“el Código penal, en el art. 16.1, distingue todavía entre dos escalones del proceso ejecutivo: por un lado, como primer estadio, el supuesto en que el sujeto realiza parte de los actos que deberían dar lugar a la consumación y, por otro lado, avanzando un paso más, el supuesto en que el sujeto lleva a cabo todos los actos que deberían dar lugar a la consumación («practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado»). Para distinguir estas dos formas de tentativa tanto la doctrina como la jurisprudencia utilizan los términos «tentativa inacabada» y «tentativa acabada» respectivamente.”

En su trabajo sobre los Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo, Guirao evalúa el estado de la cuestión, aportando un criterio de la tentativa y del fundamento punitivo de las formas imperfectas de ejecución.

En este sentido, indica que el fundamento que se persiga con la sanción de la tentativa dependerá del ámbito que se otorgue a su castigo; y así –concreta– en orden a criterios dogmáticos y político criminales, no resulta admisible concebir las formas imperfectas de ejecución como conductas valorables ex post en atención al peligro causado. Bajo este criterio quedarían fuera de la órbita punitiva todas aquellas conductas que se revelasen ineficaces para conseguir el mal buscado por el sujeto activo si no resultarean idóneas por razón del objeto, del medio o del sujeto.

En consecuencia, señala, “el margen mínimo de punición de la tentativa viene constituido por las conductas que presenten según un juicio objetivo una peligrosidad ex ante de producción del resultado”; concluyendo que las conductas cuya valoración ex ante se revelen eficaces para la producción del resultado causado serán punibles, mientras que “las conductas que carezcan de dicha peligrosidad objetiva («intersubjetiva», si se prefiere) ex ante, excluidas por lo demás del marco de la definición legal de la tentativa que establece el artículo 16 CP, habrán de considerarse, como tentativas irreales, impunes.”¹

3.5. Concepto jurisprudencial de tentativa

Nuestro Tribunal Supremo –en adelante TS– se ha ocupado a lo largo del tiempo de configurar las formas imperfectas de ejecución, dotando a este instituto de plena significación.

Así, abordamos a continuación la definición de tentativa otorgada por dicho órgano jurisdiccional con ocasión de algunos de los recursos de casación que se ante él se han formulado.

En este sentido, el Tribunal sostiene que el texto legal en virtud del cual se exige la realización de todos o parte de los actos exteriores que objetivamente deberían producir el resultado ha comportado que legalmente se haya asumido la tradicional distinción que desde antaño venía

¹ Alcácer Guirao, 2001 “Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo”, Revista de Derecho Penal y Criminología.

planteándose en la doctrina en torno a la tentativa acabada e inacabada; y ello aún cuando el Código no recoja dicha terminología¹.

De esta forma, tal y como apuntábamos, reflexiona sobre el mandato al aplicador de la Ley en orden a la reducción de la pena contraponiendo la regulación dispuesta en el CP vigente con el CP anterior. Señala:

El anterior Código Penal, si bien imponía la reducción en un solo grado para la frustración, permitía que la misma se efectuara en uno o dos grados para la tentativa. De esta forma, y en función de las circunstancias del hecho, la apreciación de una tentativa permitía la imposición de la pena en la misma extensión que hubiera podido corresponder a un supuesto de frustración. El artículo 62 del Código vigente no vincula de forma rígida la reducción de la pena en uno o dos grados a la ejecución de todos o de parte de los actos que deberían producir el resultado, sino que impone al Tribunal la valoración del peligro inherente al intento y del grado de ejecución alcanzado. La jurisprudencia ha entendido que, como regla general, la ejecución de todos los actos objetivamente precisos para la obtención del resultado debería conducir en caso de no consumación a la imposición de la pena reducida en un solo grado, siendo posible efectuarla en dos grados cuando la ejecución fuera solo de parte de los actos, pues, también con carácter general, parece que entonces serían menores el peligro inherente al intento y, evidentemente, el grado de ejecución. Aunque no se excluya la reducción en un grado en caso de ejecución parcial.

Más extensamente, los Magistrados de la misma Sala se ocupan en otorgarnos un concepto más amplio, al establecer que la tentativa se diferencia de la consumación, únicamente, en la falta de algún elemento objetivo del tipo, puesto que en lo tocante al elemento subjetivo en nada difiere con aquélla por ser dogmáticamente posible atender a supuestos de tentativa mediante dolo eventual.

En los mismos términos, enfatiza la diferencia entre la tentativa acabada e inacaba entendiendo que la primera tendrá lugar cuando el resultado se pueda producir sin más actuaciones que las desenvueltas por el responsable, mientras en la segunda no se habrán ejecutado todos los actos. En concreto, haciéndose eco de jurisprudencia anterior, se hace determinante a efectos de apreciar la tentativa acabada que en el examen de la actividad criminal desenvuelta, se aprecie que el plan del autor era objetivamente idóneo para producir el resultado².

En otras palabras, la tentativa será acabada, cuando los actos realizados, los instrumentos utilizados y la mecánica comisiva hubieran podido producir objetivamente el resultado perseguido según el plan del autor.

Para la Sala cobra igualmente sentido acabar con la polémica en torno al concepto que debiera otorgársele al término “objetivamente” que acompaña al texto legal –“[...] actos que objetivamente deberán producir el resultado [...]”– y en lo que a este aspecto concierne, entiende que el término empleado viene referido tanto al plan o actuación del autor, como a los medios empleados; requiriendo en ambos casos que reúnan la idoneidad necesaria para producir el resultado que buscaba el autor.

¹ STS, Sala 2, de fecha 22 de enero 2009, Resolución núm. 37/2009, Recurso núm. 10121/2008, Ponente Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.

² STS, Sala Segunda, fecha 13 de septiembre de 2007, Resolución núm. 737/2007, Recurso núm. 657/2007, Ponente Manuel Marchen Gómez.

Es decir, que para una persona media, situada en el lugar del actor y con los conocimientos especiales que éste pudiera tener, el plan y los medios empleados deberían racionalmente producir el resultado, según la experiencia común.

Sentado el criterio del que hace uso la doctrina jurisprudencial de nuestro Alto Tribunal, y habiendo reconocido la existencia de un tratamiento penológicamente diferenciador según el responsable haya llevado a cabo todos o parte de los hechos que objetivamente debieran conllevar a consumir el delito, analizaremos con mayor profundidad la figura de la tentativa acabada e inacabada.

3.6. La tentativa acabada y la tentativa inacabada

Llegados a este punto, se hace de obligada lectura y de la Sentencia 1188/2010, de 20 de diciembre de 2010¹ de nuestro TS por la explicación que la misma nos ofrece.

En la citada Sentencia, haciendo acopio de resoluciones anteriores, se sientan los criterios que tradicionalmente han sido barajados por la doctrina para determinar la distinción entre la tentativa acabada e inacabada. El criterio tradicional seguido en orden a la punición de la tentativa –teorías subjetivas y objetivas– vuelve a retomarse, si bien ahora, a efectos de deslindar una figura u otra.

Así –se dice con cita a la STS 817/2007, de 15 de octubre– que la teoría objetiva pone el acento en la secuencia de actos llevados a cabo por el sujeto hasta el momento de la interrupción forzada del hecho, siendo que si se han practicado todos aquellos actos que debieran dar como resultado el delito y éste no se produce en todas sus consecuencias por causas ajenas a la voluntad del culpable, nos encontramos ante una tentativa acabada; mientras que por el contrario, la teoría subjetiva propone la consideración de una tentativa acabada cuando, analizado el signo interno del propósito del autor, éste revela que el sujeto quería llevar a cabo la total consumación del hecho. Llegados a este punto, y ante lo infructuoso de la radicalización de cualquiera de las dos teorías, puesto que la literalidad no abocaría sino a la irremediable inaplicabilidad de ambas –la subjetiva puesto que si el propósito era llevar a cabo la conducta no cabría la figura del desistimiento, y la objetiva puesto que en los delitos de resultado no podrá predicarse haber realizado todos los elementos del tipo puesto que la consumación no habría tenido lugar– se asienta el criterio de una teoría mixta.

En realidad, lo correcto es seguir una teoría mixta, pues el plan del autor es necesario para distinguirlo de otros tipos delictivos y conocer las características internas de lo querido por el agente, y la objetivación de la actividad desplegada es necesaria para llegar a determinar el grado de ejecución alcanzado por el delito.

Realmente, la interpretación de la realización de todos los actos a que se refiere el art. 16.1 del Código Penal no puede ser entendida en sentido literal, pues es claro que en la tentativa siempre habrá fallado algo, de modo que no

¹ STS Sala 2 Sección 1, de 30 diciembre de 2010, Resolución núm. 1188/2010, Recurso núm. 10665/2010, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

se puede mantener que, en sentido físico, se han desplegado todos los actos que debieran dar como resultado el delito, y éste no se ha efectuado. En los delitos de resultado, éste es exigido por el ordenamiento jurídico para que se produzca la consumación. De modo que ese "todos", debe entenderse en sentido jurídico, esto es, el despliegue de la actividad criminal por el autor, de modo que la frustración es un mero accidente con el que no contaba el sujeto activo del delito.

En cuanto a la interpretación que deba hacerse en referencia a la penalidad, zanja cualquier género de duda en torno a la aplicación del artículo 62 del CP por cuanto del tenor del mismo los criterios que deben seguirse para aplicar la reducción en uno o dos grados se hacen depender de dos conceptos: El grado de ejecución alcanzado y el peligro inherente para el bien jurídico protegido; siendo éste último un factor de corrección respecto de lo evolucionado de la conducta por cuanto deberá concluirse que, a mayor riesgo padecido por el bien sujeto a protección, menor deberá ser el grado de reducción de la pena.

Aunque la jurisprudencia, quizá con un excesivo arrastre del concepto de tentativa y frustración del Código Penal anterior, sigue manejando los conceptos de tentativa acabada e inacabada, este punto de vista debe ser modificado a la vista de la nueva redacción del art. 62 del Código Penal. En efecto, en este precepto, no solamente se tiene en cuenta "el grado de ejecución alcanzado", que es una traslación de los antiguos conceptos de la imperfecta ejecución, sino atender al "peligro inherente al intento", que es tanto como poner el acento en la conculcación del bien jurídico protegido, momento a partir del cual los hechos entran en el estadio de la tentativa, y el peligro, que supone la valoración de un nuevo elemento que configura la cuantía del merecimiento de pena, y cuyo peligro no requiere de módulos objetivos de progresión de la acción, sino de intensidad de ésta, de modo que el peligro actúa corrigiendo lo más o menos avanzado del intento, y cuando concurre, determina una mayor proporción en la penalidad aplicable, siendo así, que constatado tal peligro, ha de rebajarse en un solo grado la imposición punitiva".

Este criterio evolutivo y superador de históricas dificultades técnico legislativas se hace ver también en resoluciones posteriores. Así, la Sentencia del Tribunal Supremo 1125/2011, de 2 de noviembre¹ establece el acierto legislativo que supone abandonar dicotomías históricas entre la frustración y la tentativa, reduciendo únicamente la postura a los actos de ejecución desenvueltos –ya sean todos o parte de ellos– y supeditando la fijación de la pena en base al criterio del peligro inherente al intento.

Un paso más allá en la configuración de la tentativa acabada e inacabada lo supone la Sentencia 222/2012² en la que, recogiendo los posicionamientos vertidos en resoluciones anteriores de la Sala se dice:

Un segundo error se refiere a la penalidad para esto supuestos. Como bien dice el recurrente en el supuesto de la tentativa es obligatorio bajar un grado y potestativo bajar en dos grados, por esa facultad de reducir en dos grados no viene dispuesta por la consideración de acabada o no, sino por el peligro inherente al intento y el grado de ejecución alcanzado y de entre estos dos criterios este segundo puede hacer referencia a la consideración de acabada o inacabada, pero no es obligatorio, sino facultativo en función de cada caso concreto.

¹ STS Sala 2, de fecha 2 de noviembre de 2011, Resolución núm. 1125/2011, Recurso núm. 972/2011, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

² STS Sala 2, Sección 1, de fecha 27 de marzo de 2012, Resolución núm. 222/2012, Recurso núm. 1734/2011, Ponente Andrés Martínez Arrieta.

Con ello viene a sentarse que la reducción en la penalidad no puede hacerse depender únicamente de la cantidad de actos que haya llevado a cabo el sujeto activo en la conducta criminal, sino que además, deberá tenerse en consideración el riesgo que dicha conducta haya supuesto para el bien jurídico protegido. En consecuencia, por exigencia legal, vendrá en aplicación en todo caso la reducción en un grado de la pena respecto de la que correspondiera imponer por el delito consumado; si bien la reducción en dos grados dependerá tanto de los actos realizados como del riesgo inherente a la conducta.

Ello es clara manifestación de conductas en las que, la actividad criminal llevada a cabo por el responsable puede configurarse como “escasa” a efectos meramente contabilizadores del comportamiento exteriorizado, pero no obstante, ello puede encontrar reflejo en un elevado riesgo para el bien cuya protección se trata de dispensar mediante el Derecho Penal. En este sentido, se dice que:

Lo que resulta menos relevante es el número de actos que integran el comportamiento del autor, porque lo esencial es la potencialidad objetiva en relación con el resultado al que el autor ordenaba su comportamiento. Este puede constituirse por un solo acto y, sin embargo, constituir la modalidad merecedora de más grave pena (rebaja en un solo grado), como dijimos en nuestras sentencias 166/2004 de 16 de febrero : "...cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado. Ello es claro en el presente caso, dado el carácter mortal, no cuestionado por el recurrente, de las lesiones producidas dolosamente por el acusado a la víctima..." y en la 81/2006 de 27 de enero: "...Repetidamente hemos sostenido en nuestros precedentes que la tentativa será acabada según el grado de ejecución realmente alcanzado, es decir, que cuando uno de los actos realizados hubiera podido producir el resultado..." cabe ya hablar de tentativa acabada. En esta resolución apuntábamos algunos criterios posibles para esa valoración objetiva ex ante: "...tipo de arma empleada, la contundencia de los golpes, la localización de los mismos ... etc.

Es en este sentido que a continuación la Sentencia abordada hace acopio de ejemplos en los que el Alto Tribunal ha optado por la apreciación de una tentativa acabada, todo ello con cita literal de los términos utilizados en aquellas resoluciones, comprendiendo supuestos que abrazan tanto la realización de todos los hechos descritos en el tipo penal, como la elevación en sobremanera del riesgo sufrido por el bien jurídico protegido.

En general estimamos tentativa acabada cuando el sujeto "realizó todos los actos necesarios para ocasionar el resultado mortal" (1421/2004 de 2 de diciembre) o "...el peligro en que se situó la vida de... fue extremo y que quienes lo desencadenaron llevaron a cabo toda la actividad adecuada para perfeccionar el homicidio», tendríamos que añadir desde la perspectiva del dolo eventual, es decir, la creación del riesgo fue suficiente para producir el resultado previsto en el tipo de homicidio..." (19/2005 de 24 de enero) "...se hayan practicado todos los actos de ejecución que hubieran debido producir como resultado el delito,..." (140/2005 de 3 de febrero) o "...el resultado propio del delito de homicidio se hubiera producido como consecuencia de la acción conjunta de los acusados sin necesidad de una ulterior actuación, lo que determina que la tentativa haya de reputarse acabada..." (370/2006 de 30 de marzo) sin que sea necesario afectar a la integridad física de la víctima procurada pues "...el desarrollo delictivo, debe considerarse completo, en tanto que el autor hizo todo lo que objetivamente estaba de su mano para producir el resultado, no impactando con el objetivo por causas ajenas a su designio criminal, de modo que, como también se ha dicho, con fortuna, la falta de puntería del agente no puede permitir afirmar que el hecho no haya quedado en grado de frustración, o en la terminología legal actual, en grado de desarrollo de tentativa acabada..." (78/2005 de 28 de enero).

4. Supuestos concretos de tentativa.

Llegados a este punto, debe indicarse que nuestra Jurisprudencia y Doctrina no sólo se han ocupado de dotar de significación a los supuestos de tentativa acabada e inacabada como aquellos reveladores de una intención criminal en los que el resultado de la conducta típica no llega a materializarse.

Antes al contrario, se han abordado otras manifestaciones que, por todo, vienen a conformar otra tipología de supuestos que merecen de nuestra atención en este punto. Por ello, abordaremos a renglón seguido la *tentativa inidónea, delito imposible, tentativa irreal y delito putativo*.

4.1. Tentativa inidónea

La falta de previsión en la norma actual de un precepto equivalente al desaparecido artículo 52.2 del anterior CP, que preveía punir en grado de tentativa los supuestos de *imposibilidad de ejecución o producción del resultado*– permitiendo reducir la pena en uno o dos grados–, unido a lo dispuesto en el artículo 16 del CP, que exige que los hechos llevados a cabo por el sujeto activo “objetivamente” deben ir encaminados a producir la consumación del delito; nos permite concluir que, de suyo, existirán supuestos en los que no pueda apreciarse esa objetividad para la causación del resultado final previsto en el tipo. En estos casos, y mediante una definición a contrario de la otorgada por el numerario 16 del CP, nos encontraremos ante supuestos de tentativa inidónea. Inidoneidad, que a su vez, podrá predicarse sobre el objeto, sobre el medio o sobre el propio sujeto.

Ello nos debe llevar a plantearnos si dichos comportamientos, materializados al exterior, pero carentes de la objetividad prevista en la norma, son merecedores de sanción penal por parte de nuestro ordenamiento jurídico.

A este particular, Corcoy Bidasolo (2011) viene a recoger el parecer mayoritario de nuestra jurisprudencia; en virtud de la cual, el texto legal obliga al aplicador de la norma a valorar ex ante y según el criterio del hombre medio la conducta desarrollada por el sujeto¹.

¹ Corcoy Bidasolo, Mirentxu en “Comentarios al Código Penal: Reforma 5/2010”, Editorial Tirant lo Blanch, 2011, Valencia, pps. 66-67 concluye que habrá que apreciar tentativa inidónea cuando ex post se advierte que desde un principio, por inidónea del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito. Si pese a ello, un observador medio puesto en el lugar del autor, hubiera creído ex ante que era posible la consumación, la tentativa inidónea será punible.

En este sentido, numerosos son los pronunciamientos de nuestra Jurisprudencia en los que se ha analizado el concepto de la tentativa inidónea y su fundamentación jurídico penal en orden a la punibilidad de la misma una vez apreciado por el observador medio que, ex ante, la conducta se revelaba objetivamente peligrosa para el bien jurídico protegido.

Se dice por la STS 294/2012¹, entre otras, que la regulación típica ofrecida por nuestro CP no limita la punición a los supuestos de tentativa idónea a tenor de la mención "objetivamente"; sino que antes al contrario, dicho concepto alude a que "objetivamente" considerados, el plan o actuación del autor se suponen racionalmente aptos para ocasionar el resultado.

En este sentido, la aludida resolución continúa por establecer que, tal y como recuerda el Auto del Tribunal Supremo de 29 de mayo de 2003, la posición jurisprudencial es la excluir de la reacción punitiva los supuestos de inidoneidad absoluta, dentro de los cuales se incluyen las tentativas irreales o imaginarias, los delitos putativos, el error inverso de prohibición y los delitos absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, así como, en general, los supuestos de inidoneidad absoluta.

Sentado lo anterior, llega a concluirse que dada la falta de previsión de una disposición equivalente al artículo 52.2 del antiguo CP, el estado de la cuestión debe quedar como sigue:

Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el art. 16.1, como ya se ha dicho, y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de los medios a fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa por idoneidad relativo no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior CP, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda extramuros del CP, como tentativa quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que lo está) o los "delitos" absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general (STS 15-3-2000, 26-6 - 200 y 122/2002, de 20-1-2003)".

Criterio que ha sido reiterado en STS 630/2004, 1329/2004, de 24-11; 289/2007, de 4-4; 861/2007, de 24-10; 822/2008, de 4-12, y 963/2009, de 7-10) de modo que "solamente quedarían excluidos los casos en los que el autor, según su plan, hubiere acudido para realizarlo a medios absolutamente irreales o supersticiosos". La STS 1100/2011 de 27-10, insiste la tentativa para ser punible ha de revelar un mínimo de peligrosidad. La tentativa no puede fundamentarse en criterios objetivos y subjetivos puros, sino que se impone una tesis ecléctica. Lo esencial es que la tentativa exprese una voluntad del autor hostil al Derecho, pero además, en cuanto la acción debe mostrarse como peligrosas ex ante, cabe fundamentar la tentativa también objetivamente en la concurrencia de un peligro, al menos abstracto para el bien jurídico. Esta peligrosidad de la acción es el mínimo requerido para la punibilidad de la tentativa (quedando excluida por la tentativa irreal) y así debe ser entendida la exigencia contenida en el art. 16 de que los actos ejecutados "objetivamente deberán producir el resultado". Ello, ante la cuestión de si tras la reforma CP 1995 es punible la tentativa inidónea, la respuesta debe ser positiva en estos términos. El que sea objetivamente adecuada para producir la lesión significa que el plan del autor, objetivamente considerado, debe tener un

¹ STS, de fecha 26 de abril de 2012, Sala 2, Sección 1, Resolución núm. 294/2012, Recurso 12033/2011, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

fundamento racional, lo que permite excluir de la punibilidad de la tentativa las tentativas irreales o supersticiosas, pues en ellas el plan del autor nunca producirá racionalmente el resultado. Por tanto, para la punibilidad de la tentativa, basta haber ejecutado una acción abstractamente peligrosa para el bien jurídico. Este es el sentido de la exigencia contenida en el art. 16 de que la acción objetivamente deba producir el resultado, esto es, basta con que en una perspectiva ex ante la acción aparezca como idónea o adecuada para producir lesión del bien jurídico a los ojos de un observador objetivo, esto es se acogerá en el ámbito de la tentativa toda actividad, que a un juicio de un observador objetivo, que conozca el plan concreto del autor, se muestre, según una concepción natural y normal de los hechos ("ut, quod prelumque accidit"), como parte integrante y necesaria del comportamiento típico enjuiciado.

En derecho comparado, y en lo tocante a la punición de la tentativa inidónea, los posicionamientos por parte de la doctrina han sido variantes. Roxin¹ se ocupa de la situación de división en la doctrina abordando las posturas sostenidas por diferentes autores.

Así, Bottke sostiene la inconstitucionalidad de punir la tentativa inidónea del Código Penal alemán (StGB):

"La tentativa idónea amenaza "bienes constitucionales y jurídicos" concretos, como la vida humana, mientras que la tentativa inidónea infringe solamente un "bien jurídico" en la forma de "la paz del derecho y la fidelidad general al derecho" siendo que ello supone una violación del principio de proporcionalidad del principio de legalidad al ser tratados ambos tipos de tentativa de igual manera.

Otros autores –Zaczyk y Rath, entre otros– argumentan a favor de la impunidad de la tentativa inidónea criterios filosóficos –a juicio de Roxin– como lo son la exigencia de una relación legal con la persona o bien atacado para el primero de los autores y una deconstrucción de la relación legal el segundo de ellos. Sin embargo, en contra de estas posturas, Roxin argumenta que no es aceptable deducir la impunidad de la tentativa desde criterios meramente filosóficos que en nada ayudan a la política criminal, así como que el punto de partida del trato igualitario no se ajusta a la realidad como para sustentar la inconstitucionalidad de la figura por cuanto desde el prisma de la teoría de la imputación objetiva, el derecho penal sanciona aquellas conductas que suponen la creación de un peligro no permitido para el bien jurídico. Desde ese mismo punto de vista, tan peligroso resulta la consumación del delito como la tentativa; especialmente teniendo en cuenta la visión ofrecida por la "nueva teoría de la peligrosidad" –de plena aplicación en España y que supone el análisis de la conducta por parte de un observador promedio, con conocimiento ex ante del autor–.

4.2. Delito imposible

Por lo que respecta a la conceptualización del delito imposible, tenido como aquel que no puede consumarse porque los medios utilizados no son adecuados para producir el resultado –como p.ej. intentar matar a un cadáver– nuestro Tribunal Supremo se ha pronunciado de forma indisoluble al de la tentativa inidónea.

¹ Roxin, Claus. "Acerca de la punibilidad de la tentativa inidónea." *Revista Latinoamericana de Derecho* 9 (2009): 10.

Claro ejemplo de lo anterior, lo supone la STS 294/2012¹, en la que a través de un repaso histórico de ambas figuras –tentativa inidónea y delito imposible– se señala el punto de partida de dichas instituciones en la Ley de Vagos y Maleantes de 1933 con incorporación posterior al Código Penal como reacción del ordenamiento a la peligrosidad demostrada por el sujeto, que acreditaba externamente su voluntad criminal.

Sucede sin embargo que, fruto de las modificaciones operadas por el legislador sobre el texto legal, desde 1995 cabe entender que el delito imposible queda fuera de toda posible sanción penal por aplicación del artículo 4.1 del Código Penal.

1. Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.

Sin perjuicio de lo anterior, debe señalarse que el criterio formal de nuestra jurisprudencia ha sido históricamente el de la diferenciación entre el delito imposible y la tentativa inidónea. Sin embargo, no ha sido así en cuanto a su tratamiento.

Sostenemos lo anterior por cuanto en el análisis de las resoluciones dictadas por nuestro Tribunal Supremo podemos encontrar indistintamente expresiones que asemejan ambas figuras –entiéndase delito imposible y tentativa inidónea– como otras que las hacen diferir. Sólo así se atiende a expresiones como “resultan impunes el delito imposible y/o tentativa inidónea” que, de suyo, gramaticalmente, abocan a una imposibilidad real. O bien admitimos la conjunción copulativa “y”, en cuyo caso, ambas instituciones deben ser consideradas como sustancialmente diferentes; o bien por el contrario, bajo la conjunción disyuntiva “o” nos encontramos ante la misma figura.

Así sucede cuando la STS 649/1996² nos ofrece un concepto jurisprudencial del delito imposible o tentativa inidónea concibiendo a dichas instituciones como aquellas que tienen lugar cuando ante la voluntad de cometer un ilícito penal por parte del sujeto activo, se observa una conducta que es considerada apta para la comisión del mismo; no obstante, no llega a consumarse el delito porque ya sea la inidoneidad del objeto, del sujeto o de los medios empleados lo impide. Como es de ver, en esta Sentencia, la definición ofrecida por el Tribunal, bajo el nexa “o” configura al delito imposible como idéntico al analizado previamente como tentativa inidónea.

Ante esta situación, hemos de señalar que la diferenciación entre ambas figuras viene forjándose tiempo atrás sin que la jurisprudencia haya sido muy prolija en cuanto a ofrecer una definición nítida respecto a qué deba entenderse por delito imposible.

¹ STS Sala 2, Sección 1, de fecha 26 de abril de 2012, número de resolución 294/2012, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

² STS Sala 2, Sección 1, de fecha 7 de diciembre de 1996, número de resolución 649/1996, Recurso 1474/1994, Ponente Joaquín Delgado García

Llegados a este punto, y persiguiendo ese ansiado fin reductivo que ofrezca al lector una aproximación a ambos conceptos, indicaremos que la tentativa inidónea es aquella en la que el sujeto activo se encamina a la realización de un hecho criminal, si bien este no llegará a consumarse porque el curso causal de los acontecimientos –ya en orden al medio, sujeto u objeto– se tornará no apto a tal fin. Por su parte, el delito imposible será aquel en el que el curso causal resulta ineficaz para producir el resultado buscado, y ello dado que el objeto sobre el que debiera recaer la acción criminal no es vulnerable al hecho ilícito –p.ej. querer matar a quien ya ha fallecido–.

Así, en la reciente Sentencia objeto de estudio –STS 294/2012– con mención al Auto de 29 de mayo de 2003¹, se dan como hechos probados los siguientes: Tras haber descargado sus armas unos vigilantes de seguridad surge un forcejeo con el condenado, que consigue hacerse con una de la pistolas y, viendo que tras percutir el gatillo en varias ocasiones no se dispara ningún proyectil, éste intenta hacerse con la munición que había caído al suelo en el forcejeo para disparar sobre los vigilantes, hecho que no llega a consumarse. Indicar en este punto que por parte de la defensa del recurrente se argumenta la posible existencia de un delito imposible.

En este sentido, el Tribunal Supremo llega a la conclusión de que, en aplicación de los parámetros que permiten analizar si una determinada conducta debe resultar punible en grado de tentativa inidónea –el análisis realizado *ex post* sobre la situación que *ex ante* debe valorar el hombre medio– la conducta era apta para causar el mal pretendido por el autor como generadora de un riesgo jurídicamente relevante y en consecuencia debe ser castigada como tentativa relativamente inidónea en atención a ese razonamiento.

A este particular, y sin perjuicio de compartir el criterio último de que la conducta llevada a cabo por el sujeto activo debe ser sancionada bajo la figura de la tentativa, nos permitimos discrepar tanto del razonamiento como de la denominación otorgada por el Tribunal por los siguientes motivos:

Y es que del redactado se desprende la voluntad del órgano ad quem por distinguir ambas figuras –delito imposible y tentativa inidónea– desde el momento en que se atiende a éstas según su evolución histórico normativa. Siendo así, y bajo el prisma de la teoría de la imputación objetiva, entendida como aquella que permite atribuir objetivamente la conducta a su autor, en íntima relación con la teoría de la generación del riesgo, hubiera sido deseable que el Tribunal delimitase con suma precisión las conductas llevadas a cabo por el condenado.

Decimos lo anterior pues en la modesta opinión del que suscribe, objetivamente, podemos atender a dos aproximaciones diferentes. Veamos:

En primer término, concebir que en toda la actuación criminal del sujeto activo existen dos grandes grupos de conductas. Así, la primera consistiría en apuntar a los vigilantes –aun en el

¹ Auto del Tribunal Supremo, Sala Segunda, Sección 1, de fecha 29 de mayo de 2003, número de Recurso 1101/2002, ponente Luis Román Puerta Luis.

desconocimiento de que el arma se encontraba descargada- con el claro propósito de atentar contra la vida de los mismos. La segunda, tras constatar que la pistola estaba descargada y la munición en el suelo, por la cual intenta acceder a ellos y cargar el arma para disparar; siendo reducido por los agentes sin que consiga su propósito.

Bajo este prisma, en aplicación de la teoría del riesgo defendida jurisprudencial y doctrinalmente como apta para la evaluación de las conductas objetivamente imputables a su autor, no cabría género de duda en reconocer que ante la primera conducta, un espectador medio que analizase las situación ex post, habiéndose situado en la posición del sujeto activo ex ante, hubiera reconocido el aumento del riesgo y; por tanto, la aptitud para generar el riesgo cuyo reproche supone el castigo de la norma penal.

No obstante, no podrá negarse que, analizando la continuidad de la acción criminal ésta no se detiene en el mero disparo, sino que además el sujeto activo hace por recoger la munición y cargar el arma pretendiendo apuntar a los agentes, momento en el que resulta reducido por los agentes antes de que consiguiera su propósito. De ser así, también por aplicación del principio de subsunción operante en Derecho Penal, deberá concluirse que es esta última conducta la que supone un aumento del riesgo ya iniciado por la inmediatamente anterior. Tan esa sí que, incluso, supone un aumento de la aptitud en los términos objetivos para consumir el delito.

En este estado de cosas, no existiría diferencia alguna entre la conducta llevada a cabo por el sujeto activo cuyo supuesto analizamos y aquella que puede llevar a cabo el atracador que pretende asaltar una entidad bancaria dispuesto a acabar con sus manos con la vida de quien se oponga en su camino, si bien, al entrar por la puerta se encuentra ante sí a un vigilante de seguridad, por lo que decide abrir su chaqueta y extraer su arma para dispararle, siendo reducido por el vigilante cuando se disponía a apuntarle con el arma.

Discrepamos por tanto con el parecer del Tribunal en cuanto a que la conducta deba ser sancionada como una tentativa relativamente inidónea por los motivos expuestos. A nuestro parecer, nos encontramos ante una tentativa acabada. Tentativa de homicidio, idónea, acabada, que no llega a consumarse, precisamente, por la conducta activa de los vigilantes.

Por el contrario, la segunda alternativa consistiría en concebir toda la actuación criminal desplegada por el condenado del supuesto que analizamos como una única conducta. Esta concepción, más allá del simple escollo que plantea el iter criminal físico en sí mismo considerado, supondría reconducir los términos de la misma al último inciso de nuestra exposición anterior. Esto es, el principio de subsunción, incluso el del aumento del riesgo reprochable o perseguido por nuestro ordenamiento comportaría que la acción a sancionar por el órgano enjuiciador fuera, exclusivamente, la generada por la intención del sujeto activo acabar con la vida de los vigilantes a través de la carga del arma e intento de disparar a los vigilantes. Ante esta situación, nuevamente, deberíamos movernos en los términos de una tentativa acabada.

4.3. Tentativa irreal

También denominada como tentativa imaginaria o tentativa supersticiosa en los pronunciamientos de nuestro Alto Tribunal, la misma viene referida a aquellos supuestos en los que el sujeto activo lleva a cabo una conducta criminal, si bien el resultado no podrá producirse racionalmente¹ –p.ej. querer matar a alguien haciendo vudú o a través de maldiciones–.

No obstante lo anterior, debe nuevamente señalarse que el criterio jurisprudencial ha venido a equipar dicha conducta con la de la tentativa inidónea. Así lo muestran diferentes resoluciones del Tribunal Supremo Español en los que, terminológicamente, da por sentado que nos encontramos ante supuestos completamente sinónimos.

Ello, a criterio del redactor del presente estudio, obedece a que el concepto jurisprudencial de la tentativa inidónea bien parece haber evolucionado hasta quedar relegado a los supuestos de absoluta inidoneidad para la consumación del delito. Con ello, decir que el Alto Tribunal reserva el concepto de la tentativa relativamente inidónea a aquellos supuestos en los que tras el examen *ex ante* de la conducta, llevado a cabo por un espectador objetivo, la misma se revelaba apta como para conseguir la consumación del hecho ilícito. Y en ese sentido, se preocupa especialmente por la inclusión del adverbio “relativamente”.

A contrario, cualquier otro supuesto que no cumpla dichos parámetros resultará mencionado como tentativa absolutamente inidónea. Es llegados a este punto, que analizada la situación bajo dichos parámetros, surgen diferencias entre todas las conductas absolutamente inidóneas abriéndose con ello dogmática, terminológica y doctrinalmente otra serie de manifestaciones de la tentativa que revisten idéntica solución final: la conducta no resulta apta para consumir el delito.

Como se ha advertido al inicio, el rasgo que caracteriza la conducta llevada a cabo por el sujeto activo en supuestos de tentativa irreal comprende la imposibilidad de consumarse el delito a consecuencia de que la conducta supone un fin ilusoriamente creado en el sujeto activo del ilícito².

Esta idea se puede observar en resoluciones como la STS 2122/2002³, en la que su tenor literal, tras el análisis de las instituciones punibles en grado de tentativa en nuestro ordenamiento, establece que:

Conforme a tan pacífica doctrina jurisprudencial sólo está excluida de la penalidad la tentativa inidónea, con inidoneidad absoluta, o sea la irreal o imaginaria, que pretende matar al enemigo con conjuros o prácticas mágicas,

¹ STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 7 de febrero de 2007, número de resolución 77/2007, número de recurso 586/2006, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

² STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 15 de noviembre de 2011, número de resolución 1221/2011, número de recurso 483/2011, Ponente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

³ STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 20 de enero de 2003, número de resolución 2122/2002, número de recurso, 318/2002, Ponente Eduardo Moner Muñoz.

pero no la de idoneidad relativa, que puede revelar la ineficacia temporal o momentánea en atención a las circunstancias, pero que no empece que acredite su virtualidad en otras condiciones.

La misma línea es la seguida por la STS 1326/2003¹, con cita de las SSTS de 15 de marzo de 2000, de 2 de junio de 2000 y 2122/02, de 20 de enero, al establecer:

“Que los actos realizados sean objetivamente aptos o adecuados para la producción del resultado es exigencia prevista en el art. 16-1º como ya se ha dicho y tiene por consecuencia que la tentativa se vertebra alrededor de la idoneidad de los actos iniciados por el autor, existiendo como tal en los casos en los que se aprecie tal adecuación de medios al fin apetecido, con lo que la pretendida impunidad de la tentativa inidónea por idoneidad relativa no es tal, manteniéndose en definitiva la situación del anterior Código Penal, sólo que con distinta sistemática, de suerte que la tentativa irreal, imaginaria o inidónea absolutamente, queda situada extramuros del Código Penal, como también quedan fuera de la respuesta penal los llamados delitos putativos (el sujeto realiza una acción no tipificada penalmente, creyendo que sí lo está) o los "delitos" absolutamente imposibles por inexistencia de objeto, pero la inidoneidad relativa será punible como tentativa precisamente porque los medios serían los objetivamente adecuados para el fin apetecido en una valoración ex ante y desde una perspectiva general”

4.1. Delito putativo

Respecto del delito putativo, nuestra jurisprudencia más autorizada siempre ha sostenido una posicionamiento unánime en torno a su impunidad. A pesar de lo anterior, el criterio que se sostenía anteriormente en cuanto a la equiparación jurisprudencial de la tentativa absolutamente inidónea con cualesquiera otros supuestos doctrinales –excepción hecha de la tentativa relativamente inidónea– vuelve a salir a la luz en diferentes resoluciones judiciales.

Así, la STS 6385/1992², viene a recoger en su dicción literal que el recurrente pretendía enmascarar su conducta en la de “un supuesto de tentativa inidónea, de delito putativo, entendido en sentido amplio, o en fin, de delito aparente”. A pesar de ello, señalábamos el criterio unánime de su impunidad, por cuanto la citada resolución continúa en conceptuar dicha figura como aquella en la que “la imposibilidad de la realización es inicial y preconstituida, estando descartado desde el principio al fin el peligro para el bien jurídico protegido”.

En este sentido, invocamos también la STS 4904/1993³ que señalando como definitorio el concepto ofrecido por la STS de 27 de marzo de 1987, configura el elemento característico de la misma en que se lleva a cabo la conducta por parte del individuo “como ejecución de un hecho atípico, creyéndole típico”.

¹ STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 3 de octubre de 2003, número de resolución 1326/2003, número de recurso 295/2003, Ponente Joaquín Giménez García.

² STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 21 de julio de 1992, número de resolución 6385/1992, número de recurso 1809/1990, Ponente Francisco Soto Nieto.

³ STS, Sala 2, Sección 1, de fecha 5 de julio de 1993, número 4904/1993, número de recurso 1616/1992, Ponente José Augusto de Vega Ruiz.