

TENTATIVA INIDÓNEA Y DELITO IMPOSIBLE

Como ya hemos dicho, no hay antijuricidad material si no hay desvalor de resultado, por lo que también en la tentativa se requiere una afectación del bien jurídico que en este caso ha de consistir en su puesta en peligro. Si la conducta realizada no genera peligro para el bien, será atípica aunque el sujeto tenga voluntad de consumir el delito y haya dado comienzo a la ejecución de los actos que, según su plan, deberían conducirlo a la consumación.

En este sentido, el requisito del peligro para el bien jurídico se cumple claramente en la llamada tentativa idónea, que se da cuando los medios empleados y el objeto sobre el que recae el intento eran aptos para conseguir la consumación del delito, aunque esta no llegue a producirse por causas posteriores, ajenas a la voluntad del sujeto (por ejemplo, dispara a una persona en zonas vitales causándole heridas graves que le hubieran causado la muerte si no fuera porque pasó por allí un médico que le salvó la vida). Comienzo de ejecución, peligro para el bien jurídico y dolo configuran aquí claramente los elementos típicos del delito intentado de que se trate en el caso concreto.

Pero también algunas tentativas inidóneas son típicas. Una tentativa es inidónea cuando los medios (escopeta descargada) o el objeto (disparar contra un cadáver) se muestran ex post como inadecuados para que se pueda producir el resultado consumativo (muerte de la persona) buscado por el sujeto activo. Para que una tentativa inidónea sea punible es necesario que reúna los mismos requisitos de la tentativa idónea, es decir, es necesario constatar si la conducta representaba un peligro, aunque fuera lejano, para el bien jurídico. Y ello porque, según el fundamento de la tentativa que aquí se sostiene, si antes era ya evidente que la acción que estaba llevando a cabo el sujeto no representaba peligro alguno para el bien jurídico, la conducta no debe considerarse típica.

Desde este planteamiento, cabe distinguir tres clases de tentativas inidóneas:

- a) La tentativa irreal o supersticiosa (por ejemplo, intentar matar a alguien con conjuros, atravesando con alfileres un muñeco, etcétera) ha de considerarse atípica por razones político-criminales evidentes, en la medida en que no representa un peligro real (ni siquiera lejano) para el bien jurídico protegido en el correspondiente delito.
- b) La tentativa absolutamente inidónea se refiere también a supuestos en los que no existe un mínimo de peligrosidad para el bien jurídico protegido (el autor quiere envenenar a la víctima con azúcar o derribar un avión a pedradas). La conducta también se considerará atípica.

En los dos casos anteriores, el fundamento objetivo impide una extensión de la punibilidad a casos que más que un peligro para el bien jurídico o un mal ejemplo para la comunidad, mueven a risa o compasión por el sujeto.

- c) Sin embargo, sí será típica (si se dan el resto de los requisitos) la tentativa (relativamente) inidónea. Esta tentativa se da cuando, a pesar de que el sujeto realiza una conducta que era inidónea para consumar el delito, cabe decir que *ex ante* era peligrosa para el bien jurídico. Lógicamente, este último requisito (la peligrosidad de la acción) debe medirse, como dice el Artículo 16,1 Código Penal Español, «objetivamente», es decir, con criterios objetivos que valoren el propósito del autor situándose en sus circunstancias y en el contexto en que actuó. Como ya hemos dicho antes, la mera existencia de dolo de consumar el delito, sin comenzar la ejecución del delito y sin peligrosidad objetiva para el bien jurídico, no es suficiente base para fundamentar la imposición de una pena. Sin embargo, la verificación de la peligrosidad objetiva no puede prescindir de la representación de las circunstancias que tenga el autor. Disparar contra un cadáver, creyéndolo una persona viva, o con una pistola descargada, creyéndola cargada, no son conductas objetivamente peligrosas para el observador imparcial que conozca la realidad; pero pueden ser consideradas como peligrosas e idóneas para matar para ese

mismo observador imparcial que crea, como el autor, que el cadáver es una persona viva o que la pistola está cargada. En cambio, en los casos de la tentativa irreal o absolutamente inidónea, el mismo observador imparcial, es decir, un hombre medio, en ningún caso podría admitir la peligrosidad de la acción. Es aquí, por lo tanto, donde debe buscarse el límite de la punibilidad de la tentativa. Igual que hemos visto en relación con otros problemas de la Teoría del Delito (relación de causalidad, imputación objetiva, margen de error en la apreciación del presupuesto objetivo de las causas de justificación, etc.), la conducta del sujeto, tanto en su vertiente objetiva, como subjetiva, siempre debe ser valorada objetivamente, *ex ante*, con ayuda de criterios como la adecuación social, el riesgo permitido, etc. Si con esta consideración *objetiva ex ante* se admite que el sujeto podía *razonablemente* pretender la consumación del delito de esa manera, su conducta podrá considerarse típica de tentativa, por más que *ex post* (sabiendo ya, por ej., que la pistola estaba descargada), dicha consumación hubiera sido imposible. Una vez admitido esto, es irrelevante, por ejemplo, que la inidoneidad se deba a los medios (pistola descargada) o al objeto (cadáver).

En consecuencia, desde el punto de vista aquí mantenido a efectos de tipicidad y pena no hay diferencia entre tentativa idónea e inidónea, pues solo será típica la que objetivamente, con una consideración *ex ante*, puede llegar a materializarse en la consumación del delito.

Referencia:

Muñoz-García (2010) *Derecho Penal parte General*. Editorial Tirant Lo Blanch.

Recuperado de

https://www.derechopenalenlared.com/libros/Derecho_Penal_Parte_General_Munoz_Conde_Mercedes_Aran.pdf