

Frustración y tentativa imposible de homicidio

JUAN DEL ROSAL

Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad
de Valladolid, Abogado de los I. Colegios de Valladolid,
Burgos, Zamora y Madrid

SUMARIO: I. *Supuesto de hecho.*—II. *Calificación del Tribunal "a quo".*—III. *Impugnación de la mentada sentencia por el recurrente.*—IV. *Breve comentario de la Sentencia pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo.*

I. Supuesto de hecho

La Sentencia de 2 de noviembre de 1951 da como "hechos probados", los siguientes: "Que en V., el día 8 de mayo de 1948, al regresar de las faenas del campo el procesado N. G. G., en unión de su hermano C., encontraron junto al cementerio de la citada localidad a J. B. G., quien se dirigió al procesado insistiendo en la petición de que cumplierse con ella —contrayendo matrimonio—, ya que imputaba al procesado el estado de embarazo en que J. se encontraba, petición que venía reiterando primeramente a partir de los primeros días del mes indicado, produciéndose en ambos la consiguiente discusión, ante la negativa del procesado a requerimiento de aquella, llegando entonces L. B. G., hermano de aquella que portaba una rejada de las utilizadas para conducir el ganado, quien intervino en la discusión en apoyo de las pretensiones de su hermana, degenerando la discusión en pelea, en el curso de la cual el procesado, sacando un revólver marca "Smith Wesson", número 344710, para cuya tenencia carecía de la guía y licencia necesaria, hizo con dicha arma tres disparos contra L., hiriéndole, lamentándose L., diciéndole que le había matado, a pesar de lo cual N. volvió a disparar otras dos veces contra su víctima, con propósito de concluir con su vida, haciendo el último disparo encontrándose el L. de espaldas al procesado y habiéndole causado cinco heridas, una en el sexto espacio intercostal izquierdo, otra en el tercer espacio del propio lado, dos en el brazo izquierdo y otra en la cara posterior externa del hombro, sufriendo igualmente L. una contusión en la región superciliar derecha, sin que conste como le fué originada. Lesiones, todas, que tardaron en curar veintidós días, sin que el pro-

cesado lograrse sus propósitos homicidas debido posiblemente a que por no ser las cápsulas que disparó las propias del arma, no hacían perfecto ajuste, circunstancias estas desconocidas por el procesado, produciendo las lesiones en sedal y sin que llegaran a penetrar en la cavidad torácica que hemos hecho mención; en la reyerta resultó el procesado con una lesión de la que curó a los siete días, sin quedarle defecto ni deformidad y sin que se haya probado la forma en que fué producida. El procesado, una vez disparados todos los proyectiles que portaba en el arma, huyó del lugar, siendo perseguido por J. y otros familiares, habiendo aquélla arrojado piedras ante la casa de T. G., padre de N., habiendo producido daños valorados en 46,60 pesetas”.

II. Calificación del Tribunal “a quo”

La anterior narración fué en su día calificada, en virtud de Sentencia pronunciada por la respectiva Audiencia Provincial, como constitutiva de dos delitos. Uno, de homicidio en grado de frustración y penado en el artículo 407 en relación con el art. 3, ambos del C. p. español vigente. Y otro, de tenencia de armas, igualmente previsto y castigado en el artículo 254, del mismo texto legal, imponiéndole a N. G. G., la pena de seis años y un día de prisión mayor por el primer delito, y la de dos años, cuatro meses y un día de prisión menor por el segundo, sin especial estimación de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal. Aparte de las consiguientes accesorias y costas. Y en cuando a los restantes comportamientos apreció que podían ser constitutivos de dos faltas. Una, de lesiones; otra, de daños, acordando deducir el oportuno testimonio para la celebración de juicio por el Juzgado correspondiente (1).

III. Impugnación de la mentada sentencia por el recurrente

Amparándose en el art. 847 y el núm. 1 del 849 y demás concordantes de la Ley Rituaria Criminal se formalizó recurso de casación contra la decisión judicial del Tribunal de instancia, articulándolo en los motivos siguientes: 1.º Infracción, y por consiguiente, aplicación indebida de

(1) “Artículo 3.º 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; 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.

Artículo 407. El que matare a otro será castigado, como homicida, con la pena de reclusión menor.

Artículo 254. La tenencia de armas de fuego, fuera del propio domicilio, sin poseer la guía y la licencia oportuna, o en el propio domicilio, sin la guía de pertenencia, se castigará con la pena de prisión menor.”

los arts. 3 y 407 del Código y por falta de aplicación del 422 (2); y 2.º Articula un segundo motivo subsidiario y "ad cautelam" por infracción y consiguiente aplicación indebida del párrafo 2.º del art. 3.º, en relación con el art. 407 y falta de aplicación del párrafo 2.º del art. 52 en relación con el art. 407 (3), todos ellos del Código penal.

En líneas generales, la tesis del recurrente, por lo que atañe al primer motivo invocado de casación viene fundado en la falta de intención homicida, que precisamente se contradice con los supuestos fácticos, ya que se reconoce en uno de los pasajes de aquellos cuando nos dice "sus propósitos homicidas".

Y en cuanto al segundo de los motivos se aduce, en resumen, que los medios no eran idóneos para producir el resultado, o sea, el supuesto de la tentativa imposible.

IV. Breve comentario de la Sentencia pronunciada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Aparte de la oposición expresada "in voce" tanto por el Ministerio Fiscal cuanto por la parte representada por el recurrido, la Sala Segunda rechaza la casación de la decisión dada por el Tribunal inferior, razonando su tesis en los "considerandos" siguientes: "Que la desestimación del motivo primero del recurso se impone justamente en presencia de los supuestos de hecho que la sentencia recurrida declara probados, por el número de disparos dirigidos contra la persona ofendida, por las lesiones que en ella produjeron, y por la situación en que se hallaba respecto a su agresor y finalmente por la categoría e inequívoca afirmación de que el sujeto activo del delito, siguió disparando sobre la víctima, a pesar de los lamentos de ésta que decía que le había matado, y con el propósito de concluir con su vida; todo lo cual revela y significa con certeza indiscutible una actuación completa en lo subjetivo y en lo objetivo encaminada a consumir el homicidio, no culminando el resultado que se había propuesto el agente por causas ajenas a su voluntad, para él desconocidas e imprevistas, como lo sería posiblemente el imperfecto ajuste de las cápsulas del revólver con el que disparó, ignorando también esta circunstancia, de donde se deduce claramente delineada la frustración de aquel delito, según los términos que emplea para definirlo el art. 3 concordado con el 407, ambos del Código Penal, como lo estimó con pleno acierto la sentencia impugnada, negando la comisión de un simple delito de lesiones".

(2) "Las lesiones no comprendidas en los artículos precedentes, que produzcan al ofendido incapacidad para el trabajo por más de quince días o necesidad de asistencia facultativa por igual tiempo, se reputarán menos graves y serán penadas con arresto mayor o destierro y multa de 1.000 a 5.000 pesetas, según el prudente arbitrio de los Tribunales.

Quando la lesión menos grave se causare con intención manifiesta de injurias, o con circunstancias ignominiosas, se impondrá, además del arresto mayor, una multa de 1.000 a 5.000 pesetas."

(3) La misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito. (Artículo 52, párrafo segundo.)

Así, pues este razonamiento puntualiza, con un acierto incontrovertible, los dos supuestos que se oponen evidentemente a la admisión del primero de los motivos: uno, la claridad con que canta de plano la relación fáctica el ánimo homicida; otro, inferir esta intención o propósito de muerte de las circunstancias concurrentes en la conducta. Y estas confluyen, en última instancia, en la realización entera del llamado delito frustrado de homicidio.

Los obstáculos explanados tanto en el escrito de formalización cuanto en el informe oral por la parte recurrente quedan desvanecidos si se procede a una lectura atenta y meditada de los "hechos probados". Y es que en buena medida la débil consistencia del recurrente salta a la vista, con sólo pensar que los "hechos" se han contemplado, desde un plano objetivo; con clara omisión de la dirección finalista que tiñe y espolea la conducta del agente (4). Cualquier actitud o movimiento perpetrado por el hoy condenado va cifrado en una precisa finalidad, cuyo objetivo es la muerte de la víctima. Y de aquí, que aquellos prácticos antiguos, duchos en experiencia de la vida jurídica y con una mentalidad pegada al ca suísmo de los hechos nos respuntearan una inagotable gama de reglas y consejos para colegir la intención homicida, y deslindar, de esta manera, el *animus* de lesionar del de matar (5). Viejo planteamiento, de un problema que siempre retorna con nuevo empuje, y que exige más que el manejo de la técnica penal un conocimiento de saber discriminar con agudeza los casos de la vida y una exploración, por tanto, de las llamadas situación del hecho y del autor, criminológicamente hablando. Entre otros elementos de juicio determinantes de la intención de matar, apunta CARRARA, por ejemplo: a) la causa para delinquir; b) la naturaleza de las armas empleadas; c) el número y la dirección de los golpes, cuando la dirección fué dependiente de la voluntad (6). Destaca fundamentalmente la "causa para delinquir", la cual conceptúa, apoyándose en testimonio de otros penalistas, como criterio firme para admitir o excluir el *animus occidendi*, si bien los prácticos también admitieron como orientación concluyente el uso de las armas contundentes (7).

Así, la intención de matar se infiere, del medio empleado, de la distancia, de la clase de herida, de la relación entre los sujetos intervinientes, y finalmente, de todo cuanto sirva para ascender hasta la actitud subjetiva del supuesto inculpable, ya que en razón al dogma de que sólo interesa a fines penales lo manifestado, tendremos que remontar desde lo sucedido hasta dar con el meollo de la idea delictiva, concebida y puesta en práctica por el sujeto activo. Sobremanera interesante es recordar el pasaje en que FEUERBACH explana los presupuestos para llegar al conocimiento de si efectivamente hubo intención de matar, los cuales consisten: a) el gran espacio de tiempo entre la ejecución del hecho y la causación exterior de la voluntad, esto es, entre manifestación de vo-

(4) V. H. WELZEL: *Das neue Bild des Strafrechtssystems*; verlag D. Schwartz-Göttingen, 1951; pág. 17.

(5) Véase F. CARRARA: *Programa Parte Especial*. Vol. I. Ed. "Depalma". Buenos Aires, 1945; pág. 86 y otras.

(6) Véase F. CARRARA, obra citada, pág. 85.

(7) Véase F. CARRARA, obra citada, págs. 86-87.

luntad y resultado; b) de si la perpetración ha sido preparada; c) estudio de todas aquellas circunstancias que delatan la relación entre el acto de matar con un medio para obtener un determinado fin (8).

La dificultad es mayor aún, en este sentido de valoración de los "hechos" para el penalista español, por verificar la distinción entre "tentativa" y "frustración"; que en la mayoría de los países no se efectúa (9). Pero aun cuando se dan de común determinadas características, no cabe duda que en el delito frustrado se han ejecutado todos los actos o por mejor decir técnicamente, se ha agotado la acción ejecutiva (10) en tanto que en la tentativa tan sólo se ha comenzado a ejecutar. Y en razón a esta diferenciación, el "considerando" transcrito plantea si realmente se han perpetrado todos los llamados "actos ejecutivos". Mejor aún, si el agente ha hecho todo cuanto requiere el verbo matar a otro. Y parece que no admite vuelta de hoja, ya que en verdad ha actuado "objetiva" y "subjetivamente", tal como exige el art. 407, para producir el resultado previsto, que no es otro, sino la muerte de una persona. Veámoslo con los "hechos" narrados más de cerca.

La "acción ejecutiva", que diría el agudo VANNINI ha sido llevada a su último estadio, por cuanto no cabe duda a la vista de los "hechos", y a pesar de ello el resultado que debería ser, algo así, como el producto causal de lo ejecutado no ha aparecido, con lo que da vida al llamado delito frustrado (11). Así por ejemplo: a) emplea un arma de reconocida capacidad mortífera; b) persiste en su propósito homicida a pesar de las lamentaciones de muerte de la víctima; c) apenas si media distancia entre agresor y ofendido; d) desconoce la circunstancia de la falta de ajuste de las cápsulas; e) incluso huye del lugar ante la creencia de haber logrado su idea homicida. ¿Cabe mayor enumeración de detalles, delatores del deseo de producir la muerte del ofendido? Y sin embargo, no lo ocasiona por causas ajenas a la voluntad del agente. ¡Y tan ajena como fué, en este caso, la posible inadecuación de las cápsulas al arma utilizada!

Todavía resalta más aún la congruencia de apreciar la frustración, si no se olvida la naturaleza eminentemente "subjetiva" de esta noción delictiva, que al igual que la tentativa implica una confirmación de lo que WELZEL afirmaría estado doloso de la conducta, esto es, de cómo en

(8) Véase A. R. VON FEUERBACH: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Giessen, 1836; págs. 203-206.

(9) Véase para un estudio detallado y con aciertos dignos de la agudeza y seria formación jurídico-penal, la monografía, en su segunda edición, de O. VANNINI: *El problema jurídico del tentativo*, Milano, Giuffrè, 1950; pág. 106; en que juzga irracional la figura del delito frustrado que en el artículo 62 regulaba el Código de Zarnardelli.

(10) Véase la obra acabada de citar de VANNINI, pág. 108.

(11) Véase, para un certero planteamiento de la conducta dolosa, en el homicidio, la obra de O. VANNINI: *Delitti contro la vita*. Milano, Giuffrè, 1946; especialmente páginas 20 y siguientes. También de interés, J. GRAVEN: *Meurtre, assassinat, ou meurtre par passion?*, en Schw. Z. für Strafrecht 61. Jahrgang, 1946; HAFTER, pág. 371 y siguientes.

Para un examen de la llamada intención de matar, véase G. MAGGIORE: *Principi di Diritto Penale*. Vol. II: *Parte Sociale*, Bologna, 1938, pág. 606, y, concretamente, la nota (1).

este caso concreto el acto está pleno de contenido jurídico, ya que la finalidad perseguida por el autor forma parte de la acción, incorporando, en consecuencia, el dolo a la teoría de ésta, con lo que resulta valorizada jurídicamente la conducta humana, sin que sea necesario esperar hasta llegar al análisis de la culpabilidad.

La contemplación de lo acaecido, que "objetivamente" se traduce en unas lesiones, sólo nos sirve para penetrar en el ánimo de la persona, y desgajar de aquél su reprochable intención de producir la muerte de un individuo. Cabría, pues, decir que es la contrafigura de la preterintencionalidad, ya que aquí se ha producido menos de lo que quería el culpable. Lo exige, de una parte, la narración de los "hechos"; y de otro lado, la misma noción aplicable de frustración. Porque es incomprensible la postura que intenta explicar los dos segundos disparos, después de decir L. que le había matado, como un acto mecánico, y llegar al enjuiciamiento jurídico-penal, teniendo como punto de mira el nuevo resultado de lesiones, cuando éste pregona a las claras una determinada intención subjetiva, simbolizada en el propósito de privar a otro de la vida.

La orientación jurisprudencial precedente, sostenida en las Sentencias de 16 de febrero de 1946, 17 de noviembre de 1922 y 20 de marzo de 1934 marcaban ya la actual decisión judicial.

Y en el segundo de los "considerandos" se aborda la desestimación del segundo motivo de casación en los términos siguientes: "Que igualmente es debido desestimar el segundo motivo del recurso por inadecuación del mismo a la resultancia de hechos probados, en la que no se halla acreditada de manera indudable la imposibilidad de producir la muerte del sujeto pasivo del delito con el medio empleado por el agente en la realización de su propósito homicida, ya que sólo en términos hipotéticos se expresa el Tribunal sentenciador, respecto a dicho particular y en realidad quedaron ignoradas las causas siempre extrañas a la intención del delincuente, por las cuales no penetraron los cinco proyectiles en la cavidad torácica del agredido o no lesionaron órganos más vitales de éste, ello aparte de que la sanción impuesta al reo sería correcta y procedente, aun en el caso de imposible producción del homicidio, equivalente a la tentativa conforme el párrafo 2.º del art. 52 del Código penal que se invoca como infringido en el indicado motivo del recurso, con carácter subsidiario".

La anterior argumentación se apoya en que, a tenor del párrafo segundo del art. 52 del texto "punitivo vigente" demanda imperativamente la "imposibilidad" de ejecución o de producción del delito. En uno u otro caso, la "imposibilidad" había de extraerse de la resultancia de los "hechos". De suerte, que la ausencia de "imposibilidad" aleja la aplicación de este precepto. Para nada se dice en el susodicho precepto, de si aquella "imposibilidad" es relativa o absoluta, aun cuando parece regir la llamada "relativa". La misma redacción de este párrafo engendra diversas interpretaciones, que no son del caso citar. Únicamente nos interesa hacer constar, que los "hechos" deben demostrar que no se llegó a realizar todos los actos ejecutivos o que una vez ejecutados no se produjo el resultado, porque tanto en el uno como en el otro fué "imposible".

Luego, si se demuestra lo contrario pierde automáticamente su efecto aplicativo este párrafo. Y de una premisa está bien seguro el actual Tribunal decidor, que en los "hechos probados" se prueba exclusivamente que el procesado no logró sus propósitos homicidas "debido posiblemente a que por no ser las cápsulas"; de donde se infiere que tan sólo el Tribunal de instancia supuso una imaginativa explicación del por qué no se produjo la muerte de la víctima, quedando sepultadas las causas de la imposibilidad de la producción del resultado.

Por lo demás debe añadirse, que se trata en todo caso de una conducta, que ha recorrido la fase ejecutiva completa, y que, por tanto, es extraña su inscripción en el párrafo 2.º del art. 52. Tampoco cabe desconocer la difícil y siempre desconcertante expresión de este párrafo, pues la Sala apeló en última instancia a la paridad de pena, ateniéndose, con buen sentido, a la misma colocación sistema del precitado artículo.

La desestimación de este segundo motivo habría de buscarse en un análisis del proceso ejecutivo del delito, que, a nuestro entender, es completo, y que, según la doctrina jurisprudencial, en la tentativa es "fase delictiva semiplena". Sin que se eche en olvido que una buena y compleja delimitación entre tentativa y frustración nos deparará la clave de decisión en este supuesto fáctico, ya que la "imposibilidad" de producción del resultado es siempre patente en el delito frustrado, contando con que tiene su origen en causas ajenas a la voluntad del agente, las cuales han concurrido en pareja manera en estos "hechos".

Ahora bien; si nos instalamos en la situación del hoy condenado parece que, por su parte, entendió que había realizado todo cuanto estuvo de su parte. El delito es no sólo total subjetivamente, sino que objetivamente él lo consideró realizado, y sólo quedaría después sorprendido al conocer que tan sólo produjo lesiones. Luego el resultado no llega, en virtud de unas circunstancias bien alejadas de la perspectiva delictiva de agente.

Enlace entre el elemento subjetivo y objetivo, ya especificados en otro fallo, de particular interés a este respecto, puesto que resuelve también un supuesto de delito frustrado de homicidio. Viene a decir la doctrina jurisprudencial que se requiere la concurrencia de ambos elementos para la puesta en práctica de la frustración. Y así: "El elemento subjetivo del delito de homicidio frustrado, cual es el propósito de producir la muerte de cierta persona, y el objetivo consistente en la ejecución directa de ese propósito, con medios tan ordinariamente eficaces como los de dirigir desde corta distancia dos disparos entre zonas del cuerpo de la víctima donde radican órganos vitales, y órganos cuya existencia conocen incluso los menos versados en Anatomía, y cuya lesión puede causar el fallecimiento inmediato, según es también del dominio vulgar, aun entre gentes que carecieren de la instrucción más rudimentaria."

En el siguiente "considerando" reafirma la noción del delito frustrado y pone mano en lo concerniente al delito imposible del modo siguiente: "Que la coincidencia de dichos dos elementos completa la fi-

gura jurídica de la frustración, conforme la define el párrafo segundo del artículo 3.º del Código penal, sin que valga aducir en contrario el escaso daño físico de los disparos, por causas que la sentencia no revela, pero desde luego extrañas a la intención dolosa del agente, ni la consecuencia que pretende extraer de ser instrumento inidóneo para matar una pistola de marca difundida en el comercio de armas, y que tampoco consta tuviera defecto alguno de funcionamiento, ello aparte de que la teoría del delito imposible, máxime de imposibilidad sólo relativa, uno de los temas tocados en el recurso, lo es ya de mera especulación científica desde que nuestro Derecho positivo, por apoyarse, acerca de este punto, sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia, equiparó para fines penales tal clase de actos, antes excluidos, a los de tentativa que sanciona el artículo 52 del Código mismo, y se da el caso de que, dentro de los límites señalados, se comprende la pena impuesta" (12).

(12) Véase *Jurisprudencia Criminal, Edición Oficial*. Madrid, 1949; pág. 413-