

Delito imposible y tentativa de delito en el Código penal español

GONZALO RODRIGUEZ MOURULLO

Catedrático de Derecho penal en la Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. Delito imposible y tentativa de delito.—II. El párrafo segundo del artículo 52 como norma extensiva.—III. Fundamento y requisitos del delito imposible.—IV. Ambito de aplicación: A. Delito imposible y delito putativo.—B. Inidoneidad de autor, de medios y de objeto.—V. El desistimiento.

I. *Delito imposible y tentativa de delito.*

Tentativa de delito y delito imposible son, a nuestro juicio, dos instituciones distintas, que responden a principios fundadores diferentes y, en cierto modo, contradictorios. Aparecen hoy como dos instituciones superpuestas, que pertenecen a estratos del Código temporalmente diversos y obedecen a concepciones político-criminales también distintas. Los supuestos de hecho que caen bajo sus respectivos ámbitos de aplicación, son diferentes.

El artículo 52, párrafo segundo, como reiteradamente ha declarado el Tribunal Supremo, «se limita a equiparar en penalidad el delito imposible a la tentativa de delito» (1).

Con el fin de salvar la evidente contradicción en los principios que entraña concebir objetivamente la tentativa (art. 3.º), y al mismo tiempo considerar punible al delito imposible, se han propuesto algunas interpretaciones doctrinales que tienden a unificar el campo de aplicación de ambas figuras. La unificación se ha ensayado en dos direcciones. Por un lado, tomando como punto de salida el artículo 3.º se trató de entender en sentido objetivante el párrafo 2.º del artículo 52. Por otro, partiendo del propio artículo 52, párrafo segundo, se pretendió atribuir un significado subjetivante al artículo 3.º.

El primer camino es el que sigue Antón. Comienza Antón llamando la atención sobre la circunstancia de que nuestro Código no trata del delito imposible en el artículo 3.º, donde se definen ia

(1) Sentencia de 8 de febrero de 1965. En el mismo sentido, Sentencias de 15 de enero de 1947, 9 de abril de 1952, 13 de junio de 1955 y 28 de abril de 1959.

frustración y la tentativa, sino en el 52, dedicado a las reglas de aplicación de la pena según los diversos grados del delito, y añade: «Si se tiene en cuenta que en las definiciones del artículo 3.º están excluidos los casos de imposibilidad absoluta o de ausencia de tipo, pero no los de imposibilidad relativa, cabe pensar que el párrafo segundo del artículo 52 es un precepto de referencia, alusivo a los casos de imposibilidad relativa, ya comprendidos en las definiciones generales del frustrado y de la tentativa consignadas en el artículo 3.º. La finalidad sería doble: oponerse a la equivocada doctrina de la jurisprudencia anterior, que había excluido de la punibilidad no sólo los casos de imposibilidad absoluta, sino también los de la relativa y reducir la pena a la correspondiente a la tentativa, en lugar de la asignada al delito frustrado, aunque el culpable del delito relativamente imposible hubiera realizado todos los actos que con arreglo a su proyecto deberían haber producido el resultado. En abono de esta tesis vendría la teoría general del delito imperfecto en nuestro Código, que está muy lejos de ser subjetivista, como lo prueba la menor penalidad del delito no consumado y la impunidad de la mayor parte de los actos preparatorios» (2).

La verdad es que el tenor del párrafo 2.º del artículo 52 no propicia la distinción entre imposibilidad relativa y absoluta, permitiendo dejar a ésta fuera (3). A mayor abundamiento hay que tener en cuenta que el artículo 5.º de la ley de 24 de enero de 1941 sobre protección de la natalidad, la más inmediata fuente de inspiración del párrafo 2.º del artículo 52 (4), consideraba punible tanto los casos de imposibilidad relativa como absoluta. Por lo demás, ni la voluntad del legislador (5) ni la de la ley parecen haber perseguido la primera de las finalidades que Antón atribuye al artículo 52, 2.º: oponerse, como mero precepto de referencia, a la doctrina jurisprudencial que había excluido del artículo 3.º los casos de imposibilidad relativa. La finalidad del párrafo 2.º del artículo 52 no es la de fijar, en virtud de una especie de interpretación auténtica correctora de una equivocada praxis judicial, los verdaderos límites del artículo 3.º, sino la de *ampliar* los límites de la punibilidad, apartándose precisamente de los criterios objetivos conforme a los que se definen la tentativa y frustración. El artículo 52, párrafo 2.º, es una muestra clara de la voluntad de la reforma de 1944 de ensanchar, desbordando la concepción

(2) J. ANTÓN, *Derecho penal*, I, (Madrid, 1949), pág. 417.

(3) La interpretación de Antón fue calificada por R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible* (Salamanca, 1963), pág. 157, de «un tanto forzada».

(4) F. CASTEJÓN, *Génesis y breve comentario del Código penal de 1944* (Madrid, 1946), pág. 38; J. DEL ROSAL, *La personalidad del delincuente en la técnica penal* (Valladolid, 1953), 2.ª edición, pág. 157.

(5) Significativo el comentario de F. CASTEJÓN, *Génesis*, cit., pág. 38: «se introduce la punición de los casos de imposibilidad del delito», con lo que se da a entender que antes no estaba «dentro» del Código (el subrayado es nuestro).

objetiva, el ámbito de lo punible en base a criterios *subjetivistas* (6), como lo es asimismo la punición con carácter general de la conspiración, proposición y provocación para delinquir, en las que ni siquiera existe un comienzo de ejecución del hecho típico. Por eso mismo no puede buscarse, como pretende Antón, apoyo para interpretar en sentido objetivante el párrafo 2.º del artículo 52, en la concepción objetiva —sin duda objetiva—, que inspira los grados «reales» de ejecución. Estos permanecerán tal como estaban antes de 1944, si bien a ellos ha venido a *superponerse*, desde entonces, la punibilidad de los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito.

La segunda de las direcciones que ha pretendido unificar los campos de aplicación del artículo 3.º y párrafo 2.º del artículo 52, sigue una marcha de sentido contrario a la anterior. Se reconoce que el artículo 52, párrafo 2.º, no responde a una concepción objetiva de la tentativa, sino subjetiva (o al menos mixta, subjetivo-objetiva), y partiendo de este postulado se trata de demostrar que en el artículo 3.º tiene cabida tanto la tentativa idónea como la inidónea, es decir, se persigue interpretar al artículo 3.º en sentido subjetivo. Este es el camino que emprendió recientemente en un sugerente artículo Suárez Montes, para quien «no está excluido un entendimiento según el cual también los casos de delito imposible serían subsumibles en la definición que de la tentativa da el artículo 3.º» (7). Para ello se impone una revisión de la interpretación que comunmente se ofrece del requisito legal del «principio de ejecución». Suárez Montes la lleva a cabo a base de disociar idoneidad y principio de ejecución, recogiendo el argumento (8) de que todos los casos de frustración son casos de inidoneidad de la acción del sujeto, y a pesar de ello nadie pone en duda la presencia no sólo de un *principio*, sino de *todos los actos* de ejecución. Por este camino se llega a la conclusión de que *ejecución* es distinta a *causación*. Según Suárez Montes: «Esta interpretación parece viable, e incluso cuenta, a nuestro juicio, con el apoyo del propio texto legal, al admitir éste que se puedan realizar *todos* los actos de *ejecución* sin que haya *resultado* (definición de la frustración, párrafo 2.º del artículo 3.º). Según esto, el término «actos de ejecución», empleado en la definición de frustración y tentativa, es una expresión desprovista de suyo de significación causal. Consecuentemente, los términos «*principio de ejecución*» y «*todos los actos de ejecución*», expresan los diversos estadios de progresión externa de la realización de la resolución delictiva. Es decir, que ambas definiciones son con-

(6) Cfr. J. DEL ROSAL, *La personalidad*, cit., pág. 144. Según reiteradas declaraciones jurisprudenciales, los casos a que se refiere el párrafo 2.º del artículo 52 del vigente Código, permanecían antes «fuera de la órbita de lo punible». Vid. Sentencias de 15 de enero de 1947, 6 de abril de 1949, 30 de diciembre de 1959 y 30 de septiembre de 1965.

(7) R. F. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en ADP (1966), pág. 226.

(8) Expuesto por J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Derecho penal*. R. Maurach, II (Barcelona, 1962), pág. 185.

ceptos formales, que aluden a las fases del proceso externo de la acción: no son conceptos materiales que impliquen la idoneidad de los medios o la existencia del objeto en orden al resultado... Lo que la ley exige es que haya un principio de ejecución por hechos exteriores y directos de esa resolución de realizar el delito. Se desemboca así en una concepción subjetiva de la tentativa, según la cual ésta es la transformación de la voluntad de cometer un delito en hechos exteriores. Admitida esta interpretación, según la cual bajo la definición del artículo 3.º cabe lo mismo la tentativa idónea que la inidónea, por ello, sólo aún no queda prejuzgada la cuestión de si en nuestro Derecho basta el elemento subjetivo (que ha alcanzado la aludida forma exterior de manifestación), o es necesario, además, un momento objetivo de peligro concreto. Esta es fundamentalmente la cuestión que habría venido a resolver la nueva disposición, declarando precisamente innecesario en tal momento; con ello se habría acercado nuestro Código a la teoría subjetiva» (9).

Ante esta argumentación es preciso comenzar señalando que hay dos aspectos de la cuestión que deben ser netamente separados. Una cosa es la posibilidad de diferenciar ejecución e idoneidad en abstracto, y otra distinta determinar si, conforme al artículo 3.º, los actos ejecutivos constitutivos de tentativa y frustración pueden ser inidóneos.

Ante el primer aspecto se impone de manera inconcusa la respuesta afirmativa. Ejecución y causación son efectivamente cosas distintas, y los actos ejecutivos no tienen necesariamente que ser idóneos. El acto ejecutivo puede ser idóneo o inidóneo (10). Como veremos más adelante, la distinción entre actos preparatorios (impunes) y actos ejecutivos, rige también en el marco de la tentativa imposible (11).

Ahora bien, la afirmación anterior no prejuzga la cuestión de si el artículo 3.º concibió a la tentativa en términos objetivos, exigiendo la creación de un peligro concreto y, por consiguiente, la idoneidad de los actos ejecutivos. Como es obvio, este problema no puede resolverse a base de proyectar la abstracta distinción entre actos ejecutivos y actos idóneos sobre el artículo 3.º, sino que, dando por supuesta la posibilidad de tal distinción, habrá de partirse del contenido del propio precepto legal. A este respecto se advierte que el argumento que pretende extraerse del propio artículo 3.º, «al admitir éste que se puedan realizar *todos* los actos de ejecución sin que haya *resultado*», no puede suscribirse. La no verificación del *resultado* en el caso concreto no prueba necesariamente la inidoneidad de los actos practicados. Cuando el agente propina las dosis eficaces y suficientes de veneno y la muerte no se produce porque accidentalmente

(9) R. F. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible*, cit., págs. 226-227.

(10) En este sentido, también J. CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa* (Valladolid, 1964), pág. 31.

(11) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* (Berlín, 1969), pág. 352.

interviene un tercero suministrando el correspondiente antídoto, no podrá decirse que los actos ejecutivos eran inidóneos. La misma doctrina de la tentativa imposible muestra, al distinguir una inidoneidad de los medios y una inidoneidad del objeto, que la no verificación del resultado —incluso la imposibilidad absoluta de que se realice—, es compatible con la plena idoneidad de los actos ejecutivos practicados. Los actos ejecutivos pueden ser perfectamente idóneos y el resultado no producirse sencillamente por la inexistencia del objeto. Precisamente el párrafo 2.º del artículo 52 al hablar de «imposibilidad de ejecución» y de «imposibilidad de producción del delito», parece haber querido recoger la distinción entre imposibilidad por inidoneidad de los medios e imposibilidad por inexistencia del objeto (12).

Los casos de frustración suponen siempre, ciertamente, un *fracaso* de la *acción* del sujeto, pero no necesariamente la inidoneidad de los *actos ejecutivos* practicados (13). Obsérvese, además, que cuando se dice que todos los casos de frustración son casos de inidoneidad de la acción, se está operando con una consideración *ex post* desde la cual, ya se sabe, toda tentativa es inidónea, porque reproducidos los hechos exactamente tal y como ocurrieron, nunca hubiera podido producirse el resultado. El problema de la idoneidad o inidoneidad de una acción sólo puede surgir con una consideración *ex ante* (14). De ahí que lógicamente la afirmación de que todo caso de frustración es un caso de inidoneidad de la acción conduzca a la imposibilidad de distinguir entre una frustración real y una frustración inidónea, lo que indudablemente supone colocarse en contra del ordenamiento positivo que reserva para ambas clases de frustraciones, a través de los artículos 51 y 52, párrafo 2.º, un tratamiento penal distinto, castigando a la primera con la pena inferior en grado a la señalada para el delito consumado, y a la segunda con la pena inferior en uno o dos grados, según arbitrio del Tribunal.

En definitiva, no toda frustración supone la inidoneidad de los actos ejecutivos y existe como expresamente reconoce el Código —artículos 51 y 52, párrafo 2.º—, una frustración real y una frustración

(12) F. CASTEJÓN, *Génesis*, cit., pág. 38: «... se introduce la punición de los casos de imposibilidad del delito, tanto en su ejecución por empleo de medios inidóneos, como en la producción del resultado criminal por inexistencia del objeto».

(13) Sobre los, a veces no advertidos, pero inexactos, desplazamientos del juicio de idoneidad, cfr. B. PETROCELLI, *Il delitto tentato* (Ristampa) (Padova, 1959), págs. 62-63: «El juicio de idoneidad debe tener por objeto, debe tomar en consideración, cada acto en su propia y específica función, y no puede ser trasladado más allá de ésta. Es la acción en su complejo, cuando se haya completado, la que debe ser referida al evento final, pero los actos singulares, como preparar el veneno, limpiar o cargar el arma, etc., no pueden referirse más que a su propia y específica finalidad... El juicio de idoneidad no puede ir más allá, hacia una eficiencia causal, digamos, definitiva, que aquellos actos singulares por sí solos, por su naturaleza, no pueden tener».

(14) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal español. Parte General* (Madrid, 1971), pág. 634.

inidónea. Admitido esto, queda en pie la posibilidad de seguir estimando que el artículo 3.º sólo se refiere a los actos ejecutivos de carácter idóneo que, precisamente por ello, crearon un concreto peligro para el bien jurídico. Con ello volvemos al planteamiento inicial y, como entonces advertíamos, el problema habrá de ser resuelto partiendo del contenido del propio artículo 3.º y no limitándonos a proyectar sobre él las en sí inobjetables distinciones entre *ejecución* y *causación*, entre actos ejecutivos *idóneos* y actos ejecutivos *inidóneos*.

La importante Sentencia de 23 de abril de 1962 descubre en el propio artículo 3.º datos que abonan una interpretación de sentido objetivista: «El texto del artículo 3.º, párrafo 2.º, que describe la acción frustrada sin hacer la más mínima concesión al factor anímico, y que con los términos «deberían producir como resultado el delito», a la par que remite implícitamente la solución del problema al campo de la causalidad material, conecta el modo potencial del verbo, no al plan criminal que se trazó el agente, sino a los actos de ejecución en sí, es decir, a sus condiciones ontológicas, apreciadas impersonal y objetivamente... Por consiguiente, en la verificación del contenido y magnitud de la acción, que el juzgador ha de llevar a cabo para comprobar si estuvo integrada por todos los actos apropiados para causar el resultado querido por el autor, ha de aceptarse como norma directriz la que nos proporcionan las leyes constantes de la experiencia común acerca de la aptitud, potencia e idoneidad de una serie de actos para producir un resultado determinado, lo que exige, por una parte, configurar concretamente el caso enjuiciado, con todas las circunstancias de medios, modos y formas, que rodearon su ejecución; y por otra, no olvidar que la verificación ha de practicarse teniendo en cuenta tan sólo el curso ordinario y normal de la causalidad, según el punto de vista de un prudente observador externo, ya que la irregularidad fortuita del curso causal y el fracaso de la acción es conceptualmente esencial al delito frustrado». Precisamente la Sentencia de 5 de febrero de 1966 señala que para trazar la diferencia entre *delito imposible* y *frustración* hay que atender a «las causas determinantes de la no consecución del delito» que «en el imposible son la falta de idoneidad del modo elegido o la ausencia del objeto o materia del delito», mientras «en la frustración los medios empleados son aptos».

La tentativa y la frustración aparecen concebidas objetivamente en el artículo 3.º. Presuponen la idoneidad de los actos ejecutivos y la existencia del objeto del delito. Los «casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito» no son *tentativa* o *frustración* en el sentido del artículo 3.º, y habrían de considerarse *atípicos* y, por consiguiente, *impunes*, si no existiese el expreso precepto del párrafo 2.º del artículo 52.

II. El párrafo 2.º del artículo 52 como norma extensiva.

Según lo anteriormente expuesto, el párrafo 2.º del artículo 52 *extiende* la esfera de lo punible, convirtiendo en típicos comportamientos que no lo son de acuerdo con la integración de la norma incriminadora del delito consumado y las disposiciones del artículo 3.º. Aunque sistemáticamente situado entre las reglas de aplicación de penas, el párrafo 2.º del artículo 52 contiene una norma de efectos *extensivos*, llamada a operar de modo similar a las contenidas en los artículos 3.º y 4.º. Por ello resulta sumamente criticable que no se hayan definido de manera más precisa los presupuestos que fundamentan la extensión. Como advirtió Quintano, falta en absoluto en nuestro Código una definición del delito imposible. Se omite toda referencia a él en el artículo 3.º y surge «un poco como por arte de magia» entre las reglas de aplicación de penas (15). Pero la verdad es que surge. De suerte que el párrafo 2.º del artículo 52 se convierte en una norma materialmente delimitadora del ámbito de lo punible.

Refiriéndose a la interpretación que ve en el párrafo 2.º una ampliación de la esfera de lo incriminable, señaló recientemente Suárez Montes que «según esto, se trata en última instancia de la introducción solapada de un título incriminatorio autónomo o *sui generis*, sin correspondencia normativa material» (16).

La observación plantea una doble problemática: la relativa a la base normativa material del delito imposible, y la del carácter *sui generis* o autónomo de éste.

Ciertamente, como hemos indicado, fuera del párrafo 2.º del artículo 52 no hay ningún otro precepto referente al delito imposible, pero ello no quiere decir que éste carezca de base normativa material, pues la tiene —con todas las deficiencias que se quiera—, en el propio artículo 52, párrafo 2.º, que pese a aparecer formal y sistemáticamente concebido como regla de aplicación de pena, posee virtualidad normativa material. Como indica acertadamente el propio Suárez Montes, «se trata ciertamente de un precepto que se encuentra entre las reglas de aplicación de la pena, pero que define el ámbito del injusto punible» (17).

La jurisprudencia ha declarado reiteradamente que no existe identidad entre el delito intentado del artículo 3.º y el delito imposible del párrafo 2.º del artículo 52, subrayando que se trata de títulos incriminatorios distintos, si bien equiparados a efectos de penalidad. Que se trate de títulos de incriminación distintos, no quiere decir que el delito imposible sea un título *autónomo de responsabilidad*. En la medida en que el párrafo 2.º del artículo 52 es una norma *extensiva e integradora*, deberá ser referida, caso por caso, a la norma incrimi-

(15) A. QUINTANO, *Comentarios al Código penal*, 2.ª edición (Madrid, 1966), pág. 349.

(16) R. R. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible*, cit., pág. 224.

(17) R. R. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible*, cit., pág. 227.

nadora principal. De la integración de ambas normas surgirá un nuevo título de responsabilidad distinto al del delito consumado, pero tributario de él del mismo modo que lo es el delito intentado, que resulta de la integración de la norma incriminadora principal y la extensiva del artículo 3.º. Por eso, que el Tribunal Supremo afirme que tentativa y delito imposible son títulos incriminatorios distintos, porque efectivamente distintos son sus presupuestos —idoneidad de los actos ejecutivos y peligro concreto del bien jurídico en el primer caso y no en el segundo—, y su tratamiento penal —en el delito imposible la penalidad para los supuestos en los que se han practicado todos los actos de ejecución es exactamente la misma que se establece para las hipótesis de simples principios de ejecución—, no supone reconocer que el delito imposible es un título de incriminación *autónomo* (18). No existe en nuestro Código un «delito imposible en sí», como no existe tampoco un «delito intentado en sí», sino delitos imposibles de homicidio, de daños, de hurto, de detenciones ilegales, etc. Por eso, el Tribunal Supremo no incurre en ninguna contradicción si, después de haber afirmado que delito intentado y delito imposible son títulos distintos de responsabilidad, admite la reincidencia entre delito imposible y delito intentado de aborto (19), porque tanto uno como otro título de incriminación no dejan de ser, en efecto, *delitos de aborto*. Surge aquí la reincidencia exactamente igual a lo que acontece entre delito consumado de aborto y delito intentado de aborto, que son también títulos incriminatorios distintos, pero de una misma figura. Y es asimismo correcta la posición jurisprudencial que rechaza la posibilidad de referir al delito imposible los grados de ejecución. «Tampoco debe prosperar —dice la Sentencia de 22 de abril de 1953—, la teoría del delito imposible en grado de tentativa con vistas a un nuevo descenso de la condena impuesta, como si constituyese aquél una figura delictiva específica de donde cupiere arrancar posteriores degradaciones según el desarrollo alcanzado por las acciones de que se trate». Artículo 3.º y artículo 52, párrafo 2.º, representan títulos de incriminación distintos, pero los dos contienen *normas extensivas e integradoras*, que postulan ne-

(18) Como interpreta, en cambio, R. F. SUÁREZ MONTES, *El delito imposible*, cit., pág. 225: «En la causa criminal que la motivó (se refiere Suárez Montes a la S. de 12 de noviembre de 1960) sostuvo el recurrente la improcedencia de apreciar la circunstancia agravante de reincidencia entre el «delito imposible» y los diversos «grados de ejecución del delito». Si los casos de delito imposible, y su pena, no lo fuesen de una verdadera tentativa, no faltaría cierta razón a quien pretendiese excluir la apreciación de dicha agravante entre aquellos dos conceptos de responsabilidad penal... Pero, si se afirma que el delito imposible no es sustancialmente una tentativa, sino un título autónomo de responsabilidad con una asimilación a efectos de penalidad y al margen de la «tipificación legal» de las formas imperfectas del delito, parece que no habría base suficiente para que pueda ser acogida sin reparos la reincidencia; faltaría tanto la identidad de título (criterio formal adoptado por nuestro Código), entre ambos conceptos delictivos, como también toda identidad sustancial entre ellos».

(19) Vid. Sentencia de 12 de noviembre de 1960.

cesariamente una integración con normas incriminadoras principales, y no pueden referirse mutuamente la una a la otra. No hay tentativa de delito imposible, como no hay tentativa de tentativa o tentativa de conspiración.

III. *Fundamento y requisitos del delito imposible.*

El fundamento de la punibilidad del delito imposible no puede, obviamente, buscarse en la creación de un peligro objetivo para el bien jurídico concreto contra el que el sujeto dirige su acción. Hay que renunciar, pues, a la explicación del delito imposible desde la perspectiva de una *teoría objetiva* (20). Queda sólo la alternativa de apelar a una *teoría subjetiva* (el fundamento de la punibilidad se hace radicar en la *voluntad rebelde* al ordenamiento jurídico que manifiesta el autor) (21), o bien a una *teoría mixta subjetivo-objetiva* al estilo de la que, con diversas variantes, se defiende por la actual doctrina dominante alemana.

Dado que nuestro Código concibe a la tentativa real del artículo 3.º en términos objetivos y que, en general, profesa una concepción predominantemente objetiva de lo injusto, debe descartarse la pura teoría subjetiva y estimarse más adecuada al Derecho positivo la teoría subjetivo-objetiva. La desviación que el párrafo 2.º del artículo 52 representa respecto a los principios generales que informan al Código resultaría aún mucho más intolerable si se operase con la teoría subjetiva pura. Realmente un Código que define a la tentativa en los términos en que lo hace el nuestro en el artículo 3.º, debería consecuentemente renunciar a la punibilidad del delito imposible, como, en efecto, sucedía en el Código precedente de 1932 (22). Pre-

(20) La Sentencia de 6 de abril de 1949 declaró que nuestro Derecho positivo se apoya, en materia de delito imposible, «sobre el principio espiritualista como génesis de delincuencia».

(21) La Sentencia de 30 de diciembre de 1955 apeló a la «temibilidad que manifiesta quien trata de realizar un hecho cuya ejecución resulta imposible». Esta fundamentación es absolutamente insatisfactoria. Vid. también en sentido crítico, R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*. cit., pág. 165. La «peligrosidad» del autor no puede fundamentar la imposición de una pena, que es retribución por un *hecho injusto* culpablemente cometido. Además, si el fundamento del delito imposible fuese la «peligrosidad» personal, la previsión del artículo 52, párrafo 2.º, debería considerarse o bien superflua, dado que para conjurar tal peligrosidad estaban ya las disposiciones del artículo 9.º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933, vigente en el momento de la sentencia, o bien como un precepto que venía a establecer injustificadamente un doble y acumulativo tratamiento penal —pena y medida de seguridad—, para un único y mismo presupuesto.

(22) El Código penal italiano, después de exigir expresamente la idoneidad de los actos para la existencia de tentativa (art. 56) —exigencia también implícita en nuestro artículo 3.º—, declara expresamente impune el delito imposible: «La punibilidad es asimismo excluida cuando, por la inidoneidad de la acción o por la inexistencia del objeto de la misma, es imposible el evento dañoso o peligroso» (art. 49, párrafo 2.º).

cisamente por estimar que el delito imposible no era punible, pero podía ser un inequívoco síntoma de la peligrosidad personal del autor, declaró el artículo 9.º de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933 que «los hechos que no constituyan delito por inidoneidad del medio o inexistencia del objeto» podrán ser «susceptibles de examen y consideración a los efectos de declarar el estado peligroso y la consiguiente aplicación de las medidas de seguridad».

La introducción de características objetivas, en la medida en que lo consienta la ley, en el fundamento de la punibilidad del delito imposible, hará lógicamente menos intolerable la contradicción que el párrafo 2.º del artículo 52 representa en el seno del total sistema del Código.

Conforme a la teoría subjetivo-objetiva no basta por sí sola la manifestación de una *voluntad rebelde* u hostil al Derecho, sino que se precisa además que tal voluntad encarne en una acción ejecutiva que quebrante la «realidad del Derecho como poder espiritual», que sea «intolerable para el Derecho como poder conformador de orden» (23), o que ponga en peligro «el general orden público» (24). La confianza de la colectividad en la vigencia del Derecho como un poder objetivamente conformador de la vida social, se vería conmovido —asegura Jescheck— si quedara impune el que ha iniciado seriamente la ejecución de un grave hecho punible que se ha propuesto cometer. Es decisiva, pues, la «impresión» que determinados actos causan en la colectividad. Esta «teoría de la impresión» (*Eindruckstheorie*), hoy dominante en Alemania, se hace derivar de la función de prevención general que incumbe al Derecho penal (25).

Ahora bien, los casos de imposibilidad de ejecución o producción del delito solamente bajo dos presupuestos pueden ser adecuados para conmovir la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico:

a) Por una parte, el autor debe de haber comenzado directamente la ejecución del hecho que se ha propuesto realizar. La distinción entre actos preparatorios impunes y actos ejecutivos rige en idéntica medida tanto en el marco de la tentativa real como de la inidónea (26). La compra de los medios abortivos para emplear en mujer no encinta que se cree embarazada, constituye un acto preparatorio

(23) H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª edición (Berlín, 1969), pág. 193.

(24) R. MAURACH, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas de J. Córdoba Roda) (Barcelona, 1962), II, pág. 194.

(25) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 352.

(26) Recuérdese que, según hemos indicado, actos ejecutivos y actos idóneos son cosas distintas. Los actos ejecutivos pueden ser idóneos e inidóneos. Por eso es perfectamente posible hablar de actos ejecutivos en el ámbito del delito imposible y trasladar a esta esfera la fundamental distinción actos preparatorios-actos ejecutivos.

impune. El delito imposible comienza con la aplicación de tales medios (27).

b) Por otra parte, no ha de tratarse de un intento *totalmente irreal* de ejecución o producción del delito. Si cualquier persona puede apreciar inmediatamente la carencia de sentido del intento, nadie se sentirá conmovido en su convicción sobre la vigencia del ordenamiento jurídico, si el hecho se deja impune. Pensemos, por ejemplo, en la denominada *tentativa por medios supersticiosos (abergläubische Versuch)*. Tentativa por el rezo dirigido a producir la muerte, tentativa de daños por embrujamiento del ganado del vecino. Aquí —dice Maurach—, no se da ni un peligro abstracto ni un peligro concreto. «*La voluntad de rebeldía del autor no produce preocupación, sino compasión*» (28). La solución propuesta para la «tentativa supersticiosa» debe hacerse extensiva, en general, a los casos en los que el sujeto actúa de un modo burdamente incomprensible, es decir, siempre que se trate de una *inidoneidad cualificada* susceptible de ser reconocida sin más por cualquier hombre de inteligencia normal. Si se prescindiese de esta última exigencia, prácticamente se convertirían en *impunes* todos los supuestos de tentativa absolutamente inidónea (29).

Las consideraciones que anteceden son decisivas, como veremos en el epígrafe siguiente, para delimitar el ámbito de aplicación del delito imposible.

IV. *Ambito de aplicación.*

Un autorizado sector doctrinal, con el deseo de moderar el alcance de lo que en principio se considera precepto espúreo y de contornos no bien definidos, pretende limitar desde distintos puntos de vista el ámbito de aplicación del párrafo 2.º del artículo 52 (30). Como vamos a ver seguidamente no todas esas pretensiones aparecen consentidas por la ley. Y a la legalidad vigente hemos de atenernos «cualquiera que sea —advierte oportunamente la Sentencia de 30 de septiembre de 1965—, la opinión que se tenga en relación con el debatido delito imposible» (31).

A) *Delito imposible y delito putativo.*

En primer término deben excluirse, sin lugar a dudas, del párrafo 2.º del artículo 52 los supuestos del *delito putativo* (o imaginario). La distinción entre delito imposible y delito putativo se puede trazar

(27) Vid. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 352.

(28) R. MAURACH, *Tratado*, II. cit., pág. 195.

(29) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 252-353.

(30) Vid. la exposición de R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 157 y ss.

(31) Observación que se repite en la Sentencia de 23 de marzo de 1969.

desde la perspectiva del «error al revés», según este error incida sobre elementos del tipo o sobre la punibilidad del hecho (32).

Existe delito putativo cuando el autor, poseyendo un conocimiento exacto del contenido real del hecho, cree erróneamente, debido a una falsa representación de las normas, que su comportamiento es punible (33). El autor puede errar sobre la *existencia* misma de la norma como tal, puede interpretar falsamente los *límites* de un precepto o puede, finalmente, desconocer la *eficacia* justificante de una norma permisiva (34). Por ejemplo, el sujeto cree erróneamente que yacer con su cuñada viuda y mayor de veintitrés años, con el consentimiento de ésta, constituye delito de incesto (35).

Existe delito imposible si la acción, que tiende a la realización de un tipo penal, no puede, por razones objetivo-reales o jurídicas, alcanzar la consumación. Esto es lo que sucede en los casos de *inidoneidad del objeto*, de los *medios* o del *sujeto* (36). El autor admite erróneamente la presencia de una inexistente característica del *tipo objetivo* (37). Por ejemplo, toma a una persona muerta por viva y le dispara.

En definitiva, en la *tentativa inidónea* acepta erróneamente la existencia de una ausente característica objetiva del tipo. Error al revés sobre el tipo (*umgekehrter Tatbestandsirrtum*). En el delito putativo el autor cree erróneamente que su comportamiento cae bajo una norma prohibitiva, que en realidad no existe. Error al revés sobre la prohibición (*umgekehrter Verbotsirrtum*) (38).

Sobre la impunidad del delito putativo reina acuerdo general. El autor no posee el poder de fundamentar en virtud de su error la punibilidad de la conducta. Este poder sólo corresponde a la ley (39). Según el artículo 1.º de nuestro Código penal sólo son delitos las acciones u omisiones *penadas por la ley*. Por tanto, la acción que contradice una norma no existente, sino tan sólo mentalmente representada por el autor, «da en el vacío» (40).

Discutible es, en cambio, la extensión que debe otorgársele al delito putativo. Pese al criterio de distinción que hemos mencionado anteriormente, surgen ya serias dificultades para diferenciar delito imposible y delito putativo en los casos de error sobre *características*

(32) R. MAURACH, *Tratado*, II, cit., pág. 196.

(33) J. BAUMANN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 5.ª edición (Bielefeld, 1968), pág. 495.

(34) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 353.

(35) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 637.

(36) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 350.

(37) R. MAURACH, *Tratado*, II, cit., pág. 196.

(38) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 353; H. WELZEL *Das deutsche Strafrecht*, cit., pág. 194. Otros autores, como Maurach y Baumann, hablan de error sobre la *punibilidad* de la acción o error sobre las *consecuencias jurídicas* (*Rechtsfolgenirrtum*).

(39) E. MEZGER, *Tratado de Derecho penal* (trad. y notas de J. A. Rodríguez Muñoz), II (Madrid, 1957), pág. 234.

(40) J. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., pág. 495.

normativas del tipo. Habrá que precisar entonces si ese error deberá ser concebido como un error al revés sobre el tipo y, por consiguiente, ser tratado como punible tentativa inidónea, o bien como un *error de subsunción al revés* y, por tanto, considerarlo como impune *delito putativo* (41). Se polemiza acaloradamente acerca de si los casos de *error sobre la idoneidad del autor* deben estimarse como casos de delito putativo o de delito imposible (42). Por último, se extiende a veces desgraciadamente el concepto de delito putativo a casos que nada tienen que ver con él, originándose una extraordinaria confusión (43). Que es lo que sucede, por ejemplo, cuando se conciben como delito putativo los casos de imposibilidad por inexistencia del objeto descrito en el tipo (44). Sobre estos extremos discutibles tendremos ocasión de volver en los apartados siguientes.

B) *Inidoneidad de autor, de medios y de objeto.*

Según decíamos antes, la imposibilidad de que el hecho alcance el estadio de consumación puede proceder de la inidoneidad del *autor*, de los *medios* o del *objeto*.

a) Según Rodríguez Devesa, «el artículo 52 excluye tácita, pero claramente, la punición de la inidoneidad cuando radica en el sujeto» (45). Aunque la exclusión no resulta tan clara y el tenor del párrafo 2.º del artículo 52 permitiría la discusión de este extremo, parece, sobre todo si se tienen en cuenta los precedentes del precepto y sus actuales concordancias, que tanto la intención del legislador como la voluntad de la ley fue la de referirse únicamente a los casos de imposibilidad por inidoneidad de los medios («imposibilidad de ejecución») e imposibilidad por inexistencia de objeto («imposibilidad de producción») (46). Este, y no otro, fue el alcance atribuido ya al artículo 41 del Código de 1928, que se refería a los casos de imposibilidad «porque el hecho en sí mismo fuere de imposible realización, o porque los medios empleados para lograrlo fueren por su naturaleza inadecuados al fin propuesto» (47). Por su parte, el artículo 9.º de la

(41) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 353-354; J. BAUMANN, *Strafrecht*, cit., pág. 496.

(42) Vid. H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 194-195; H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., págs. 354-355; R. MAURACH, *Tratado*, II, cit., págs. 196-198.

(43) Como advierte E. MEZGER, *Tratado*, II, cit., pág. 235.

(44) Como hace A. QUINTANO, *Delito imposible*, en NEJ, tomo VI, página 589.

(45) J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general*, cit., página 638. También J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado* de Maurach, II, cit., pág. 197, estima que «los supuestos de inidoneidad del sujeto constituirán en Derecho español casos de conducta atípica».

(46) Cfr. F. CASTEJÓN, *Génesis*, cit., pág. 38.

(47) Vid. E. CUELLO CALÓN, *El nuevo Código penal español* (Barcelona, 1929), I, pág. 64: «... por ser su realización imposible ya a causa de la inidoneidad de los medios empleados —por ejemplo, si intentara envenenar

Ley de Vagos y Maleantes aludía únicamente a los casos que «no constituyan delito por inidoneidad del medio o inexistencia del objeto», y, por supuesto, el artículo 5.º del de la ley de 24 de enero de 1941 no mencionaba más que los casos de imposibilidad de aborto por inexistencia de objeto (mujer no encinta) o empleo de medios inadecuados.

La jurisprudencia siempre que trata de delimitar el ámbito de aplicación, señala únicamente los casos de inidoneidad de medios e inexistencia de objeto (48), y que sepamos, el Tribunal Supremo no aplicó nunca hasta ahora el párrafo 2.º del artículo 52 a los casos de imposibilidad por inidoneidad del autor (49).

b) Al hablar de las relaciones entre el artículo 3.º y el párrafo 2.º del artículo 52, nos hemos referido ya a la tesis de quienes pretenden reducir el campo de aplicación del último a los casos de *imposibilidad relativa*, con el fin de armonizar ambos preceptos. Conforme a este punto de vista, el párrafo 2.º del artículo 52 abarcaría únicamente los supuestos de *inidoneidad relativa de medios* (50). La posición más avanzada en esta línea, la mantuvo Quintano al argumentar que, ante el silencio del Código por lo que a la definición del delito imposible se refiere, y «vista la expresa alusión en la Ley de Vagos y Maleantes a los *medios inidóneos*, cabe sostener que el precepto del Código

con sal común—, ya a causa de la imposibilidad de conseguir el fin propuesto —por ejemplo, si con ánimo homicida se asestan puñaladas a un muerto que se toma por persona viviente».

(48) Sentencias de 23 de marzo de 1955, 9 de abril de 1952, 30 de diciembre de 1955, 30 de septiembre de 1965 y 5 de febrero de 1966.

(49) La exclusión del marco del artículo 52, párrafo segundo, de los casos de inidoneidad del sujeto activo nos ahorra profundizar en la discusión entablada respecto a tales supuestos. Tres son las principales posiciones sostenidas. En primer lugar, la de quienes manteniéndose firmes en la idea de que la creencia equivocada del autor respecto a su cualidad es «un error de tipo al revés», estiman que los hechos deben calificarse como punible tentativa inidónea. Así, R. MAURACH, *Tratado*, II, cit., pág. 197. En segundo lugar, la posición de quienes consideran que característica esencial de los delitos especiales propios es el que la norma se dirige sólo a un determinado círculo de personas, y que, por tanto, cuando el autor admite erróneamente la posesión de la cualidad y la violación del deber especial, no hace sino representarse equivocadamente la presencia de una norma en realidad inexistente, es decir, comete en última instancia un delito putativo. En este sentido, H. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, cit., págs. 194-195. En tercer lugar, la posición de quienes postulan la necesidad de distinguir también en esta materia entre error al revés de tipo y error al revés de subsunción. Si el sujeto se representa erróneamente la existencia de los presupuestos de hecho que, conforme a las normas vigentes, determinan la cualidad especial, su error es un error al revés de tipo y, por tanto, la calificación procedente es la tentativa inidónea. Si el sujeto tiene un conocimiento correcto de su situación de hecho, pero cree equivocadamente que de tal situación deriva, de acuerdo con las normas vigentes, cuando en realidad no es así, la posesión de la cualidad especial, su error será un error al revés de subsunción y, por consiguiente, los hechos deberán calificarse como delito putativo. Representante de esta tercera posición es H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 355.

(50) Últimamente en este sentido J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 638.

de asimilación a la tentativa es únicamente reservado al delito imposible con empleo de *medios idóneos, aunque cuantitativamente insuficientes*» (51).

Como hemos indicado anteriormente, tal interpretación aparece desmentida, a nuestro juicio, por la intención del legislador y —lo que es más importante—, contradice la voluntad de la ley.

El párrafo 2.º del artículo 52 comprende sin duda casos de imposibilidad absoluta. El precepto aparece en este sentido tan exento de límites, que incluso la exclusión de la denominada «tentativa irreal» encierra —como advirtió Córdoba—, dificultades extraordinarias (52).

El Tribunal Supremo ha incluido reiteradamente al describir el delito imposible del párrafo 2.º del artículo 52, casos de *imposibilidad absoluta* (53). Es cierto que la reciente Sentencia de 11 de diciembre de 1968, argumentado a mayor abundamiento y por vía de *obiter dictum*, indica que la «tipificación legal» del párrafo 2.º del artículo 52 «tiene su apoyo doctrinal en la existencia de *una imposibilidad relativa* de la producción del resultado delictivo propuesto» (54). Pero a la hora de valorar esta declaración debe tenerse en cuenta naturalmente, más allá de las propias palabras, el auténtico contenido del supuesto de hecho enjuiciado y el conjunto de los razonamientos aducidos para fundamentar la absolución. En este sentido es preciso advertir que antes de llegar a esta literal referencia a la «imposibilidad relativa», niega la sentencia la concurrencia del correspondiente elemento subjetivo (55). La ausencia del adecuado elemento subjetivo fundamentaría en todo caso por sí sola la absolución e inaplicación del párrafo 2.º del artículo 52, sin necesidad de plantear-

(51) A. QUINTANO, *Delito imposible*, cit., pág. 590. Hemos subrayado nosotros.

(52) J. CÓRDOBA RODA, *Nota al Tratado de Maurach*, II, cit., páginas 185-186.

(53) Sentencias de 30 de septiembre de 1965 y 5 de febrero de 1966: «El delito imposible que en términos generales sanciona y describe el párrafo segundo del artículo 52 del Código penal de 1944, requiere como elementos que lo integran, la intención del agente al ejecutar un acto con tipo delictivo previsto, cuyo propósito ha de ir seguido de una actividad del sujeto tendente a conseguir el fin antijurídico propuesto, sin que este fin querido se produzca, «de modo absoluto», por haber empleado medios inidóneos, por su propia naturaleza con respecto al mismo, o porque el actor los creía idóneos y carecían de aquella aptitud natural y necesaria para conseguir lo apetecido; o bien que no pueda producirse lo deseado, por carencia íntegra y total del objeto del delito».

(54) En este inciso se basa H. OLIVA GARCÍA, *La estafa procesal* (Madrid, 1970), pág. 309, para afirmar que la doctrina sentada por el Tribunal en el citado fallo «es tajante» en cuanto a la exclusión de los casos de inidoneidad absoluta del ámbito del párrafo 2.º del artículo 52. A nuestro juicio, como señalamos en el texto, el alcance de la Sentencia de 11 de diciembre de 1968 es mucho más limitado. Excluye tan sólo los casos de la denominada «tentativa irreal».

(55) «Pudo haber un ánimo *iocandi* o de burla o una pueril ostentación, pero lo que falta en este ilógico proceder es un intento de percibir el importe de los cheques sin el cual falta el ánimo de lucro».

se el problema de la inidoneidad relativa o absoluta del medio empleado, porque el delito imposible implica inexcusablemente que el sujeto actúe con el mismo contenido de voluntad que requiere el respectivo delito consumado (56). Por lo demás, a lo largo del considerando central, el Tribunal Supremo pone insistentemente de relieve, una y otra vez, que se trata de un medio no sólo absolutamente inidóneo, sino de una inidoneidad absoluta *particularmente cualificada*, susceptible de ser reconocida inmediatamente por cualquier persona intelectualmente normal. El Tribunal Supremo destaca que «suponer que los cheques firmados por el agente con su propio nombre en talones correspondientes a cuenta corriente de tercero... pudiera ser vehículo engañoso apto para la defraudación patrimonial del Banco destinatario es irracional, ilógico y carente de contenido». Indica que tal conducta no constituye engaño «racional, lógico y con entidad suficiente para poder defraudar a una persona normalmente crédula», y estima tan descabellado el comportamiento del procesado que el Tribunal Supremo tiene la convicción de que «cabe dudar de su estado mental».

Todas estas consideraciones evidencian que estamos, a juicio del Tribunal Supremo, no ante un supuesto corriente de imposibilidad absoluta, sino, de modo más concreto, en presencia de uno de aquellas hipótesis de imposibilidad absoluta *totalmente irreal*. En definitiva, la Sentencia de 11 de diciembre de 1968 cuando emplea, más o menos desafortunadamente, la expresión de que el párrafo 2.º del artículo 52 se apoya «en la existencia de una imposibilidad relativa», está tratando de excluir acertadamente de dicho precepto los supuestos de *tentativa irreal*, que representan, como es sabido, sólo un sector dentro del marco más amplio de la imposibilidad absoluta. La aclaración que sigue en la Sentencia de 11 de diciembre de 1968 al inciso que venimos comentando, es muy reveladora: «... pues esta tipificación legal tiene su apoyo doctrinal en la existencia de una imposibilidad relativa de la producción del resultado delictivo propuesto, pero no es tan siquiera incardinable en esta «tentativa inidónea» cuando la actuación es *absolutamente carente ni tan siquiera de apariencia de delito de posible efectividad, ya que por la total incapacidad criminal del sujeto falta todo asomo de delito*». En estos casos —y es, según expusimos anteriormente al hablar del fundamento y requisitos del delito imposible, lo que caracteriza precisamente a los supuestos de tentativa irreal—, el sujeto no despierta en la colectividad *preocupación*, sino *compasión*, como no ha dejado de suscitar en cierto modo, el enjuiciado en la Sentencia de 11 de diciembre de 1968, de cuyo estado mental llegó a dudar el Tribunal Supremo.

c) En el párrafo 2.º del artículo 52 quedan comprendidos los

(56) Sentencias de 30 de septiembre de 1965 y 6 de febrero de 1966: «requiere... la intención del agente al ejecutar un acto con tipo delictivo previsto, cuyo propósito ha de ir seguido de una actividad del sujeto tendente a conseguir el fin antijurídico propuesto».

casos de imposibilidad por *inexistencia de objeto*. Ya hemos indicado en ocasiones anteriores que la ley con las expresiones «imposibilidad de ejecución» e «imposibilidad de producción», parece querer aludir, respectivamente, a los casos de imposibilidad por inidoneidad de medios y por inexistencia de objeto.

Caben tanto los casos de *inexistencia absoluta del objeto* (disparos sobre un cadáver que se toma por persona viva) como, por supuesto, los de *eventual no presencia* o falta ocasional del objeto (fractura del cepillo de limosnas de una Iglesia que, circunstancialmente se encuentra vacío) (57). A tales casos hay que añadir los de *inidoneidad típica del objeto* (sustracción de cosa propia creyéndola ajena).

Quando la idoneidad del objeto viene determinada a través de un elemento normativo (por ejemplo, *ajenidad* de la cosa mueble en el hurto), habrá de comprobarse si el sujeto actúa con un error al revés de tipo o un error al revés de subsunción. Sólo en el primer caso cabrá hablar de un punible delito imposible, mientras en el segundo existirá un impune delito putativo. Si el autor admite erróneamente la existencia de los presupuestos que, de ser ciertos, fundamentarían, conforme al Derecho vigente, la *ajenidad* de la cosa, habrá delito imposible. Si el autor se representa exactamente los hechos, pero cree erróneamente que de los mismos se deriva, según las normas jurídicas en vigor, cuando en realidad no es así, la *ajenidad* de la cosa, existirá impune delito putativo (error sobre la valoración jurídica de los hechos exactamente conocidos).

También en este extremo, partiendo una vez más de la convicción de que la punibilidad del delito imposible es un cuerpo extraño dentro del total sistema del Código, un sector doctrinal intenta limitar, apelando a diversos expedientes, el ámbito de aplicación del párrafo 2.º del artículo 52. Se pretende excluir los casos de inexistencia absoluta de objeto, mediante la interpretación objetivizante que proyecta sobre el artículo 52, 2.º, la concepción consagrada en el artículo 3.º y reduce el campo de aquél a los casos de imposibilidad relativa (58), o sosteniendo que cuando al tipo de delito consumado pertenece como elemento esencial un determinado objeto, la inexistencia de éste convierte a la conducta del autor en puro delito putativo (59), o bien resucitando en este punto la *teoría del defecto de tipo* (*die Lehre vom Mangel am Tatbestand*) (60).

(57) Sobre esta clásica distinción, que arranca de Feuerbach, vid. la exposición de R. NÚÑEZ BARBERO. *El delito imposible*, cit., págs. 114 y ss. En la literatura más reciente, H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 350, prefiere considerar los casos en los que el objeto de la acción no está en el lugar donde el autor creía o se encuentra más alejado de lo que el agente esperaba, como supuestos de «inidoneidad de los medios».

(58) Ultimamente, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho penal. Parte general*, cit., pág. 638.

(59) Así, A. QUINTANO, *Delito imposible*, cit., pág. 589.

(60) Así, entre otros, J. ANTÓN, *Derecho penal*, I, cit., pág. 417, y R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, págs. 158-160, 170-171.

De la tesis que aspira a limitar el párrafo 2.º del artículo 52 a los casos de *imposibilidad relativa* nos hemos ocupado ya reiteradamente en apartados anteriores, indicando que contradice tanto la intención del legislador como la voluntad de la ley. Hemos señalado también, al hablar del delito putativo, la incorrección que suponía reconducir al ámbito de éste los casos de imposibilidad por inexistencia de objeto, que, en realidad, nada tienen que ver con tal concepto. Podemos, pues, centrar ahora la atención sobre la teoría del defecto de tipo.

Esta teoría limita el concepto de tentativa a los casos en los que falta el resultado, concebido como el último estadio del proceso causal del hecho. Si falta cualquier otra característica necesaria y esencial al tipo, el delito no puede en absoluto consumarse, pero lógicamente, conforme al concepto previamente formulado, tampoco podrá hablarse de tentativa. Por ejemplo, sustracción de cosa propia. En tales casos procederá, según este punto de vista, la impunidad por ausencia de tipicidad (el hecho no es, naturalmente, típico conforme a la figura de delito y, por otro lado, tampoco se conforma al tipo de la tentativa). Prácticamente esta teoría conduce a la impunidad de los casos de imposibilidad por inidoneidad e inexistencia del objeto (61). Por eso, no tiene nada de extraño que algunos autores españoles apelen a ella cuando tratan de llegar a esa misma conclusión.

«Finalmente, si estos razonamientos son tenidos por artificiosos y se mantiene la pretensión de ver en el párrafo 2.º del artículo 52 el concepto de toda tentativa imposible, siempre cabe adherirse —señala Antón—, a la opinión de aquellos autores que limitan aquella, segregando radicalmente de la tentativa los casos de «ausencia de tipo», pues les parece absurdo, en el tomar cosas propias creyéndolas ajenas y otros supuestos análogos, hablar de una tentativa sobre objeto inidóneo, cuando lo que falta es la figura de delito» (62).

«Ante todo —escribe, por su parte, Núñez Barbero—, deben predominar los elementos requeridos por el tipo delictivo, pues dicha falta, al igual que excluye la consumación, debe excluir la tentativa... En consecuencia, si interpretamos literalmente el artículo 52, se incrementarían hasta las conductas en que de antemano exista una discrepancia clara y terminante con el tipo, y resultaría que estableceríamos un juicio de tipicidad cuando en realidad debería ser de atipicidad. Crearíamos aquellos elementos, cualidades o circunstancias que la ley, en el particular delito, requiere para su configuración. El resultado sería la punibilidad de conductas tales como: el disparo sobre cadáver, aun cuando el delito de homicidio requiere, como uno de sus elementos constitutivos, la existencia de una vida humana; el pretender hacer abortar a una mujer no embarazada, siendo la gravidez elemento esencial para la existencia del delito de aborto; el hurto de cosa propia, no obstante establecerse por la ley

(61) H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 351.

(62) J. ANTÓN, *Derecho penal*, I, cit., pág. 417.

(artículos 500 y 514, número 1, del Código penal), la necesidad del apoderamiento de cosas muebles «ajenas» para la configuración de los delitos de robo y hurto» (63).

Sin necesidad de reproducir las críticas que merece la «teoría del defecto de tipo» en sí, y que determinaron que no se defienda ya más en su país de origen (64), hay que advertir que las argumentaciones que acabamos de transcribir desconocen los efectos extensivos del párrafo 2.º del artículo 52 y conducen, en última instancia, a un círculo vicioso. La «teoría del defecto de tipo» se elaboró sobre la base del Código alemán, en el que no hay ninguna referencia al delito imposible. Tenía a la vista, pues, tan sólo dos tipos: el tipo de delito consumado y el tipo de delito intentado. Compuesto éste exactamente, según dicha teoría, por los mismos elementos que integran el tipo de delito consumado menos el resultado, se concluye que los casos en que falta el objeto son atípicos. Pero la situación es distinta en los ordenamientos, como el nuestro vigente, en los que se cuenta con tres tipos: el del delito consumado (norma incriminadora contenida en la parte especial del Código), el del delito intentado (resultante de la integración de la norma incriminadora principal y la norma extensiva del art. 3.º), y el del delito imposible (derivado de la integración de la norma incriminadora principal y el párrafo segundo del art. 52). Del mismo modo que no se puede afirmar que la falta de cualquier elemento del tipo de delito consumado «al igual que excluye la consumación, debe excluir la tentativa», pues precisamente las normas extensivas sobre la tentativa y frustración convierten en típico lo que es atípico en relación con la figura de delito consumado (falta de algunos actos ejecutivos y falta de resultado), tampoco se puede decir que la inexistencia de objeto es causa de atipicidad más que sobre la base de dar por supuesto que el párrafo 2.º del artículo 52 no quiere extender la esfera de lo punible a tales casos. Pero esto que se da por demostrado, es precisamente lo que se tenía que demostrar.

Según constante jurisprudencia del Tribunal Supremo, están comprendidos en el párrafo 2.º del artículo 52 los casos de inexistencia absoluta de objeto (65). Que sepamos, únicamente se ha declarado de modo excepcional en la Sentencia de 28 de abril de 1959

(63) R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 158, 159-160.

(64) Cfr. H.-H. JESCHECK, *Lehrbuch*, cit., pág. 351.

(65) Sentencias de 30 de diciembre de 1955, 30 de septiembre de 1965, 5 de febrero de 1966, 28 de marzo de 1969 y 17 de junio de 1969. Casos de eventual no presencia del objeto habían sido considerados ya punibles, a título de tentativa o frustración reales, por la jurisprudencia anterior a 1944, es decir, cuando no existía aún el 2.º párrafo del artículo 52. Vid. Sentencias de 13 de diciembre de 1890, 10 de mayo de 1899 y 9 de mayo de 1924. «En este punto —escribe R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., págs. 155-156—, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha seguido un criterio análogo al mantenido por la doctrina clásica, que establece una imposibilidad absoluta, por lo que se refiere al objeto, cuando éste no existe o falta una cualidad esencial de su existencia, y relativa, cuando el objeto existe realmente, pero no donde el agente creía encontrarlo».

que «el delito de imposible ejecución, equiparado a la tentativa para los efectos mencionados por el párrafo 2.º del artículo 52, *se refiere sólo a los casos de imposibilidad de los medios puestos en práctica para delinquir*». Pero, como siempre, esta declaración hay que valorarla en relación con el supuesto concreto del hecho. La observación se invoca para absolver de la acusación de delito imposible de estafa a la persona que había sido precisamente víctima de una efectiva estafa por parte de los sedicentes sujetos pasivos del presunto delito imposible. Es decir, se trataba de negar a los timadores la condición de sujetos pasivos de un delito imposible de estafa y de no considerar al efectivamente timado como autor del mismo. «De ahí —prosigue la Sentencia de 28 de abril de 1959—, que sea cualquiera el calificativo moral que merezca a quienes juzguen los hechos materiales de este proceso la conducta de una persona que cree engañar a otra, retrasada mental, apoderándose de cierta cantidad de dinero, cuando en realidad sólo era víctima de su propia codicia, no procede estimarla punible en términos jurídicos como si invadiese el campo de lo ilícito-penal, porque el delito de estafa que se supone intentado requiere la existencia del sujeto pasivo del fraude en potencia, el *otro* a quien aluden siempre los artículos 528 y siguientes del Código, mientras la realidad, bien distinta, muestra a ese *otro* ilusorio en su verdadera condición de fingido imbécil, que junto con su compañero del hampa embaucaron al procesado hasta despertar en él un deseo insano de riquezas, que se tradujo después en la pérdida de 6.400 pesetas a cambio del consabido sobre con recortes de periódicos, única cosa que aquéllos arriesgaban por tan alto precio».

Con independencia de la oportunidad de la argumentación de que el párrafo 2.º del artículo 52 «se refiere sólo a los casos de imposibilidad de los medios», el fallo absolutorio de la Sentencia de 28 de abril de 1959 es acertado, porque el hecho enjuiciado constituía una verdadera *tentativa irreal*. Desde la perspectiva de la teoría de la «impresión», en pocas ocasiones se podrá decir, como en ésta, que realmente el espectáculo del timado intentando defraudar a los timadores no produce preocupación, sino compasión. En definitiva, el Tribunal Supremo ha recurrido a la «teoría del defecto de tipo» —falta del «otro» que menciona la norma incriminadora principal del delito de estafa—, para razonar una absolución que ciertamente se imponía por sí sola desde el punto de vista del fundamento de la punibilidad y las características objetivas de la denominada tentativa inidónea. El supuesto contemplado en la Sentencia de 28 de abril de 1959 es un caso de pura «apariencia delictiva» (66).

V. *El desistimiento.*

La regulación legal del delito imposible, es, como insistentemente venimos señalando, deficiente. Entre estas deficiencias hay que con-

(66) Cfr. R. NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, cit., pág. 166, nota 116.

tar la falta de toda referencia al desistimiento. Defecto no privativo, por cierto, del delito imposible, ya que se observa también en el marco de los actos preparatorios punibles del artículo 4.º. La laguna es fácilmente colmable en virtud de la analogía, no prohibida por tratarse de materia favorable al reo. Es el camino que acertadamente siguió en relación con la conspiración la Sentencia de 5 de julio de 1948.