

# ELEMENTOS TÍPICOS NO VINCULADOS AL CURSO CAUSAL Y LA TENTATIVA DE AUTOR INIDÓNEO

RAFAEL ALCÁCER GUIRAO  
Universidad Complutense. Madrid

## A. Planteamiento general. Tentativa inidónea y delito putativo

### a) *Tentativa punible y tentativa inidónea*

Dentro del ámbito de discusión de la teoría de la tentativa y, más concretamente, dentro de lo relativo a la tentativa inidónea, aparece la problemática asociada a la tentativa de autor inidóneo. Esta figura suele incluirse, junto a los casos de inidoneidad de los medios y de inidoneidad del objeto, dentro del marco de la tentativa inidónea, por cuanto, ciertamente, lo es. Así, asumiendo la noción de tentativa inidónea como el conjunto de las *acciones en las que ya desde que la ejecución comienza no puede producirse la consumación debido a la ausencia de uno de los elementos típicos*<sup>1</sup>, tan inidónea será la acción de intentar matar

---

<sup>1</sup> Así, por ejemplo, MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994, pág. 64, nota 95; el mismo, *Derecho Penal. Parte General*, 4.<sup>a</sup> edición, 1996, 13/81. De esta concepción de la tentativa inidónea, caracterizada por partir de una perspectiva *ex post para la definición* (y ello aunque el *fundamento de punición* de la misma parta de una perspectiva *ex ante*, como es el caso del autor citado), discrepa otro sector doctrinal (CEREZO MIR, *Derecho Penal. Parte General. Introducción*, I, 1994 (4.<sup>a</sup> edición), págs. 393 ss., y nota 150; o SOLA RECHE, *La llamada tentativa inidónea de delito. Aspectos básicos*, 1996, pág. 170, por ejemplo) el cual *define* la idoneidad de la tentativa desde una perspectiva *ex ante*: tentativas inidóneas serán sólo aquellas acciones que ya desde una perspectiva objetiva *ex ante* (a enjuiciar por un espectador ob-

a un cadáver (inidoneidad del objeto) o la de intentar disparar con una pistola descargada (inidoneidad en los medios), como la de intentar realizar un delito de prevaricación por quien no es funcionario (inidoneidad en el autor), puesto que en los tres ejemplos citados, la causa que impide la producción del resultado típico aparece ya en el momento en que comienza a realizarse la acción. Pero, a pesar de ello, lo cierto es que la tentativa de autor inidóneo presenta ciertas características propias que la distinguen de las otras citadas «modalidades»<sup>2</sup> de tentativa inidónea, lo que, en principio, parece obligar a un estudio independiente y basado en otros presupuestos; algo que, de hecho, ha sido habitual en la doctrina.

Antes de entrar en materia, lo primero por lo que debe tomarse postura es sobre el *ámbito* de punición de la tentativa, puesto que, si se admitiera como ámbito mínimo de punición la exigencia de un peligro *ex post*, y sólo fueran susceptibles de castigo las tentativas *idóneas* (siempre según la definición manejada: es decir, peligrosas desde una perspectiva *ex post* al comienzo de la acción), la cuestión del autor inidóneo podría quedar zanjada *ab initio*: esas conductas serían impunes por no conllevar un peligro *ex post* de realización del tipo, dado que *en realidad* (es decir, conociendo todos los datos fácticos de la acción en el momento en que ésta comienza) el autor no poseía la condición de funcionario, por ejemplo. Ciertamente, el ámbito que se otorgue al castigo de las formas imperfectas de ejecución dependerá del *fundamento* de su punición. En cualquier caso, una exposición detallada de esta última cuestión excedería el marco asignado a estas consideraciones<sup>3</sup>. Por ello, habré de limitarme a enunciar el marco de punición que dogmática y político-criminalmente considero más acertado: 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; en otras palabras, las conductas que, según la definición aquí manejada,

---

jetivo medio) aparezcan como no peligrosas para el bien jurídico, con lo que, por ejemplo, el disparo a un cadáver será una tentativa *idónea* si un espectador objetivo situado en el lugar del autor no hubiera podido apreciar el hecho de que la supuesta víctima está muerta. No podemos entrar aquí a ponderar las razones que abogan por la concepción de la idoneidad manejada en el texto. Sobre ello, me permito remitirme a ALCÁCER GUIRAO, *La tentativa inidónea. Fundamento de punición y configuración del injusto*, 2000, págs. 6 ss.

<sup>2</sup> Modalidades éstas —la de inidoneidad en los medios y la de inidoneidad en el objeto— que, más allá de lo relativo a la mera enunciación fenoménica de posibles supuestos de inidoneidad, no poseen ninguna trascendencia dogmática. Crítico con esa clasificación, por ejemplo, SOLA RECHE (nota 1), pág. 166, si bien no le niega cierto valor como criterio de distinción.

<sup>3</sup> Sobre ello, y sobre lo que inmediatamente después se menciona, me he ocupado extensamente en ALCÁCER GUIRAO (nota 1), págs. 359 ss., y *passim*.

pueden calificarse como tentativas inidóneas, son punibles. A sensu contrario, 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.

## b) *Tentativa inidónea, tentativa irreal y delito putativo*

Planteémonos todavía otra cuestión introductoria: ¿deben encuadrarse dicho tipo de conductas, las tentativas *irreales*, dentro del ámbito del *delito putativo*? Indudablemente, ambas clases de conductas presentan una notable semejanza, al menos en su consecuencia jurídica: como afirma Maurach, la tentativa irreal, *desde un punto de vista político-criminal*, debe enjuiciarse de igual forma que el delito putativo<sup>4</sup>. Pero, más allá de la equiparación en las consecuencias, la cuestión es si deben identificarse conceptualmente, desde una perspectiva dogmática. Esta cuestión viene a colación porque el margen de delimitación entre la tentativa inidónea/irreal y el delito putativo enlaza con la problemática asociada a la llamada tentativa de autor inidóneo, vinculada a los delitos especiales propios —casos, por ejemplo, de quien sin ostentar realmente el carácter de funcionario, pretende, en la errónea creencia de que lo es, realizar un delito reservado únicamente a los mismos—, ya que el tratamiento que haya de darse a la misma: punición o impunidad, dependerá de dónde hayamos de situar esta figura: si como una tentativa inidónea o como un delito putativo, respectivamente. En todo caso, la impunidad del mismo podría argumentarse tanto si se considera que esa figura es un delito putativo como si se identifica como una tentativa irreal.

Como es sabido, la problemática específica de la distinción entre tentativa inidónea y delito putativo es objeto de una notable controversia en la doctrina, cuyo análisis podría dar lugar a un trabajo monográfico específico sobre el tema, por lo que no puede ser abarcado aquí. Nuestra intención se dirigirá únicamente a plantear la cuestión en lo que de relevancia tenga para los casos de autor inidóneo. Por ello, antes de entrar en ese tema, conviene establecer, siquiera genéricamente, las líneas generales sobre la delimitación entre la tentativa inidónea y el delito putativo.

---

<sup>4</sup> MAURACH, Tratado de Derecho penal. Parte General II (Traducción y notas de Córdoba Roda, J.), 1962, pág. 196; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht. Allgemeiner Teil II*, 1989 (7.ª edición), 40/146.

La diferencia entre ambas figuras presenta, en principio, un nítido margen de delimitación. Existe en la actualidad un generalizado consenso en establecer la delimitación entre la tentativa inidónea y delito putativo a partir de la inversión del error<sup>5</sup>: el error inverso de tipo se corresponde estructuralmente con la tentativa inidónea, y el error inverso de prohibición se corresponde con el delito putativo. Concorre entonces una tentativa inidónea cuando el sujeto se representa la presencia de un elemento objetivo del tipo en realidad no existente y un delito putativo cuando el sujeto, conociendo correctamente la base fáctica del hecho, cree erróneamente que su conducta cae dentro del ámbito de una norma prohibitiva, en realidad inexistente<sup>6</sup>. Empleando ejemplos clásicos, estaríamos, así, ante un error inverso de tipo cuando el sujeto cree estar ante un sujeto pasivo vivo, siendo en realidad un cadáver, y ante un error inverso de prohibición cuando el sujeto cree que su conducta de tener relaciones sexuales con persona mayor de edad de su mismo sexo está prohibida por la ley. No obstante, y a pesar de la trascendencia material de dicha delimitación, ya que el delito putativo llevará siempre a la impunidad, mientras que la tentativa inidónea es, por lo general, punible, dicha delimitación presenta en realidad una gran complejidad, especialmente en relación al error sobre los elementos normativos del tipo<sup>7</sup>, sobre cuyos criterios de solución no existe

<sup>5</sup> La noción del «error inverso» proviene de BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, III, 1914 (2.ª edición; reedición de 1965), pág. 402. Cfr. ENGISCH, «*Der umgekehrte Irrtum*» und das Umkehr Prinzip, Heinitz-FS, 1972, pág. 185.

<sup>6</sup> Vid., entre otros, BRUNS, *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, 1955, pág. 6; el mismo, *Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjekts* GA 1979, pág. 183; ROXIN, *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 1970, pág. 160; RODRÍGUEZ MOURULLO, en Córdoba Roda/Rodríguez Mourullo, *Comentarios*, II, 1972, pág. 226; SCHÜNEMANN, *Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars* (2.ª parte), GA 1986, págs. 312-313; KÜHL, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1996, 15/96. Vid. también ROXIN, *Die Abgrenzung von untauglichen Versuch und Wahndelikt*, JZ 1996, págs. 981, 985. Este último autor, junto a otros como SAINZ DE ROBLES, *Sobre la tentativa del sujeto inidóneo*, en Homenaje a Beristain, 1989, pág. 625, critican la fórmula del error inverso, por entender que la misma no da cuenta de la definición legal de tentativa inidónea, porque dicha fórmula nada dice sobre los requisitos que han de darse para la punición de la tentativa inidónea. Conviene, a este respecto, resaltar que el error inverso de tipo nada tiene que ver con el fundamento de punición de la tentativa, sino solamente es una figura estructuralmente idéntica a la tentativa inidónea. Es decir, toda tentativa inidónea constituye un error de tipo inverso, pero no todo error de tipo inverso es punible como tentativa. En sentido similar, por ejemplo, SCHÜNEMANN, GA 1986 (nota 6), pág. 313; JESCHECK/WEIGEND, *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil* 1996, 5.ª edición pág. 533, nota 14.

<sup>7</sup> En este sentido, por todos, JESCHECK/WEIGEND, AT (nota 6), págs. 532-533. Vid. también FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, 1986, págs. 421 ss.

acuerdo actualmente en la doctrina<sup>8</sup>. Ciertamente, la existencia de un delito putativo será fácil de apreciar cuando, como en el caso citado anteriormente, el autor se representa erróneamente una norma penal no existente en absoluto; pero mucho más difícil de delimitarlo de la tentativa inidónea será el supuesto, más frecuente en la práctica, en el que el sujeto amplía erróneamente el ámbito de aplicación de una norma existente más allá de lo dispuesto por ella<sup>9</sup>. Esto sucede cuando el sujeto se representa la existencia de un elemento normativo del tipo en realidad no existente, a partir de una errada comprensión jurídica. Por ejemplo, cuando el sujeto otorga a un papel sin valor probatorio el carácter de «documento», por una errada representación del significado jurídico-social de dicho término. Determinar en estos casos cuándo estamos ante un «error de subsunción inverso» —delito putativo a partir de la errada comprensión del significado de un elemento normativo del tipo y con ello extendiendo erróneamente el ámbito de aplicación de una norma— o cuándo estamos ante una tentativa inidónea, caso en el que el sujeto conoce correctamente el significado del elemento «documento», pero cree que está ante un documento por una errada representación de la realidad, no siempre es fácil de determinar, y para ello se han ideado una serie de teorías diversas, sobre las cuales no se ha asentado, como mencionábamos, un consenso doctrinal<sup>10</sup>.

Pues bien, dicha problemática se presenta también en el marco de la inidoneidad del autor, por cuanto el error del sujeto se producirá también sobre un elemento normativo referido a la cualidad específica de autor: así, por ejemplo, el sujeto cree ser «funcionario» sin poseer en realidad esa cualificación, y ese error podrá ser fruto de una errada representación de la realidad —tentativa inidónea—, o bien darse como consecuencia de una ampliación del significado jurídico del término «funcionario», conociendo no obstante correctamente la realidad —ca-

<sup>8</sup> Sobre ello pueden verse las recientes monografías de SCHLÜCHTER, *Irrtum über normative Tatbestandsmerkmale*, 1983, *passim*; y HEIDINGSFELDER, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum*, 1991, *passim*, así como ROXIN, JZ 1996 (nota 6), págs. 981 ss.

<sup>9</sup> En estos casos se considera que la mera distinción entre error inverso de tipo y error inverso de prohibición sirve de poca ayuda para resolver el problema de la delimitación. Cfr. BURKHARDT, *Rechtsirrtum und Wahndelikt*, JZ 1981, págs. 684 ss., quien además considera que esa fórmula llevaría a una excesiva ampliación del ámbito de la tentativa inidónea; HEIDINGSFELDER, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum* (nota 8), págs. 108 ss.

<sup>10</sup> Sobre ello cfr. la amplia exposición doctrinal realizada por HEIDINGSFELDER, *Der umgekehrte Subsumtionsirrtum* (nota 8), págs. 113 ss. Una perspectiva de la evolución histórica aporta ENDRULAT, *Der «umgekehrte Rechtsirrtum. Untauglicher Versuch oder Wahndelikt?»*, 1994, págs. 166 ss. Cfr. también el reciente trabajo de ROXIN, en JZ 1996 (nota 6), págs. 981 ss., quien llega a una solución nueva, intermedia entre las concepciones de Burkhardt y Herzberg.

so de «error de subsunción inverso»: delito putativo impune—. Así, quien se considera funcionario por desconocer un error producido en el trámite burocrático exigido para poseer tal cualificación e intenta realizar un delito de cohecho cometería una tentativa inidónea, pero la acción de intentar cometer un delito de cohecho por quien, por formar parte del servicio de limpieza de una universidad pública, se cree funcionario, realizará un delito putativo, porque amplía el significado de ‘funcionario’ más allá de lo establecido por la ley y, por ello, realiza una acción no prohibida. En cualquier caso, como ya se adelantó, aquí no podremos entrar en esa concreta problemática, sino que habremos de ocuparnos únicamente de las posturas específicas que, previamente a la anterior, excluyen con carácter absoluto la posibilidad de punición del autor inidóneo, sin que el carácter del error en que incurre el sujeto ostente relevancia alguna en esa conclusión.

En suma, respecto de la tentativa de autor inidóneo coexisten en la doctrina dos concepciones opuestas: por un lado, aquella que considera dicha figura siempre como una conducta impune, equiparando a estos efectos el «error de subsunción inverso» sobre el elemento normativo que establece el ámbito de autoría, la tentativa irreal («error de tipo inverso vencible») y la tentativa inidónea («error de tipo inverso invencible»); por otro, aquella concepción que, si bien considera siempre impune el «error de subsunción inverso», y también el error de tipo inverso vencible (es decir, en el que no hubiera incurrido un espectador objetivo situado en una perspectiva *ex ante* y que, por ello, puede calificarse de «error burdo»: tentativa irreal)<sup>11</sup>, entiende, por el contrario, que los supuestos de «error de tipo inverso invencibles» (es decir, el que tampoco habría advertido un espectador objetivo situado en una perspectiva *ex ante* y que, por tanto, no puede calificarse de error burdo, sino que convierten la acción en peligrosa para la lesión del bien jurídico para toda persona situada en el lugar del autor: tentativa inidónea pero peligrosa *ex ante*) en nada se diferencian valorativamente del resto de supuestos de tentativa inidónea y, por ello, deben poseer la misma consecuencia jurídica: punición<sup>12</sup>.

<sup>11</sup> La impunidad de estos casos dependerá en realidad de cuál es el ámbito de punición que se considere legítimo para la tentativa; así, una teoría subjetiva, que parta de la voluntad manifestada del autor, castigaría también estas conductas. Conviene especificar, por ello, que la exposición del texto parte ya del ámbito de punición defendido en estas páginas, ya citado *supra*: un peligro objetivo *ex ante* (es decir, un «error de tipo inverso invencible»: *vid.* a continuación en la exposición).

<sup>12</sup> Sobre la caracterización de la tentativa irreal e inidónea en función de la vencibilidad o invencibilidad del error de tipo inverso, *vid.* BALDÓ LAVILLA, *Estado de necesidad y legítima defensa*, 1994, págs. 116-119. No obstante, debe tenerse muy en cuenta la diferente nomenclatura que reciben en esta obra los criterios de enjuiciamiento

### c) *Elementos típicos no vinculados al curso causal y enjuiciamiento del injusto*

Y vinculada a esta discusión, y de la que dependerá su tratamiento, aparece también la cuestión relativa a si el enjuiciamiento del peligro con que han de determinarse los márgenes de lo punible de la tentativa, habría de limitarse a los elementos puramente causales de la acción, o si podría abarcar en sus bases de enjuiciamiento también otras circunstancias típicas no estrictamente pertenecientes al curso causal, es decir, no directamente relacionadas con el peligro como potencial causación de un resultado fáctico. Expresado en términos más genéricos: si el criterio del peligro *ex ante* —o previsibilidad *ex ante*— es sólo un criterio de enjuiciamiento del peligro, o de imputación de resultados, o si, además, conforma el desvalor (de acción) del injusto, siendo por tanto aplicable a todos los tipos legales, de actividad y de resultado, y en relación con todos los elementos típicos, tanto vinculados al curso causal, como independientes del mismo.

La defensa de la primera postura tiene su origen en ciertos sectores doctrinales afines a la teoría de la falta de tipo, quienes distinguían, por decirlo así, entre una «inidoneidad causal», en la que el resultado no se producía por circunstancias vinculadas al curso causal comenzado, impositivas de su terminación, y una «inidoneidad jurídica», en la que el resultado delictivo no podía, ya desde el comienzo de la acción, realizarse por falta de alguna de las circunstancias exigidas expresamente por el tipo legal y desvinculadas del curso causal naturalístico pretendido por el autor: casos, por ejemplo, de error (inverso) sobre la edad requerida por el tipo para la víctima en los actuales delitos de abusos sexuales (artículo 181), o casos de error (inverso) respecto de la ajenidad de la cosa en los delitos contra la propiedad, por ejemplo. Desde la teoría de la falta de tipo, y el consiguiente rechazo a la valoración de previsibilidad *ex ante* de esos elementos desvinculados del curso causal,

---

del peligro, con respecto a los manejados aquí: lo que para Baldó es un (enjuiciamiento del) peligro «*ex ante facto*» (págs. 114-115), para mí debe entenderse como un (enjuiciamiento del) peligro «*ex post*, pero situado al comienzo de la acción». Sobre estas diferencias puede verse SOLA RECHE (nota 1), pág. 170, resaltando que «ha de tenerse muy presente que el binomio *ex ante facto-ex post facto* no es equivalente al que generalmente se hace servir, *ex ante-ex post*. La apreciación *ex ante facto* contaría con todos los datos que *ex ante* tuviera el autor, el observador normativo, y cualquier otro sujeto»; es decir, todos los datos *objetivamente existentes* en el momento del inicio de la acción. Ello aparece más claramente expresado en la nota 216, donde Sola Reche establece la «inevitable» similitud de la postura de Baldó con la concepción de Spindel, para quien habría que estar «a las circunstancias *efectivamente dadas desde el comienzo de la acción*» (cursivas parcialmente añadidas).

la tentativa de autor inidóneo no plantearía, entonces, problemas, ya que, por ejemplo, la condición de funcionario configuraría uno de esos elementos «jurídicos» exigidos por el tipo, de forma que si éste no concurre realmente, por más que el sujeto yerre sobre ello, creyendo en su concurrencia, no existirá una tentativa, sino una falta de tipo impune, lo cual, según algunos autores, no es otra cosa que un delito putativo<sup>13</sup>. En este sentido, ha afirmado Maurach que si se considera que los casos de autor inidóneo no son merecedores de pena, cabe «seguir uno de los dos caminos siguientes: primero, volver a la teoría del defecto de tipo; segundo: equiparar la conducta a la tentativa irreal»<sup>14</sup>, que son las dos opciones que hemos resaltado como posibles para la impunidad de dicha figura. No obstante, con esa afirmación el autor alemán está, en realidad, excluyendo implícitamente una tercera opción, que él rechaza, consistente en considerar la tentativa de autor inidóneo también como un delito putativo, si bien desde el argumento de que los delitos especiales propios conforman su especificidad en atención a la existencia de un deber especial de autoría, el cual debe concurrir con carácter previo para poder estar ante un delito de esta clase. Todas estas posibles justificaciones de la impunidad de la figura del autor inidóneo serán analizadas a continuación, tras de lo cual, y en función de las conclusiones críticas emitidas contra las mismas, se tomará postura acerca de esta cuestión.

## B. La teoría de la falta de tipo y el autor inidóneo

La problemática del autor inidóneo ha venido siendo tratada normalmente al margen de la teoría general de la tentativa, como un supuesto específico y diverso de los casos «normales» de tentativa: inidoneidad en los medios e inidoneidad por el objeto<sup>15</sup>. Por ello, quienes postulan su impunidad se han servido de consideraciones ajenas a la propia teoría de la tentativa, vinculándolo tal figura a la teoría del error y del delito putativo o a la de los delitos especiales. Así, Stratenwerth ha sostenido, con carácter general, que la teoría de la tentativa no ofrece argumentos válidos para el tratamiento de la tentativa de autor inidóneo<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Un análisis más detallado de esta teoría se realiza *infra*, epígrafe B, donde se establecen las referencias bibliográficas.

<sup>14</sup> MAURACH (nota 4), pág. 197.

<sup>15</sup> Ello es destacado, por ejemplo, por BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6) pág. 11; el mismo, GA 1979 (nota 6) pág. 183, resaltando que también quienes sostienen su punición desde argumentos propios de la teoría de la tentativa tratan la cuestión en un capítulo especial en los Manuales.

<sup>16</sup> STRATENWERTH, *Der Versuch des untauglichen Subjekts*, Bruns-FS, 1978, pág. 63. En igual sentido, ZACZYK, *Das Unrecht des versuchten Tat*, 1989, pág. 269.

Pero esa afirmación no es del todo correcta: precisamente, quienes sostienen la punición de dichos casos se apoyan en que los mismos deben tratarse de igual forma que cualquier otro caso de tentativa inidónea, es decir, sin abandonar sus presupuestos de punición. En este sentido, más correcta es la matización de Wolter relativa a que lo que la teoría de la tentativa no ofrece son argumentos en favor de la *impunidad* de la tentativa de autor inidóneo<sup>17</sup>; en otras palabras, el sometimiento de estos casos al fundamento de punición de la tentativa, no considerándolo entonces como una figura dogmática independiente, habrá de llevar, consecuentemente, a la punición de la misma, y sólo quienes sostengan su impunidad habrán de apoyarse en consideraciones externas a la teoría de la tentativa<sup>18</sup>.

Una de las líneas teóricas que tradicionalmente ha servido para fundamentar la impunidad de la tentativa de autor inidóneo ha sido la teoría de la falta de tipo. Más genéricamente, y como resalta Bruns, los partidarios de la impunidad del autor inidóneo se han venido sirviendo, expresa o implícitamente, de los presupuestos dogmáticos implícitos en esta teoría, aun sin asumirla para el resto de los casos de falta de tipo<sup>19</sup>. Esta teoría, si bien nacida en el seno de la discusión respecto a los márgenes de punición de la tentativa, pretende hallar una figura dogmática independiente de ésta, configurándose los casos de falta de tipo como supuestos distintos a los de tentativa. Afirma, en este sentido, Dohna, que «es ya un error considerar la falta de tipo como tentativa, por lo que pretender hallar en aquélla una tentativa inidónea no puede considerarse sino un doble error»<sup>20</sup>. En todo caso, entre sus partidarios no existe consenso respecto a la determinación de la naturaleza jurídica de los casos de la falta de tipo. Así, mientras algunos autores lo consideran un delito putativo, «la nada jurídico-penal»<sup>21</sup> o, en todo caso, una figura estructuralmente similar a la del delito putativo y, por tanto, sometida a idénticas consecuencias jurídicas<sup>22</sup>, otros autores se resisten a esa conclusión, y optan por considerarla una tentativa, si bien impune en todo caso, vinculándola entonces a la tentativa irreal<sup>23</sup>.

17 WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung von Verhalten, Gefahr und Verletzung in einem funktionalen Straftatsystem*, 1981, pág. 307.

18 Cfr. BRUNS, GA 1979 (nota 6), pág. 162.

19 BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 13.

20 DOHNA, *Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 1950, pág. 57.

21 BELING, *Die Lehre von Verbrechen*, 1906 (reimpresión de 1964), pág. 329.

22 MAYER, M. E., *Deutsches Strafrecht*, 1926, 2.<sup>a</sup> edición, pág. 367; NÚÑEZ BARBERO, *El delito imposible*, 1963, pág. 136 ss.

23 FRANK, *Das Strafgesetzbuch für deustsche Reich nebs dem Einführungsgesetz*, 1926, 17.<sup>a</sup> edición, págs. 184-185; V. LISZT/SCHMIDT, *Lehrbuch des deutschen Strafrecht*, 1932, 26.<sup>a</sup> edición, pág. 258.

En la llamada teoría de la falta de tipo se engloban una serie de argumentos lógico-formales relativos a la necesidad de concurrencia de los elementos explícitamente establecidos en los tipos legales para poder considerar punible la conducta. Pero, como después veremos, más allá de la aparente diversidad de dichos argumentos, todos pueden conducirse a un presupuesto material común que los aglutina y del que se originan, el cual no es otro que la concepción normológica de Binding, y la consiguiente perspectiva causalista de enjuiciamiento de la tipicidad, a partir de una perspectiva *ex post*. Así, sólo concurriría una tentativa cuando las causas de la no producción del resultado típico acaecieran en un momento posterior al comienzo de la acción típica. A contrario sensu, cuando los elementos requeridos por el tipo faltaran ya en el momento de comienzo de ejecución estaríamos ante una falta de tipo. Desde estas premisas, la impunidad de la tentativa de sujeto inidóneo habría de aparecer indudable a los defensores de esta teoría: lo que caracteriza a la inidoneidad del autor es que la misma se produce ya antes del comienzo de ejecución, y que la cualidad específica de autor viene expresamente exigida por el tipo legal correspondiente. La tentativa de autor inidóneo no es otra cosa, entonces, que un caso de falta de tipo impune. En cualquier caso, son distintos argumentos formales los que se han mantenido para llegar a tal conclusión. Por ello, antes de entrar a valorar la corrección de la conclusión, conviene exponer dichos argumentos.

La teoría de la falta de tipo parte del siguiente axioma, ya mencionado: todos aquellos supuestos en los que ya en el momento de iniciar la realización de la conducta falte un elemento expresamente mencionado en el tipo legal correspondiente darán lugar a una falta de tipo impune<sup>24</sup>. Desde esta aproximación genérica, Graf zu Dohna, uno de sus más destacados representantes, concretó los términos de esta concepción, afirmando que todo elemento del tipo que tenga ya que existir previamente al comienzo de la ejecución del autor implica que su presencia o ausencia es independiente del desenvolvimiento posterior del curso causal, así como, por tanto, también será independiente de la posibilidad de realización del autor. Desde esta aseveración, concluye es-

---

<sup>24</sup> En la doctrina española, cuentan como partidarios de la teoría de la falta de tipo, entre otros, NÚÑEZ BARBERO (nota 22), pág. 136 ss.; CEREZO MIR, *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, 1964, pág. 26; JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, VII, 1970, pág. 778; ANTÓN ONECA, *Derecho Penal. Parte General*, 1986, 2.ª edición (anotada y puesta al día por Hernández Guijarro y Beneitez Merino), pág. 451; SAINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, 1990 (3.ª edición), pág. 791; GONZÁLEZ CUSAC, *Principio de ofensividad, aplicación del Derecho y reforma penal*, PJ 1992, pág. 21; RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ, *Derecho Penal español. Parte General* 1995 (18.ª edición), pág. 240; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal, Parte General*, 1996 (4.ª edición), pág. 646.

te autor que «existe falta de tipo cuando está ausente una exigencia del tipo que no está en relación causal con la acción del autor»<sup>25</sup>. Así, para distinguir la tentativa de la falta de tipo, habría que proceder a distinguir entre elementos típicos «causales» y elementos típicos «conceptuales»<sup>26</sup>. La relación conceptual exigida por el tipo no se dará, entonces, cuando falte el objeto de la acción o sea un objeto absolutamente inidóneo (no ajenidad de la cosa), cuando el medio empleado no sea el exigido por algunos tipos legales (veneno, explosivos), o cuando, por último, el sujeto de la acción sea inidóneo (no se dé la condición de funcionario, por ejemplo)<sup>27</sup>. Este mismo argumento fue también formalizado a partir de la noción de la tentativa como error inverso de tipo, afirmándose que, mientras que la tentativa constituía un error sobre una circunstancia futura (y en esa medida dependiente de la realización del curso causal), el error de tipo se caracteriza por un error inverso sobre una circunstancia actual, que existe ya —o no— en el momento de la acción<sup>28</sup>. Con ello, la figura del autor inidóneo quedaría fuera del ámbito conceptual de la tentativa, puesto que dicha cualidad habrá de estar ya presente en el momento en que el sujeto se dispone a actuar; no siendo, ciertamente, susceptible de surgir en el desenvolvimiento del curso causal generado por éste.

Ligada a esta argumentación se encuentra también aquella que sostiene que en los casos en que falta un elemento expresamente mencionado en el tipo, ya sea el objeto, el medio a emplear, o la cualidad de autor, no podrá existir una tentativa, porque estaremos ante un delito consumado, ya que el autor habrá alcanzado el resultado perseguido por su acción. Para llegar a esta conclusión parten de las siguientes consideraciones. Se afirma, en primer lugar, que la tentativa, «es, conceptualmente, una acción no consumada»<sup>29</sup>. El autor, cuando realiza su acción, quiere producir un resultado determinado, y lo que caracteriza a la tentativa es que ese resultado no se llega a producir. El autor, en rigor —se afirma—, no quiere la producción de un delito, sino únicamente la producción de un resultado natural. En este sentido, sostenía ya Havenstein que «no hay, como tal, tentativa de un delito, sino sólo tentativa de una acción, y cuando se habla de tentativa de un delito significa siempre la tentativa de una acción». En consecuencia, la tentativa de un delito sólo puede concurrir cuando se dé la tentativa de una acción (...) por contra, no habrá nunca tentativa cuando se ha alcanzado el resultado pretendido»<sup>30</sup>. De igual modo se manifestará años des-

25 DOHNA, *Der Mangel am Tatbestand*, Güterbock-FG, 1910, pág. 49.

26 DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), pág. 50.

27 DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), págs. 53-54 y 60.

28 DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), pág. 47.

29 DOHNA, *Der Mangel* (nota 255), pág. 48.

30 HAVENSTEIN, *Zur Lehre vom untauglichen Versuch*, GA 36 (1888), pág. 35.

pués Dohna: «una acción consumada no puede constituir un delito intentado»<sup>31</sup>. Así, por ejemplo, en supuestos como el hurto de un objeto que resulta pertenecer al autor, o en el abuso sexual de una niña que resulta ser mayor de doce años, o, por último, en la recepción de dádivas por el autor que se considera funcionario, el autor habrá *realizado* todo lo abarcado por su voluntad, por lo que ha de hablarse una acción *consumada* y no podrá castigarse por tentativa<sup>32</sup>.

Ambos argumentos —el de la necesidad de existencia real de los elementos no vinculados al curso causal, y el que afirma que una acción consumada no puede ser una tentativa—, a pesar de la notable evolución de la dogmática desde que fueron formulados, son empleados todavía en la actualidad, más o menos conscientemente, por algún sector doctrinal para intentar justificar la impunidad del autor inidóneo. Así, el primero de ellos puede considerarse el origen de la ya citada postura que afirma que esos elementos, y en especial el que establece la calidad de autor, no pueden enjuiciarse desde criterios de previsibilidad *ex ante*, por cuanto no son, a diferencia del peligro de la acción, evaluables en términos de pronóstico, sino que deben concurrir ya, independientemente de la perspectiva de un espectador objetivo, en el momento de la acción. La corrección de esta postura será analizada en el epígrafe siguiente.

Por lo que respecta a la segunda formulación, desde la actual concepción de la tipicidad resulta claramente rechazable. Baste con decir que, en la dogmática actual, la noción de consumación es de carácter formal y va referida a la concurrencia de todos los elementos del tipo<sup>33</sup>, y no, como estos autores postulaban, a la *realización* fáctica de lo previsto y querido por el autor. Por ello, una acción puede perfectamente considerarse una tentativa aunque el autor haya finalizado todo lo que fácticamente deseaba realizar y haya producido el resultado (naturalístico) al que se dirigía, siempre que falte algún elemento del tipo, ya sea uno expresamente mencionado en el tipo legal, ya sea la relación de imputación objetiva, por ejemplo. En términos similares: la ley «no hace depender la tentativa de la falta de resultado, sino expresamente de la falta de consumación. Ésta puede provenir de la ausencia de cualquiera de los elementos del tipo: el resultado o un elemento cualquiera de la descripción típica»<sup>34</sup>. Siendo esta opinión pacífica en la doctrina,

<sup>31</sup> DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), pág. 48.

<sup>32</sup> Cfr. HAVENSTEIN, *Zur Lehre* (nota 30), pág. 39; DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), pág. 49, con ejemplos similares.

<sup>33</sup> Cfr. por ejemplo, SOLA RECHE (nota 1), pág. 152; o FARRÉ TREPAT (nota 7), pág. 235.

<sup>34</sup> BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal. Parte General*, 1990 (2.ª edición), pág. 201.

sorprende que algún autor pretenda todavía extraer algún jugo restante a los citados argumentos de la falta de tipo —si bien sin remitirse expresamente a ella— para excluir responsabilidad del autor inidóneo. Así, y no obstante partir de la noción «formal» de consumación, y de asumir, consecuentemente, que «aún tratándose del que pretendía alcanzar el autor con su comportamiento, la ausencia de algún otro elemento del tipo puede impedir estimar la consumación»<sup>35</sup>, cuando Sola Reche se enfrenta a la figura del autor inidóneo pasa a servirse de un concepto, por llamarlo así, «material» de consumación, basado, al igual que en la teoría de la falta de tipo, en la noción de «realización». Concretamente, resalta que la validez de la solución que castiga la tentativa de autor inidóneo «depende de cómo se conciba el carácter formal de la consumación, y por consiguiente si el autor no realiza todos los elementos del tipo. Para esto considero decisiva la vinculación de la idea de consumación a la de ‘realización’»<sup>36</sup>. Por eso se pregunta a continuación si quienes castigan «al autor inidóneo no tendrían que hacerlo en realidad por *un delito consumado*»<sup>37</sup>. Comparando la acción de prevaricación que realiza un verdadero funcionario, y la que realiza alguien que erróneamente se toma por funcionario, afirma que «pueden haber dado lugar a la forma consumada del delito, o sólo a una tentativa (inidónea) a pesar de que el autor inidóneo haya realizado todos los elementos *realizables* del tipo». Conclusión que no parece resultarle correcta: «resulta poco convincente entonces la conclusión de que el no funcionario sólo haya ‘intentado’ realizar lo que el funcionario ‘ha realizado’»<sup>38</sup>. Y esta supuesta incorrección es una de las razones de que se sirve el citado autor para postular la impunidad del autor inidóneo. No considero preciso entrar a abundar en las razones por las que esa solución sí resulta convincente. Limitémonos a reiterar que la existencia de tentativa (otra cuestión es si será o no punible) depende de la ausencia de consumación, y que ello se dará por la falta de cualquier elemento del tipo, sea realizable por el autor o no; y a poner de manifiesto la contradicción que supone asumir argumentos de la teoría de la falta de tipo para justificar la impunidad del autor inidóneo, y rechazarlos para el resto de las posibles formas de inidoneidad. En efecto, la aplicación consecuente de la tesis de Sola llevaría a negar el carácter de tentativa en todos los casos en los que en la acción del autor no concurre algún elemento típico independiente del curso causal; es decir, algún elemento «no realizable» por el autor. Así ocurriría, por ejemplo, con la acción de disparar a una persona ya fallecida, o con la acción de robar un ob-

---

35 SOLA RECHE (nota 1), pág. 153.

36 SOLA RECHE (nota 1), pág. 189.

37 SOLA RECHE (nota 1), pág. 190. *Cursivas en el original.*

38 SOLA RECHE (nota 1), pág. 190. *Cursivas y entrecomillados en el original.*

jeto que resulta ser del propio autor, ya que ni la permanencia de la persona en el mundo de los vivos ni la ajenidad de la cosa dependen de lo «realizable» por el autor; conclusión que, por lo demás, se halla en franca contradicción con la concepción que el autor español mantiene de la tentativa, desde la que expresamente se admite la punición como tentativa inidónea de los supuestos de disparos a un cadáver, por ejemplo<sup>39</sup>.

Por último, inferida de la teoría de la falta de tipo puede considerarse también la posición doctrinal, todavía defendida en nuestro país, que, al amparo de la concepción de Binding, maneja un concepto amplio de delito putativo, incluyendo en el mismo no sólo los casos de error de prohibición inverso, sino asimismo todos los casos de error inverso de tipo. Es decir, todos los casos en los que el autor comienza su acción en la errónea creencia de que concurren determinados elementos exigidos por el tipo legal habrán de considerarse como delito putativo<sup>40</sup>. Con ello, en realidad, se vienen a considerar como tales prácticamente todas las tentativa inidóneas, en las cuales, por definición (por la aquí seguida), la ausencia de potencialidad lesiva se da desde el momento de inicio de la conducta, siempre que el elemento típico ausente esté taxativamente establecido por el legislador, como es, por lo demás, el caso de la inidoneidad del sujeto. Así, desde esta concepción amplia del delito putativo, el intento de realizar un delito de cohecho por quien no ostenta la cualificación de funcionario sería un delito putativo, como también lo sería el disparo a un cadáver que se toma por una persona viva o el intento de robar un cosa que pertenece en realidad al autor.

Un análisis crítico detallado de cada una de las tesis que se aglutinan bajo la rúbrica de la teoría de la falta de tipo excedería de las pretensiones que guían estas páginas<sup>41</sup>. Por ello, debo limitarme a realizar algunas consideraciones sobre el substrato material en que estas posturas doctrinales se asientan: la teoría de las normas de Binding.

<sup>39</sup> Cfr., por ejemplo, SOLA RECHE (nota 1), pág. 177

<sup>40</sup> Ello es defendido en la doctrina española por NÚÑEZ BARBERO (nota 22), págs. 136 ss.; BUSTOS RAMÍREZ, *Manual de Derecho Penal español, Parte General*, 1994 (4.ª edición, aumentada, corregida y puesta al día por Hormazábal Mallarée), pág. 428; SAINZ CANTERO (nota 24), pág. 791; COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN (nota 24), pág. 656; GONZÁLEZ CUSSAC, PJ 1992 (nota 24), pág. 18; SERRANO BUTRAGUEÑO, *Código Penal*, pág. 223.

<sup>41</sup> Ello, en cualquier caso, ha sido llevado a cabo en ALCÁCER GUIRAO (nota 1), págs. 150 ss.; obra en la que, en forma similar, aparecen también las siguientes consideraciones del texto sobre la concepción de Binding, respecto de las cuales he preferido optar por su reiteración, aun resumida, y no a una mera remisión en conjunto, por considerarlas relevantes para el tema en estudio.

Para el gran penalista alemán, la norma adopta un contenido puramente objetivo: las normas contienen prohibiciones (o mandatos) de causación, por lo que los elementos del delito, descritos en los tipos legales, deben concurrir en la acción ya desde el momento en que la acción comienza a ejecutarse: desde que comienza a infringirse la norma<sup>42</sup>. Si se dan todos los elementos del tipo, estaremos ante un delito completo; en cambio, si no se llega a la causación total, pero se ha comenzado a realizar el delito, existiendo, por tanto, todos los elementos típicos en ese momento, estaremos ante un delito parcial (*Teildelikt*); es decir, ante una tentativa<sup>43</sup>. En cambio, la ausencia de uno de esos elementos hace imposible ya el comienzo de ejecución del delito, y las acciones en las que falte ya *ab initio* algún elemento típico no estarán, por tanto, abarcadas por la norma<sup>44</sup>. En suma, sólo están prohibidas las acciones idóneas para consumir el delito<sup>45</sup>.

Con la teoría de las normas de Binding, sabido es, se estableció por primera vez de forma nítida una diferenciación entre el tipo legal (o bien «norma de sanción»), como conjunto de requisitos establecidos por la ley para la punición de una acción, y la norma de conducta imperativa. Así, mientras la acción del autor vulnera la norma de conducta, viene a realizar lo descrito por el tipo legal, cumpliendo entonces los elementos requeridos por la norma de sanción<sup>46</sup>. No obstante, si bien con esta concepción se alcanzó una clara distinción lógica y axiológica entre ambas clases de normas, la práctica equiparación del contenido y ámbito del imperativo a la descripción del tipo —de la norma de conducta a la norma de sanción— impidió apreciar y desarrollar la diferente perspectiva teleológica que fundamenta la razón de ser de cada norma.

Como acabamos de ver, la norma de sanción se corresponde con el tipo legal, en el sistema bindingniano. Dicha norma de sanción, dirigida al aplicador del Derecho, contiene los requisitos que indefectible-

<sup>42</sup> BINDING (nota 5), pág. 426.

<sup>43</sup> BINDING (nota 5), págs. 428-429.

<sup>44</sup> BINDING (nota 5), págs. 426 y 433. De esta concepción se infiere la tesis, mencionada en páginas anteriores, que considera a todo error inverso de tipo como un delito putativo.

<sup>45</sup> BINDING (nota 5), pág. 431: «Sólo la acción idónea bajo toda relación para realizar el tipo determinado por la norma es un delito concreto».

<sup>46</sup> Cfr. BINDING, *Die Normen und ihre Übertretung*, I (reimpresión de 1965), págs. 132 ss. Cfr. también HAFFKE, *El significado de la distinción entre norma de conducta y norma de sanción para la imputación jurídico-penal*, en *Fundamentos de un sistema europeo de Derecho Penal*, SCHÜNEMANN/FIGUEIREIDO DIAS (coords.), 1995, pág. 90, quien realiza también el paralelismo del texto entre norma en el sentido de Binding/Ley y norma de conducta/norma de sanción.

mente deben concurrir para que pueda legítimamente —siempre que sea necesario en orden a sus fines— imponerse la pena. Por ello, ya que la infracción de la norma de conducta es *conditio sine qua non* para ello, la aplicación de la norma de sanción se produce en un momento retrospectivo, cuando el hecho ya ha concluido y se conocen la totalidad de sus efectos. Debido a ello, es una perspectiva *ex-post* la que impera en la contemplación del hecho. Por el contrario, la norma de conducta va dirigida al ciudadano con el fin de operar como pauta de actuación en orden a la evitación de acciones lesivas para los intereses protegidos. Ello conlleva dos consecuencias esenciales. En primer lugar, la norma de conducta debe hacerse efectiva en el momento en que el ciudadano se dispone a realizar la acción prohibida o a omitir la acción exigida por la norma. Es decir, en el momento inmediatamente anterior al «que técnicamente denominamos comienzo de ejecución», como afirma el propio Binding<sup>47</sup>. En segundo lugar, el contenido de la norma debe abarcar lo que en ese momento *podía ser previsible* para el autor según su perspectiva con respecto a la acción a realizar u omitir, medida regulativa determinada normativamente —desde la posición aquí defendida— según lo previsible y cognoscible para un ciudadano medio situado en la misma posición que el autor. Todo ello implica que, a diferencia de la norma de sanción, el punto de vista desde el que debe enjuiciarse la acción antinormativa ha de ser *ex ante*<sup>48</sup>. Una idea similar parece expresar Binding cuando manifiesta que «como la norma compete y debe ser acatada por todos, presupone el legislador la capacidad media de todos los destinatarios para reconocer como tal la acción de causación»<sup>49</sup>. Pero, ¿cómo puede el destinatario reconocer desde su posición *todas* las circunstancias que condicionarán el acaecimiento del resultado? Tal afirmación no puede ser compatible con la concepción de la antinormatividad como un proceso de causación, según la cual la norma no prohíbe acciones, sino causaciones de resultados, haciendo depender la valoración de la conducta de circunstancias sólo reconocibles *ex post*; en suma, equiparando, como ya se ha dicho, el contenido de la norma de conducta con el de la norma de sanción. En otras palabras, el destinatario de las normas de Binding habría de ser un individuo con un conocimiento universal de lo existente; un

47 BINDING (nota 5), pág. 426.

48 Para evitar malentendidos: perspectiva «*ex ante*» no significa la realización de un enjuiciamiento de la acción tomando en cuenta *todo lo objetivamente existente en el momento en que la misma comienza* (ese, de hecho, es el criterio que sigue la concepción de BINDING), sino un enjuiciamiento de la acción basada en los datos *perceptibles y comprensibles desde el momento y lugar en que se sitúa el autor al iniciar su acción*, para lo cual emplearemos el criterio del espectador objetivo.

49 BINDING (nota 5), pág. 431.

espíritu de Laplace, como suele afirmarse, y, dado que tales individuos no existen, tanto la operatividad preventiva como el límite garantístico que justifican la limitación de lo prohibido a lo reconocible por el destinatario de la norma serían nulos<sup>50</sup>. Y esta concepción normológica en absoluto debe considerarse reciente, impropia de la época de Binding; por el contrario, ya autores prácticamente contemporáneos de éste opusieron similares críticas normológicas a su concepción de la norma. Así, por ejemplo, manifestaba Schüler que si Binding estuviera en lo cierto, la norma diría: ‘tú no debes unir a las condiciones necesarias para que se produzca la muerte de un hombre ya existentes las condiciones restantes para que el resultado de muerte se produzca’, por lo que habría que presuponer por parte del sujeto el conocimiento de la totalidad de las condiciones necesarias para el acaecimiento de dicho resultado<sup>51</sup>. Y similares consideraciones críticas hacía el mismo Graf zu Dohna<sup>52</sup>, o v. Hippel, quien resaltaba que si, como Binding, se afirma que «no está prohibido disparar a un cadáver, puede replicarse: tampoco está prohibido disparar a un hombre sin acertar. En ambas situaciones se da el mismo error teórico: un enjuiciamiento a posteriori ignorando la situación objetiva reconocible al tiempo del hecho y el dolor del autor»<sup>53</sup>.

Y, para concluir, y reiterando lo dicho en otro lugar, no otro es, a mi entender, el error — o al menos uno de ellos — del que parte la teoría de la falta de tipo, según la cual se enjuicia desde una perspectiva *ex post* el hecho, contemplando la acción, al modo de Binding, a partir de lo ontológicamente existente, e ignorando la perspectiva cognitiva del destinatario de las normas<sup>54</sup>.

---

<sup>50</sup> Críticas similares de la concepción de las normas que hace depender lo prohibido de la existencia real de los elementos del tipo en el momento de la ejecución (como es el caso de la teoría de la falta de tipo y de su versión normológica en Binding) en FRISCH, *Vorsatz und Risiko*, 1983, págs. 352 ss.

<sup>51</sup> SCHÜLER, *Der Mangel am Tatbestand*, 1914, pág. 72.

<sup>52</sup> DOHNA, *Der Mangel* (nota 25), pág. 58, quien al mismo tiempo, incongruente-mente, afirma que «los casos de falta de tipo en sentido estricto no están afectados por la amenaza de pena contra la tentativa» (pág. 49).

<sup>53</sup> Robert v. HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión de 1971), pág. 434.

<sup>54</sup> Las palabras críticas que dirige MIR PUIG, PG (nota 1), 12/13 a la metodología positivista —de la que es heredera esta teoría— pueden servir como crítica, ya que «constituye un ejemplo típico de clasificación en base a una descripción meramente *formal y externa*, atenta sólo a las ‘partes’ del delito y no a su esencia material». (Cursivas en el original).

### C. El enjuiciamiento de la tipicidad en relación con elementos típicos no vinculados al curso causal

Rechazada en su totalidad la teoría de la falta de tipo como criterio para justificar dogmáticamente la impunidad de la tentativa de autor inidóneo, debemos, en cualquier caso, detenernos todavía en una cuestión que quedó pendiente, relativa al tratamiento de esos elementos típicos no vinculados al curso causal. Como vimos, con el diferente tratamiento postulado por la teoría de la falta de tipo respecto de esos elementos no vinculados al curso causal se pretendía excluir del campo de la tentativa típica y punible los casos denominados de «inidoneidad jurídica», en los cuales la imposibilidad de producción del resultado típico no venía dada por la defectuosa realización de la conducta del autor respecto a la consecución del resultado, sino por la ausencia en el hecho de determinados requisitos exigidos por el tipo legal correspondiente, sobre cuya existencia, dada su naturaleza, en nada puede influir la acción del autor: la cosa que se intenta robar es o no es ajena, la víctima del abuso sexual tiene o no menos de doce años, el autor posee o no la cualidad de funcionario, y el sujeto activo nada puede hacer; en el caso concreto, para modificar ese hecho.

Más allá de las críticas ya realizadas en el epígrafe anterior, la duda puede suscitarse por el hecho de que en casos de concurrencia de elementos de esta naturaleza, denominados por Frisch —quien igualmente se detiene a analizarlos— como circunstancias «no vinculadas al resultado»<sup>55</sup>, podrían considerarse inaplicables los criterios de enjuiciamiento del peligro de la conducta. Concretamente, el criterio de enjuiciamiento basado en el juicio de adecuación ha venido siendo normalmente entendido, si bien ya no como una teoría causal, en todo caso como un criterio de imputación del resultado, como un enjuiciamiento de la probabilidad futura de lesión, en relación con la progresión del curso causal. Desde este punto de vista, dicho enjuiciamiento del riesgo podría considerarse inadecuado para determinar la presencia o ausencia de esos elementos requeridos por el tipo, caracterizados precisamente por su desvinculación del curso causal, de la probabilidad de causación del resultado. Esa duda ha sido planteada con especial atención por Frisch, resaltando la diferente estructura fáctica de las situaciones. Así, mientras que el análisis del curso causal respecto a la producción del resultado está basado en criterios de probabilidad, puesto que la cuestión viene referida a un pronóstico en relación con un hecho futuro, esas circunstancias típicas específicas se caracterizan por su

<sup>55</sup> FRISCH (nota 50), págs. 345 ss.

existencia independiente del desarrollo temporal de la acción: se dan o no se dan ya desde el momento de inicio de la acción, por lo que, en principio, no podrían incluirse en un enjuiciamiento basado en un pronóstico sobre el desenvolvimiento de la acción, a partir de criterios de probabilidad futura<sup>56</sup>. Respecto de el análisis de estos elementos, afirma Frisch, parece que entonces habría de aplicarse un juicio basado en la realidad de su existencia, es decir, basado en la objetiva concurrencia o no concurrencia de los mismos: un juicio *ex post*, en suma<sup>57</sup>. Así, la ajenidad de la cosa que se intenta robar no podría enjuiciarse sobre criterios de probabilidad o previsibilidad, sino que habría de concurrir objetivamente para poder estar ante una tentativa de robo. Con ello, en realidad, vendría a asumirse, al menos parcialmente, la teoría de la falta de tipo. Esa misma duda viene planteada asimismo por Sainz de Robles, en relación a la tentativa de autor inidóneo, afirmando que para determinar si concurre o no, por ejemplo, la condición de funcionario del autor, no podría operarse con un juicio de pronóstico basado en la previsibilidad. Lo que caracteriza a este tipo de enjuiciamiento es que sus criterios se basan en la experiencia, en el conocimiento de determinadas leyes causales. En relación a ese tipo de exigencias normativas establecidas por los tipos legales, en cambio, «la experiencia nada diría de la imposibilidad *ex ante* de su intento», ya que «la decisión de que el sujeto es inidóneo no la ha tomado la experiencia, sino la ley»<sup>58</sup>.

Pese a la aparente fuerza de convicción de esta postura, lo cierto es que esa tajante conclusión no tiene por qué ser cierta. Es indudable que existe una notable diferencia entre el enjuiciamiento de la potencialidad lesiva de un disparo, o de una determinada cantidad de veneno, por ejemplo, y el enjuiciamiento sobre la «probabilidad de que el autor posea o no la cualidad de funcionario», por decirlo así. Pero ello no implica necesariamente que la experiencia nada pueda decir sobre esta última cuestión, así como de otras similares como la edad de la víctima o la ajenidad de la cosa. La cuestión, por ejemplo, de si la víctima de abusos sexuales es mayor o menor de doce años aboca, evidentemente, a una respuesta unívoca: la víctima o bien es mayor o bien es menor de doce años; o bien tiene trece años, o bien tiene once. Pero esa respuesta prejuzga, en todo caso, un análisis *ex post* del hecho, es decir, una contemplación del mismo con conocimiento de todas las circunstancias objetivamente dadas, sin limitaciones cognoscitivas. Pero ello no ha de obstar a que la respuesta a esa cuestión no pueda también emi-

56 FRISCH (nota 50), págs. 346-347, 349 ss.

57 FRISCH (nota 50), pág. 351.

58 SAINZ DE ROBLES, *Homenaje a Beristain* (nota 6), pág. 632 (cursivas en el original).

tirse a partir de lo perceptible, basado en un pronóstico, desde la complejidad y aspecto de la persona, por ejemplo. Así, dicha respuesta podría perfectamente emitirse desde presupuestos basados en la experiencia, a partir de la contemplación del hecho por un espectador objetivo. Ello de igual forma que la cuestión de si a quien se dispara es una persona viva o un cadáver no puede responderse más que de forma afirmativa o negativa, y no gradual, sin que ello implique la imposibilidad cognoscitiva de emitir dicha respuesta desde criterios basados en la experiencia. Ciertamente, es semánticamente absurdo afirmar que la persona está más o menos viva, pero puede perfectamente afirmarse que es más o menos probable que la persona esté viva. En igual sentido, puede perfectamente sostenerse que es más o menos previsible que la víctima tenga 12 años.

Más problemas podría presentar, a primera vista, el enjuiciamiento basado en la previsibilidad de la concurrencia de circunstancias cuya existencia depende de otras disposiciones propiamente jurídicas, como es el caso de la ajenidad del objeto robado o la condición de funcionario del autor. Pero estimo que tampoco en estos casos existen obstáculos para poder aplicar criterios de experiencia poseídos por el espectador objetivo para dilucidar estos casos. Ciertamente, no es la experiencia la que funda esas cualidades, sino que son concretos requisitos formales taxativamente exigidos por disposiciones legales. Pero ello no implica que la existencia de esos requisitos formales en el caso concreto no pueda ser establecida desde criterios de experiencia, a partir de determinadas representaciones sociales intersubjetivamente compartidas. Es sabido que la generalidad de la doctrina sostiene que para determinar el conocimiento de los elementos normativos de los tipos legales no es precisa la concreta conciencia y conocimiento de esos requisitos formales que fundan la validez de los mismos, en el sentido de exigirse una correcta calificación y subsunción jurídica de los mismos, sino que, para afirmar el dolo basta su conocimiento a partir de una «valoración paralela en la esfera del profano»<sup>59</sup>. Ello se basa en que esos elementos normativos, incluso los propiamente jurídicos, poseen en todo caso un substrato fáctico, «algo de realidad aprehensible por los sentidos», como afirman Jescheck/Weigend, «de modo que contienen asimismo una relación con el mundo de los hechos»<sup>60</sup>, lo cual puede, por ello, ser aprehendido cognitivamente por los actores sociales, es decir, a partir de un juicio basado en la experiencia. Por ello, el enjuiciamiento sobre la concurrencia de esos elementos por parte de un espectador objetivo

---

<sup>59</sup> Cfr., por ejemplo, JESCHECK/WEIGEND, AT (nota 6), págs. 270, 295; MIR PUIG, PG (nota 1), 10/76, 77.

<sup>60</sup> JESCHECK/WEIGEND, AT (nota 6), pág. 270.

desde una perspectiva *ex ante*, podría, de igual modo, establecerse desde un juicio de experiencia sobre la base de lo cognoscible desde esa perspectiva, y basado igualmente en una valoración paralela desde la esfera del profano<sup>61</sup>; es decir, sin que fuera precisa una correcta subsunción jurídica. Así, incluso autores contrarios a la punición del autor inidóneo se ven obligados a reconocer que pueden perfectamente darse casos en la práctica en los que la carencia de la condición de funcionario no podría determinarse por los jurídicamente profanos, y que habrá casos en los que esa carencia será inapreciable incluso por quienes conozcan los concretos requisitos jurídicos precisos para ello, por el hecho de deberse, por ejemplo, a un error burocrático formal y ejercer socialmente el autor como funcionario<sup>62</sup>. Ello lleva a afirmar a Stratzenwerth que el caso de autor inidóneo, frente a lo que a veces se ha afirmado, no coincide estructuralmente —o no tiene por qué coincidir en todos los casos— con los supuestos de tentativa irreal<sup>63</sup>. A diferencia de éstos, en los que la inidoneidad de la acción sería evidente para el espectador objetivo (el espectador objetivo no incurriría en el mismo error que el sujeto), cabe plantearse casos de autor inidóneo en los que para el espectador objetivo —es decir, para toda persona— no podría ser apreciable la ausencia del requisito de funcionario exigido por el tipo y para el cual, con base en la *experiencia*, el sujeto en cuestión aparece a todos los efectos como funcionario. A mi entender, la afirmación sostenida por este sector doctrinal, de que la experiencia nada nos diría sobre la concurrencia de esos elementos, es una falacia, y prueba de ello es que si así fuera, si esa afirmación fuera cierta, todos esos elementos desvinculados del curso causal, incluidos los elementos normativos que establecen el ámbito de la autoría, serían inaccesibles al dolo, es decir, al conocimiento —y no haría falta, por obvio, decir: basado en la experiencia social compartida— de los mismos por parte del mismo

<sup>61</sup> El juicio de peligro está basado no sólo en leyes causales, sino asimismo en leyes de experiencia. Cfr. PAREDES CASTAÑÓN, *El riesgo permitido*, 1995, págs. 171 ss., quien, en igual sentido, destaca que el juicio de peligro se basa tanto en leyes naturales como en *leyes sociales*, las cuales no tienen por qué plantear ningún problema desde un punto de vista epistemológico.

<sup>62</sup> Cfr. STRATZENWERTH, BRUNS-FS (nota 16), pág. 62. *Vid.* también SALM, *Das versuchte Verbrechen*, 1957, pág. 96, así como los ejemplos que aporta STÖGER, *Versuch des untauglichen Täters*, 1961, pág. 29. Tal es, concretamente, el caso muchas veces citado del OLG Kiel, 1949, en el que se juzgó por un delito de funcionarios a una persona que venía ejerciendo tal función desde hacía años pero que, debido a un defecto formal, no poseía en realidad dicha cualidad. *Vid.*, por todos, BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 36.

<sup>63</sup> STRATZENWERTH, BRUNS-FS (nota 16), pág. 62. En similar sentido, SCHLÜCHTER (nota 8), pág. 165. *Vid.* también VOGLER, *Leipziger Kommentar zum Strafgesetzbuch*, 1985 (10.<sup>a</sup> edición), § 22/158.

autor, el cual, por lo demás, sólo puede aprehender la realidad de la acción desde una «perspectiva *ex ante*»: desde donde y en el momento en que está actuando<sup>64</sup>. Expresado inversamente: si esos elementos pueden (y deben, para que exista dolo) ser abarcados por el conocimiento del autor, cuyas relaciones de percepción y comprensión están basadas en la experiencia, entonces pueden perfectamente ser abarcados por el conocimiento que tendría un hipotético espectador objetivo, a quien se dotara precisamente, y en un grado medio, de esa experiencia. En suma, no hay obstáculos teóricos, ni epistemológicos ni ontológicos, para aplicar también para este tipo de elementos típicos un enjuiciamiento de la acción basado en criterios de probabilidad<sup>65</sup>.

Clarificado este punto, debe conectarse con las razones dogmáticas y político-criminales que exigen ese enjuiciamiento. Es decir, afirmada la posibilidad de dicho enjuiciamiento, debemos todavía postular su idoneidad y necesidad desde un punto de vista tanto dogmático como político-criminal. A este respecto, debe afirmarse que desde una perspectiva teleológica, que acomode las categorías y los criterios de imputación de responsabilidad penal a los cometidos del Derecho penal, el empleo de una perspectiva *ex ante* debe abarcar el enjuiciamiento de todas las conductas típicamente relevantes. Sería demasiado extenso establecer los presupuestos que avalan esa conclusión. Baste afirmar que desde la concepción aquí seguida la perspectiva objetiva *ex ante* no es sólo un criterio de imputación objetiva, dirigido a determinar la imputación del resultado fáctico en los delitos de resultado, sino que encarna la determinación del desvalor de la conducta de todas las modalidades delictivas. En un Derecho penal preventivo, como ha sido dicho en numerosas ocasiones, las normas deben emitir el mensaje prescriptivo en el momento en que el autor se dispone a actuar y según lo previsible por la generalidad los destinatarios de las normas. Por ello, la perspectiva *ex ante* determinará lo prohibido, el desvalor de conducta, de todas las normas de conducta. A este respecto, debe recordarse la sustancial diferencia de esta concepción normológica con respecto a la establecida por Binding. Según la concepción de este autor, substrato material de la teoría de la falta de tipo, el contenido de los imperativos —de las normas de conducta—, se equiparaba en realidad al contenido de la norma de sanción —de los tipos legales—, en la medida en que dichas prescripciones establecían prohibiciones de causación, de realización de los tipos, por lo que las normas de conducta se basaban en una perspectiva *ex post*. Por el contrario, desde la

---

<sup>64</sup> Así, claramente, FEIJOO SÁNCHEZ, *La distinción entre dolo e imprudencia en los delitos de resultado lesivo. Sobre la normativización del dolo*, CPC 1998, págs. 277-278.

<sup>65</sup> A idéntica conclusión llega FRISCH (nota 50), pág. 356.

mayoritariamente admitida concepción normológica en la actualidad —si bien no asumida rigurosamente—, se establece una diferencia fundamental entre la norma de conducta y la norma de sanción, en función del diverso cometido de ambas, presupuesto que llevará a una diversa perspectiva de enjuiciamiento con que deban aplicarse ambas normas: mientras la norma de sanción ha de aplicarse desde una perspectiva *ex post*, y por tanto con el conocimiento real de las circunstancias exigidas en el tipo legal que justificarán la imposición de la pena, la norma de conducta ha de estar presidida por una perspectiva *ex ante*. Como, en relación con el tema que nos ocupa, resalta Frisch, las normas no van dirigidas a espíritus de Laplace, deterministas acérrimos y omniconocedores de todas las circunstancias concurrentes en el hecho, sino a seres humanos, los cuales sólo pueden conocer lo apreciable desde la situación en la que se disponen a actuar, y ello porque, desde su vocación de eficacia preventiva, la norma de conducta sólo puede realizar su labor directiva y disuasoria de conductas potencialmente lesivas si establece lo prohibido ante lo que el destinatario puede prever en el momento de decidirse contra el ordenamiento<sup>66</sup>. En rigor, la norma no impone: ‘no realices abusos sexuales sobre personas menores de doce años’, sino ‘no realices abusos sexuales sobre personas que, según un juicio objetivo de previsibilidad, basado en la experiencia social compartida, aparenten tener menos de doce años. De igual forma, puede decirse que la norma que prohíbe la prevaricación no va dirigida sólo a quienes efectivamente sean funcionarios, sino que sus destinatarios serán todos aquellos que, según un juicio objetivo de previsibilidad, en el momento en que se disponen a actuar presenten esa cualidad. Así, quien a esos efectos aparezca objetivamente como funcionario habrá realizado una conducta prohibida si realiza la acción descrita en el tipo de prevaricación, independientemente de si en realidad carecía de esa cualidad, de igual modo que realiza una conducta prohibida quien dispara a lo que objetivamente aparece desde una perspectiva *ex ante* como una persona viva, independientemente de que *ex post* resulte ser un cadáver. Evidentemente, en estos casos no podrá condenarse por un delito consumado, por el hecho de que no se darán los requisitos exigidos para ello por la norma de sanción: concurrencia efectiva de la cualidad de funcionario y de la existencia de una persona, respectivamente, pero, desde el fundamento de punición aquí defendido, nada obstará a su punición como tentativa.

En conclusión, puede decirse que los elementos del tipo no pertenecientes al curso causal — normalmente elementos normativos del tipo, aunque no necesariamente —, han de tratarse, a efectos de determina-

---

<sup>66</sup> FRISCH (nota 26), págs. 352-353.

ción del injusto, de igual forma que el resto de los elementos típicos; lo contrario implicaría asumir los presupuestos de la teoría de la falta de tipo, caracterizada por una arbitraria discriminación en el tratamiento de los elementos del tipo, sin un fundamento dogmático que lo justifique. Y quizá más arbitrario aún resulta servirse de la teoría de los elementos del tipo con el único fin de excluir la punición del autor inidóneo, ignorando al mismo tiempo el resto de las incorrectas consecuencias a que esta teoría lleva.

## D. La teoría del delito especial

Si como, rechazando la teoría de la falta de tipo, se acaba de concluir, todos los elementos del tipo han de someterse a idéntico tratamiento, el error inverso sobre los presupuestos fácticos que determinan la concurrencia del elemento típico que establece la cualidad de autor habrá de considerarse, siguiendo el principio del error inverso, una tentativa inidónea (si ese error inverso fuera invencible), y no un delito putativo, el cual concurriría sólo cuando el error se refiera al ámbito de prohibición de la norma. No obstante, esta conclusión debe todavía enfrentarse a la postura mantenida por un sector doctrinal, la cual opera aplicando sólo parcialmente ese criterio del error inverso<sup>67</sup>, de forma que no todos los errores inversos fácticos sobre elementos del tipo abocarían a una tentativa inidónea, sino que, por el contrario, todo error inverso sobre la cualidad del autor, ya provenga de una ampliación de lo prohibido (error de subsunción, considerado unánimemente impune como delito putativo), ya de una errónea apreciación del aspecto fáctico del hecho, llevará a un delito putativo. Así, por ejemplo, afirma Welzel que «un caso especial del delito putativo es el de la errónea lesión de un inexistente especial deber jurídico del autor»<sup>68</sup>. En el mismo sentido se manifiestan autores como Armin Kaufmann<sup>69</sup>, Stratenwerth<sup>70</sup> o Jakobs<sup>71</sup>, entre otros.

Esta conclusión ha venido siendo sustentada en argumentos de diversa índole, pero asentados todos en un mismo presupuesto esencial: la especificidad propia de los delitos especiales propios y, por tanto, de

<sup>67</sup> Ello es destacado, por ejemplo, por ENGISCH (nota 5), pág. 194; y BRUNS, GA 1979 (nota 6), pág. 186.

<sup>68</sup> WELZEL, *Deutsches Strafrecht*, 1969 (11.ª edición), pág. 194.

<sup>69</sup> A. KAUFMANN, *Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad*, ADPCP 1984, págs. 5 ss.

<sup>70</sup> STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), págs. 59 ss.; el mismo, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1981 (3.ª edición), marg. 699.

<sup>71</sup> JAKOBS, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, 1991 (2.ª edición), 25/43.

los elementos típicos que establecen la cualidad de autor. En esos delitos, se afirma, concurre un deber especial que sólo afecta a quienes poseen *realmente* la cualificación que funda ese deber. Expresado desde la teoría de las normas, destinatarios de las normas dirigidas a jueces o funcionarios, por ejemplo, son sólo quienes *realmente* sean jueces o funcionarios, y la errónea creencia en la existencia de ese deber no puede servir para fundarlo<sup>72</sup>. Con ello, los elementos típicos relativos a la autoría, que determinan la exigencia de ese deber especial, vuelven a adquirir una naturaleza propia y diversa del resto de los elementos típicos, por la que se justifica ese diverso tratamiento. Tal vez por ello, algunas críticas a esta concepción han visto en la misma una «última concesión a la teoría de la falta de tipo»<sup>73</sup>.

Antes de nada, conviene concretar el marco de la discusión. Así, existe generalizado consenso, también entre los partidarios de esta teoría, en separar el tratamiento de los delitos especiales propios —delitos de funcionarios, por ejemplo—, en los cuales, según esta concepción, el error inverso lleva siempre a un delito putativo, del ámbito de los «delitos especiales por razón de objeto», también llamados «delitos comunes subjetivamente limitados», en los cuales el elemento de autoría viene fundado en sus relaciones con el objeto del delito o en otras circunstancias. En estos casos, la inidoneidad del autor viene dada por propia inidoneidad del objeto, como el caso de aborto en mujer no embarazada, por ejemplo, por lo que se habrán de resolverse según las reglas generales de la tentativa<sup>74</sup>.

Uno de los argumentos empleados para excluir la punición del autor inidóneo, relegándolo al ámbito del delito putativo, fue desarrollado por Armin Kaufmann, y consistía en distinguir los elementos de la acción de los llamados elementos de la autoría<sup>75</sup>. A diferencia de los pri-

<sup>72</sup> Cfr., concretamente, KAUFMANN, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 14: «La errónea suposición de los presupuestos de que nace el deber no puede sustituir a la ausencia de del fundamento objetivo de su nacimiento». En igual sentido, además de los autores acabados de citar, también HARDWIG, *Der Versuch beim untauglichem Subjekt*, GA 1957, pág. 174; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, 1972, págs. 497 ss.; SAINZ DE ROBLES (nota 6), pág. 624; ZACZYK (nota 16), págs. 268 ss.

<sup>73</sup> BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 31; similar, MAURACH, PG (nota 4), pág. 197.

<sup>74</sup> Así, entre muchos, BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 25 ss.; el mismo, GA 1979, pág. 179 ss.; BOCKELMANN, *Zur Reform des Versuchsstrafrechts*, en: Bockelmann, *Strafrechtliche Untersuchungen*, 1957, pág. 168; SALM (nota 62), pág. 84; STRATENWERTH, AT (nota 70), marg. 701; el mismo, Bruns-FS (nota 16), pág. 70; KAUFMANN, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 13; VOGLER, LK StGB (nota 63), § 22/153; FARRÉ TREPAT (nota 7), pág. 436; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT (nota 4), 40/170; JESCHECK/WEIGEND (nota 6), pág. 536.

<sup>75</sup> KAUFMANN, *Lebendiges und Totes im Bindings Normentheorie*, 1954, pág. 137.

meros, éstos no pertenecerían al tipo legal, y no habrían de ser, por tanto, abarcados por el dolo<sup>76</sup>, sino que se conformarían como características de obligación jurídica y habrían de ubicarse en la antijuridicidad, siendo las que determinan la concreta capacidad jurídica de acción<sup>77</sup>. Por ello, estas características, que concretan el deber de actuar u omitir la conducta prescrita, deben concurrir realmente, y la errónea creencia en su existencia lleva indefectiblemente a un delito putativo<sup>78,79</sup>.

No entraremos a una crítica detallada de esta concepción. La misma ha tenido muy poca acogida doctrinal, y ha sido convincentemente criticada por Roxin, quien ha resaltado que los elementos de la autoría, como la característica de funcionario, forman parte del tipo legal, por lo que han de ser, de igual forma que el resto de los elementos típicos, abarcados por el dolo<sup>80</sup>; y que, si bien poseen, frente a otros requisitos típicos, ciertas peculiaridades, ello no justifica un tratamiento diferenciado. Por lo demás, el mismo Armin Kaufmann ha modificado su posición respecto a esos elementos de autoría, concibiéndolos posteriormente como elementos del tipo que han de ser abarcados por el dolo<sup>81</sup>. Si bien, en todo caso, no comparte la segunda conclusión de Roxin —la de su igual tratamiento—, ello lo fundamenta en argumentos distintos. En las críticas a la posición originaria del profesor de Bonn, concluye Roxin afirmando que «no existe, desde la teoría del error, ningún impedimento para contemplar como fundamento de una tentativa el error del no funcionario que cree hallarse en

<sup>76</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 142 y 159, y nota 227.

<sup>77</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 140 y 158; el mismo, ADPCP 1984 (nota 69) pág. 6.

<sup>78</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 151-152.

<sup>79</sup> Esta teoría fue seguida también por Welzel, quien, no obstante, fue modificándola a lo largo de los años. Primero sostuvo que, aunque esos elementos de autoría no formarían parte del tipo, el autor había de conocer, sino en forma actual y concreta, la relación que fundamentaba la autoría. Posteriormente, terminó por incluir esas características de la autoría como elementos del tipo, y su conocimiento había de incluirse en el tipo subjetivo, si bien no formando parte del dolo. Una exposición de la postura de Welzel puede verse en ROXIN, *Offene Tatbestände* (nota 6), págs. 5 ss., o en FARRÉ TREPAT (nota 7), págs. 439 ss., nota 149. También, en la doctrina española, es defendida por BACIGALUPO ZAPATER, PG (nota 34), pág. 200, quien se reitera en esta postura en la actualidad: *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho Penal, Parte General*, 1997 (4.<sup>a</sup> edición), pág. 351. Similar concepción parece defender también MORENO-TORRES, *Tentativa de delito y delito irreal*, 1999, pág. 287, concluyendo que, por ello, «la impunidad es una cosa obvia y lógica que no precisa de declaraciones expresas».

<sup>80</sup> ROXIN, *Offene Tatbestände* (nota 6), págs. 66 ss. Críticas también en BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 34; STÖGER (nota 62), págs. 37-38; HEIDINGSFELDER (nota 8), pág. 23, resaltando el prácticamente total abandono de dicha teoría en la doctrina.

<sup>81</sup> *Cfr.* KAUFMANN, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 14.

una situación que, si fuera cierta, implicaría la concurrencia de esa condición de funcionario». En todo caso, el mismo Roxin no tarda en resaltar que cuestión distinta es la de si podría negarse la presencia de una tentativa punible en atención a motivos distintos a los empleados por Kaufmann, como por ejemplo la esencia de la autoría en los delitos especiales<sup>82</sup>.

Es desde esta perspectiva desde donde actualmente se defiende la impunidad del autor inidóneo. Ello se pretende, así, fundar en la peculiaridad inherente a los delitos especiales, la cual permitiría, alterando las reglas de la inversión del error, tratar de forma distinta determinados elementos típicos —los que determinan la autoría— frente a otros. A pesar de la coincidente conclusión, veremos que esa especificidad propia de los delitos especiales propios no está todavía aclarada en la doctrina, coexistiendo diversos argumentos, a veces opuestos entre sí.

Así, tradicionalmente se ha venido afirmando que lo característico de los delitos especiales radica en los destinatarios de las normas. Las normas penales emanadas de los tipos que regulan delitos especiales no se dirigen a la generalidad de las personas, sino sólo a un círculo reducido de destinatarios, y poseen, por tanto, un ámbito de validez personal limitado a quienes objetivamente ostenten la calificación que exige el tipo del delito especial. Ello es así, según la concepción clásica de Schoetensack<sup>83</sup> —acérrimo defensor, por cierto, de la teoría de la falta de tipo—, porque el legislador es soberano para determinar el círculo de destinatarios de las normas que él sanciona. Sobre este presupuesto, quien carezca del status requerido por la ley no puede vulnerar la norma, por la sencilla razón de que la misma no le compete a él. Esa concepción es mantenida también la actualidad, entre otros<sup>84</sup>, por Jakobs, quien resalta que «el elemento del tipo que caracteriza al autor limita el ámbito de destinatarios de la norma, ámbito que un ‘ejecutor’ no puede ampliar por un error»<sup>85</sup>, y que «aun cuando en ocasiones el status sólo dependa de detalles o formalidades, el Derecho penal no puede ni siquiera fingir una posición que no se ha alcanzado»<sup>86</sup>. Frente a esta concepción de las normas penales se situó ya el mismo Kaufmann, oponiendo una postura que, de cualquier modo, sólo en sus premisas lógicas, y no en sus consecuencias, difiere de la anterior. En su *Teoría de las normas*, concluye este autor que no existen normas que se dirijan a un

82 ROXIN, *Offene Tatbestände* (nota 6), pág. 166.

83 SCHOETENSACK, *Verbrechensversuch*, Frank-FG, tomo II, 1930 (reimpresión de 1969), pág. 30.

84 HARDWIG (nota 72), pág. 170.

85 JAKOBS, AT (nota 71), 25/43.

86 JAKOBS, AT (nota 71), 25/ 48.

grupo determinado de individuos, sino que «todos son destinatarios de todas las normas», incluidas las de los delitos especiales<sup>87</sup>. Pero del hecho de que las normas posean un ámbito personal de vigencia general no debe todavía extraerse que a todos compete el concreto deber jurídico emanado de las mismas. Para que la norma se convierta en deber, debe establecerse una concreción de la norma en atención a las circunstancias que en el caso concreto hacen a un destinatario «capaz de acción»<sup>88</sup>. Así, la norma sólo operará como deber respecto a los capaces de acción en el caso concreto; «la norma concretada, que prescribe una concreta conducta a un individuo determinado, se configurará como ‘deber’»<sup>89</sup>. Ello implica, además, que en los delitos especiales, para que la norma genérica se concrete en deber, junto a las circunstancias que determinan la concreta capacidad de acción, deben concurrir los elementos de autoría concretamente exigidos en el tipo legal correspondiente. En los delitos especiales sólo cuando objetivamente se den los elementos de autoría existirá un deber concreto de actuar<sup>90</sup>; por ello, la tentativa de autor inidóneo «es el acto de un hombre al que no alcanza deber jurídico alguno, no lesionando, por tanto, ningún deber jurídico»<sup>91</sup>.

A idéntica conclusión llegan otros autores, si bien sus posturas pretenden fundamentarse en criterios materiales, y no sólo lógico-formales. Así, por ejemplo, para Salm, a diferencia de los autores anteriores, lo que caracteriza a los delitos especiales es el carácter especial del bien jurídico que se protege por las normas. Ciertamente, afirma, esos bienes jurídicos pertenecen a la generalidad de los ciudadanos, y protegen intereses generales, pero la diferencia con otros es que sólo pueden ser *lesionados* por determinadas personas<sup>92</sup>. «Y con la diferencia de esta posibilidad de lesión se funda, evidentemente, también una diferencia en el establecimiento del deber», de forma que sólo quienes puedan lesionar esos bienes jurídicos poseerán ese deber<sup>93</sup>. Esa conclusión —por lo demás, no tan evidente como Salm pretende verla—, parece venir amparada en el propio pensamiento de la protección de bienes jurídicos, es decir, desde presupuestos teleológicos: «Desde la perspectiva de

<sup>87</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 125 y 138.

<sup>88</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 139.

<sup>89</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 140.

<sup>90</sup> KAUFMANN, *Normentheorie* (nota 75), págs. 150 ss.; el mismo, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 6.

<sup>91</sup> KAUFMANN, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 15. En sentido similar, entre otros, BOCKELMANN (nota 74), pág. 168.

<sup>92</sup> SALM (nota 62), págs. 93-94. La búsqueda de la esencia del delito especial a partir del bien jurídico ha sido también postulada por otros autores. Una exposición de estas posturas puede verse en LANGER (nota 72), págs. 190 ss.

<sup>93</sup> SALM (nota 62), pág. 94.

los bienes jurídicos sólo una respuesta es posible: intraneus es sólo aquél (...) que posee realmente la posibilidad de lesión. Ya que sólo a él puede dirigirse razonablemente la prohibición de tal lesión»<sup>94</sup>.

También Hardwig sostiene la existencia de un deber especial que sólo afectaría a quienes pertenecieran al círculo determinado de destinatarios, a partir de su cualidad específica de autor<sup>95</sup>. Este autor, apoyándose en consideraciones materiales, sostiene que el carácter de los delitos especiales viene dado por un especial merecimiento de pena en atención a la especial relación jurídica que regula, y es de ese «más elevado» merecimiento de pena desde el que se funda, en determinados casos, un deber jurídico específico, y por lo que la acción sólo habrá de ser merecedora de pena cuando ese deber concurra realmente, es decir, cuando objetivamente se den los requisitos típicos de autoría que funden ese deber especial<sup>96</sup>.

La concepción normológica de los destinatarios de la norma o del deber como característica que fundamenta la naturaleza propia de los delitos especiales ha sido puesta en duda por otro sector doctrinal, también partidario de la impunidad del autor inidóneo. Entre ellos, Langer ha destacado que los elementos de autoría establecidos en los tipos penales pueden incluir tanto criterios de delimitación de la tipicidad propiamente dicha como de delimitación de la propia norma de conducta, y los autores que afirman que determinados elementos de autoría forman parte de estos últimos no han fundamentado esa conclusión<sup>97</sup>. De igual forma, tampoco se ha ofrecido una razón convincente para diferenciar, desde los presupuestos de que parte esa concepción, los delitos especiales propios de los delitos comunes subjetivamente delimitados, en los que se da por supuesto que la norma —y el deber— se concreta respecto a quienes creen poseer el carácter típico de autor<sup>98</sup>. Por ello, la existencia de una norma especial —o de un deber especial— que sólo se dirigiría a un reducido círculo de autores no puede servir para establecer la naturaleza propia de los delitos especiales<sup>99</sup>. Además, respecto al tema del autor inidóneo, resalta Langer que la existencia de una norma especial es una cuestión independiente de la de la punición del extra-

<sup>94</sup> SALM (nota 62), pág. 94. No obstante, esa posición no viene a coincidir, en última instancia, con la absoluta impunidad del autor inidóneo, ya que Salm admite, excepcionalmente, la posibilidad de su punición en casos en los que en la práctica el autor realice socialmente la función propia del status. Cfr. la obra citada, pág. 101.

<sup>95</sup> HARDWIG (nota 72), pág. 170.

<sup>96</sup> HARDWIG (nota 72), págs. 174-175.

<sup>97</sup> LANGER (nota 72), pág. 256.

<sup>98</sup> BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), págs. 28 ss.; similar, LANGER (nota 72), pág. 258; STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 64.

<sup>99</sup> LANGER (nota 72), págs. 261-262.

neus que actúa en grado de tentativa<sup>100</sup>. Esas críticas las extiende Langer también a las posiciones que se apoyan, para fundamentar ese deber jurídico especial, en criterios materiales<sup>101</sup>. En todo caso, sobre la postura que fundamenta ese deber en criterios de merecimiento de pena habremos de volver todavía; y en relación con la concepción de Salm, quien basa la existencia de una norma especial en un previo bien jurídico especial, debe decirse que en realidad su conclusión no trasciende de la premisa que se intenta probar: es evidente que lo característico de los delitos especiales es que el bien jurídico que con ellos se protege sólo puede ser lesionado por quienes posean el status de autor requerido por el tipo, es decir, que sólo pueden consumarse por autores idóneos, pero ello es una exigencia establecida por el tipo legal (tipo de sanción), lo que no implica necesariamente que la norma de conducta posea validez sólo para los autores que posean esa cualidad de autor, es decir, que autores inidóneos no puedan vulnerar la norma y, con ello, dar lugar a una tentativa inidónea.

Desde la concepción de Langer, que coincide, en lo esencial, con la manifestada por Stratenwerth —quien también rechaza formalmente las fundamentaciones anteriores— se intenta establecer la esencia del delito especial en función de la peculiaridad de su injusto<sup>102</sup>, con respecto al de los delitos comunes. Ambos autores intentan huir de formulaciones circulares, resaltando que lo característico del delito especial no puede definirse a partir de sus consecuencias jurídicas, como el hecho de que esos delitos posean un ámbito reducido de autores, ya que con ello se estaría empleando la consecuencia como presupuesto definitorio<sup>103</sup>, error en que incurren los intentos anteriores de fundamentación<sup>104</sup>. Los delitos especiales se basan en un «injusto especial», afirma Langer, fundado por la existencia de una «relación especial socialmente reconocida entre un sujeto caracterizado por elementos específicos y un determinado objeto valorado por la comunidad, el cual se halla en una relación de influencia tal con el sujeto especial, que éste puede influir de forma específica en aquél»<sup>105</sup>. Y esa «relación especial que caracteriza el injusto especial entre un sujeto específico y un determinado objeto valorado por la comunidad consiste en una «entrega» (*Überantwortung*) de este objeto valioso al sujeto especial»<sup>106</sup>. Esta

---

<sup>100</sup> LANGER (nota 72), pág. 254.

<sup>101</sup> LANGER (nota 72), págs. 247 ss. (concepción de Salm) y pág. 262 (posición de Hardwig).

<sup>102</sup> LANGER (nota 72), págs. 390 ss.

<sup>103</sup> STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 64.

<sup>104</sup> STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 64; LANGER (nota 72), págs. 272 ss.

<sup>105</sup> LANGER (nota 72), pág. 400.

<sup>106</sup> LANGER (nota 72), pág. 406.

entrega a un sujeto especial de la custodia de determinados bienes sociales tiene su origen en la comunidad jurídica, en sus relaciones sociales, y su razón de ser se halla en la especial necesidad de la comunidad en otorgar a esos sujetos una misión específica de protección o bien un especial poder de disposición sobre esos intereses, decisiones tomadas según las convicciones valorativas de la comunidad<sup>107</sup>. En todo caso, Langer se ve obligado a reconocer que no existe un criterio unívoco para determinar cuando estaremos ante ese tipo especial de relación, y que ello, que puede depender tanto del tipo de objeto protegido como de una situación fáctica creada por el autor, así como de una vinculación personal cualificada entre el sujeto y el objeto especial, en relación con los tipos legales deberá determinarse caso por caso<sup>108</sup>. A partir de esa compleja y difusa concepción sostiene Langer que el autor inidóneo no puede ser punible, porque no se da esa especial relación<sup>109</sup>.

A la concepción de este autor le ha objetado Stratenwerth que si no se trascendiera esa «abstracta y normativa caracterización, la aportación para la cuestión de la punición o impunidad del autor inidóneo no sería muy grande»<sup>110</sup>. Para Stratenwerth, lo relevante no es la posibilidad fáctica de una especial influencia sobre un interés protegido. «Lo decisivo es en primer lugar que dicha posibilidad se establezca expresa o implícitamente en la ley como condición previa a la creación del correspondiente deber», y que esa condición se dé realmente en el hecho<sup>111</sup>.

Como por todos los autores que se han ocupado del tema se ha resaltado, a pesar de las múltiples aportaciones aún no se ha conseguido establecer los criterios que ofrezcan una rigurosa delimitación de la naturaleza de los delitos especiales frente a los comunes<sup>112</sup>. Lo que ciertamente, no se ha ofrecido todavía, desde la teoría de los delitos especiales, es una razón que justifique alterar las reglas generales de la teoría de la tentativa, y considerar impune la tentativa de autor inidóneo, frente a inidoneidades de objeto o medios<sup>113</sup>. La concepción de Langer no aporta, como el mismo Stratenwerth destaca, argumentos en

107 LANGER (nota 72), pág. 407.

108 LANGER (nota 72), pág. 408.

109 LANGER (nota 72), págs. 497 ss.

110 STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 65.

111 STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 68.

112 LANGER (nota 72), pág. 408; STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 65; BRUNS, GA 1979 (nota 6), pág. 182; KAUFMANN, ADPCP 1984 (nota 69), pág. 1512; SAINZ DE ROBLES (nota 6), pág. 629.

113 En este sentido, afirman, entre otros, BRUNS, GA 1979 (nota 6), pág. 182; y MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, AT (nota 4), 40/173, que los argumentos aportados por la teoría del delito especial no son convincentes en orden a ese fin.

contra de la punición del sujeto inidóneo. Si son las convicciones valorativas sociales las que determinarán esa especial relación entre el sujeto y el objeto protegido, no se explica por qué la interpretación de los tipos legales no se realiza desde esa perspectiva, desde criterios de prevención general, por ejemplo. Desde sus presupuestos, más acorde sería exigir para la tentativa —o incluso para la consumación— una apreciación social —desde un espectador objetivo que la representara— sobre la concurrencia del elemento de autoría, considerándose, así, creada esa relación cuando socialmente el sujeto hubiera asumido la función de protección del objeto protegido, a pesar de que, por un error formal, socialmente inapreciable, esa cualidad de autor no concurriera realmente. Y la concepción de Stratenerth no va más allá de la teoría que cree hallar un deber o una norma especial en los delitos especiales. Indudablemente, el elemento típico de la autoría, al igual que todos los demás requisitos establecidos en la ley, deben darse en el hecho para poder ser considerada ilícita y punible la acción, pero lo que no se ha fundamentado todavía por estos autores es que la perspectiva de apreciación de la concurrencia de esos elementos deba ser *ex post*; en otras palabras, que mientras para otros elementos típicos baste una perspectiva objetiva *ex ante*, o incluso una basada en la representación del autor, tal como se configura el injusto de la tentativa en el Derecho alemán, para los de autoría deba exigirse siempre su concurrencia efectiva. Siguiendo a Bruns, cabe afirmar que la diferencia de los delitos especiales radica «únicamente en que sólo las personas determinadas en la ley pueden realizar estos delitos en grado de consumación. La especial cualidad de autor no posee una significación que exceda de la mera descripción del tipo de consumación»<sup>114</sup>.

En conclusión, ninguno de los argumentos aportados por concepciones ajenas a la teoría de la tentativa —ni por la teoría de la falta de tipo, ni por la teoría del delito especial— justifica, a mi entender, la impunidad del autor inidóneo. A contrario sensu, según una aplicación coherente de la teoría de la tentativa, la acción de quien creyendo poseer el status de funcionario realiza una acción dirigida a la realización del tipo respectivo habrá de considerarse como tentativa inidónea. Desde la concepción aquí mantenida del injusto, siempre que la acción, considerada *ex ante* por un espectador objetivo, aparezca como capaz de producir el resultado típico, estaremos ante un desvalor de conducta, suficiente para fundar la punición de la conducta.

---

<sup>114</sup> BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 31.

## E. Merecimiento y necesidad de pena de la tentativa de autor inidóneo

La afirmación de que «pese a que el bien jurídico pueda ser atacado por cualquiera, la ley ha tomado la determinación de protegerlo frente a los *intraanei*»<sup>115</sup>, descartadas las concepciones anteriores, queda como una petición de principio, ya que ello dependerá de cómo haya de interpretarse la ley. En este sentido, no pocos autores han resaltado que la cuestión de la impunidad del autor inidóneo no puede resolverse únicamente desde presupuestos formales, sino que debe primar una visión teleológica de la aplicación de los tipos penales que regulan la tentativa en los delitos especiales propios<sup>116</sup>. Ello nos lleva a la cuestión de si la tentativa de autor inidóneo puede, desde los presupuestos teleológicos que informan el sistema, considerarse como una acción merecedora y necesitada de pena; así, si bien la mayoría de la doctrina alemana responde afirmativamente a esta cuestión<sup>117</sup>, algunos autores, ya sin negar el hecho de que la tentativa de autor inidóneo no es un caso de delito putativo, sino propiamente una tentativa inidónea, ya como argumento ulterior, han venido defendiendo la impunidad de esa figura en atención a razones político-criminales, relativas a la «imposibilidad de fundamentar racionalmente la pena» en estos casos<sup>118</sup>; es decir, sosteniendo que su punición no sería ni correcta ni necesaria desde los fines preventivos del Derecho penal.

En primer lugar, la ausencia de necesidad de pena se ha querido fundamentar desde la prevención especial. Tal es la postura, por ejemplo, de Stöger o Schünemann. El primero de ellos afirma que, a diferencia de en los delitos comunes subjetivamente delimitados, en los delitos es-

<sup>115</sup> SAINZ DE ROBLES (nota 6), pág. 630.

<sup>116</sup> HARDWIG (nota 72), pág. 174; SCHÜNEMANN (nota 6), pág. 314; SCHLÜCHTER (nota 8), pág. 164 ss. Cfr. también, LANGER (nota 72), pág. 265; STRATENWERTH, BRUNS-FS (nota 16), págs. 61 ss.

<sup>117</sup> Que la punición del autor inidóneo es ampliamente mayoritaria en la doctrina alemana es destacado, por ejemplo, por BRUNS, GA 1979 (nota 6), pág. 183; HEIDINGSFELDER (nota 8), pág. 24; WESSELS/BEULKE, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*. 1998, 28.<sup>a</sup> edición, marg. 623, todos con referencias bibliográficas. En España, partidarios de esta postura son FARRÉ TREPAT (nota 7), pág. 445; MUÑOZ CONDE/GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. Parte General*, 1996, pág. 440; MIR PUIG, PG (nota 1), 13/81. También RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* (nota 6), pág. 226, parece admitir que la tentativa de autor inidóneo es una tentativa y no un delito putativo, si bien excluye su punibilidad considerando que tales conductas no estaban integradas en la regulación de la tentativa del derogado CP. En su actual *Comentario* a los artículos que regulan la tentativa en el nuevo Código Penal [RODRÍGUEZ MOURULLO (director), *Comentarios al Código Penal*, 1997] no hace mención alguna sobre ello.

<sup>118</sup> Cfr. FARRÉ TREPAT (nota 7), págs. 440 ss.

peciales propios el autor nunca, en circunstancias futuras, podrá realizar una acción susceptible de lesionar el bien jurídico, ya que carece de la cualidad exigida por el tipo, y esa inidoneidad no es debida a un error causal, sino a una carencia constitutiva del delito, la cual permanecerá en el futuro<sup>119</sup>. En igual sentido se manifiesta Schünemann, desde su particular concepción de la teoría de la impresión<sup>120</sup>: «Quien, sobre la base de un error inverso de tipo, se toma a sí mismo erróneamente por funcionario y en función de ello se dispone inmediatamente a la realización de una falsificación de documentos oficiales, no podrá nunca, a través de una mejora de sus métodos y en otras circunstancias situacionales, poner en peligro el bien jurídico, por lo que para el ordenamiento jurídico supondrá una amenaza aun menor que quien realiza una tentativa supersticiosa y tiene, por ello, que permanecer impune»<sup>121</sup>. También Stratenwerth ha destacado la innecesariedad de pena del autor inidóneo desde la prevención especial, a partir de la misma idea genérica de que el autor inidóneo, dada la carencia de la cualidad de autor, no podrá en el futuro realizar acciones susceptibles de lesionar el bien jurídico en cuestión, y resaltando que desde la prevención especial no podría intentarse evitarse la lesión futura de otro tipo de delitos, ya que si la predisposición a lesionar la ley fuera suficiente para castigar por dichas razones preventivas habrían de punirse también el delito putativo<sup>122</sup>. A conclusiones similares llega, por último, Bockelmann, cuando sostiene que la acción del autor inidóneo no conlleva un indicio suficiente de una actitud hostil a Derecho<sup>123</sup>.

También consideraciones preventivo-generales han servido para alegar objeciones a la necesidad de pena de la tentativa de autor inidóneo. Especialmente desde la prevención general positiva, se ha afirmado que dicho tipo de acciones no pueden conmover la conciencia jurídica del colectivo social<sup>124</sup>. A diferencia de la acción de una mujer que, creyéndose embarazada, intenta abortar, la cual puede conllevar un mal ejemplo para el resto de las embarazadas, el no funcionario que intenta cometer un delito de funcionarios no puede suponer un mal ejemplo para

<sup>119</sup> STÖGER (nota 62), págs. 68 ss.

<sup>120</sup> SCHÜNEMANN (nota 6), págs. 311 ss., donde, partiendo de formulaciones genéricas propias de la teoría de la impresión, dominante en Alemania, viene en realidad a argumentar con el criterio de la peligrosidad del autor. Crítico con esta concepción de Schünemann, resaltando asimismo la pena por «sospecha» que conlleva, NIEPOTH, *Der untaugliche Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt*, 1993, pág. 72, nota 253.

<sup>121</sup> SCHÜNEMANN (nota 6), pág. 318.

<sup>122</sup> STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 60

<sup>123</sup> BOCKELMANN (nota 74), pág. 169.

<sup>124</sup> STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 60. En igual sentido, STÖGER (nota 62), págs. 67-68.

los realmente funcionarios. Dichas acciones carecen de repercusión social<sup>125</sup>.

A mi modo de ver, las consideraciones de este sector doctrinal están basadas ante todo en intuiciones valorativas y peticiones de principio, incapaces de poder fundamentar una exclusión racional a la necesidad de pena del autor inidóneo. Es una petición de principio, por lo pronto, la afirmación de Bockelmann de que esos casos no presentan un indicio suficiente de actitud hostil a Derecho. Como ha resaltado Bruns, si se parte de una teoría subjetiva de la tentativa —lo que hace Bockelmann— la mera intención de cometer la acción prohibida debe bastar para fundamentar la pena<sup>126</sup>. Y para esa actitud hostil a Derecho basta con la manifestación externa de la intención de producir el resultado típico. Por otra parte, que muchas de esas afirmaciones responden a meras intuiciones valorativas lo muestra el hecho de que algunos autores recurren explícitamente a fundamentarlas con el «sentimiento jurídico». Así, toda la defensa de Bockelmann en la impunidad del autor inidóneo se basa en que «el sentimiento... habla a favor de no punir la inidoneidad del sujeto»<sup>127</sup>. De igual modo, resalta Hardwig que la distinción establecida normalmente entre el tratamiento del autor inidóneo de otras formas de inidoneidad «muestra que a veces el mero sentimiento jurídico es un criterio de distinción más refinado que operaciones lógico-conceptuales, las cuales en no pocas ocasiones llevan sólo a una fundamentación aparente»<sup>128</sup>. Petición de principio es también, por un lado, la tajante y no fundada afirmación de que el autor inidóneo no es un sujeto peligroso, puesto que no podría en el futuro lesionar el bien jurídico propio del delito especial. Ello no será así en ocasiones en las que la carencia de autoría se deba a un error formal y éste pueda ser subsanado posteriormente. Quien no es funcionario hoy puede perfectamente serlo mañana<sup>129</sup>. Por otro lado, también desde criterios de prevención general positiva se incurre en argumentaciones circulares. En realidad, los autores que manifiestan la total ausencia de conmoción social en estos casos, no tardan en matizar que ello sólo será así cuando la carencia de la cualidad de autor sea ostensible para la sociedad<sup>130</sup>, admitiendo, *a contrario sensu* —y explícitamente<sup>131</sup>—, que cuando el sujeto ostente socialmente en la práctica la función de funcionario, la acción delictiva quebrantará la vigencia de la norma y me-

125 HARDWIG (nota 72), pág. 174.

126 BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 36.

127 BOCKELMANN (nota 74), pág. 167.

128 HARDWIG (nota 72), pág. 175.

129 Similar, BRUNS, *Der untaugliche Täter* (nota 6), pág. 36.

130 Cfr. HARDWIG (nota 72), pág. 174; STRATENWERTH, Bruns-FS (nota 16), pág. 60.

131 Así, por ejemplo, STÖGER (nota 62), págs. 67-68.

noscabará la seguridad jurídica. En efecto, parece indudable que quien ha venido ejerciendo durante años la función de funcionario y la carencia de dicho status sólo se descubre tras el intento de realizar una prevaricación, conlleva un «mal ejemplo» para el resto de los funcionarios en ejercicio y puede venir perfectamente a alterar el clima de paz social que pretende mantener la teoría de la impresión<sup>132</sup>. No obstante, Stratenwerth niega esa conclusión, afirmando que «incluso cuando la inidoneidad del sujeto no sea reconocible sin más por los profanos, carece de sentido desde la prevención general castigar conductas que en absoluto son punibles, sino que sólo son tenidas por tales»<sup>133</sup>. Con ello, como claramente puede apreciarse, está presuponiendo precisamente lo que se intenta probar: la punición o impunidad de la inidoneidad del sujeto.

Desde los fines preventivos del Derecho penal aquí tenidos por válidos, la punición del autor inidóneo presenta el mismo merecimiento y necesidad de pena que el resto de los casos de tentativa inidónea. Dada esa identidad de fundamentación, no es preciso extendernos demasiado sobre ello: siempre que en ellos la carencia de cualidad de autor no sea apreciable *ex ante* por un espectador objetivo existirá un peligro de realización de la conducta típica; y, en esa medida, concurrirá un quebrantamiento de la confianza intersubjetiva en la vigencia de la norma<sup>134</sup>. Desde el fin de prevención general negativa de dirección disuasoria de conductas será preciso prohibir ese tipo de conductas desde el momento en que comienzan a realizarse, y será preciso, por tanto, imponer la pena para confirmar la seriedad del mensaje directivo y de la amenaza penal<sup>135</sup>. Desde el fin de protección de la vigencia de la norma, la pena será precisa para restablecer la seguridad de los intereses regulados en los ámbitos sociales en que tienen lugar los delitos especiales. El Derecho penal no prohíbe conductas dirigidas a la lesión, por ejemplo, del correcto ejercicio de la administración de justicia sólo cuando la especial relación entre ese interés social y quienes están a su cargo se da realmente, sino que, en atención a necesidades preventivas, prohíbe conductas en las que esa relación se da, por decirlo así, *socialmente* (intersubjetivamente), cuando el autor encarna en su actividad esa función, aun cuando formalmente el sujeto carezca de tal status; o, lo que es lo mismo, cuando para cualquier persona, situada en el comienzo de la ac-

<sup>132</sup> Así también, por ejemplo, SALM (nota 62), págs. 96 y 101.

<sup>133</sup> STRATENWERTH, BRUNS-FS (nota 16), págs. 60-61.

<sup>134</sup> Sobre la concepción que entiendo legítima de los fines de la pena y el Derecho penal, sobre la que aquí no puedo extenderme, me permito remitirme a ALCÁCER GUIRAO, *Los fines del Derecho Penal*, ADPCP 1998, *passim*.

<sup>135</sup> En igual sentido, por ejemplo, FARRÉ TREPAT (nota 7), pág. 445. Cfr. también las consideraciones de FRISCH (nota 26), págs. 352 ss.

ción, el autor posea el status de funcionario, juicio encarnado en un espectador objetivo. Y ello de igual forma que el Derecho penal, precisamente para una más efectiva protección de la vida de los ciudadanos, no prohíbe, en rigor, conductas objetivamente (causalmente) lesivas para la vida, sino conductas que aparezcan para cualquier persona media, desde el lugar y momento en que van a realizarse, como peligrosas para la vida. Por ello, son razones preventivo-generales las que fundamentan la necesaria punición de estas conductas, de igual modo que la misma razón de ser de la tentativa responde a una necesidad preventiva de adelantar el ámbito de punición a conductas que no han lesionado bienes jurídicos. Ello, por esta razón, en nada obsta a admitir que esa cualidad de autor deba concurrir realmente (*ex post*) para poder condenar por delito consumado, de igual modo que es precisa la ajenidad real de la cosa o la existencia de una persona viva para poder condenar por un delito consumado de robo o de homicidio, respectivamente.

## F. La tentativa de autor inidóneo y el derecho positivo

Tras la conclusión a que hemos llegado: que la tentativa de autor inidóneo debe tratarse de igual forma que el resto de las tentativas inidóneas, debe aún determinarse si esa conclusión es compatible con la regulación establecida por el actual Código Penal.

Quizá una de las razones por las que la tentativa del autor inidóneo apenas ha tenido repercusión en nuestro país haya sido por la asunción generalizada de que dicha figura estaba excluida del artículo 52.2 del antiguo Código Penal. Así, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, considerando en todo caso que en los supuestos de inidoneidad del autor no estamos ante un delito putativo, sino ante una tentativa inidónea, sin diferencias de carácter dogmático respecto de otros casos de inidoneidad, concluye sin embargo la discusión con la afirmación de que dicha figura no está incluida en la regulación de la tentativa establecida por el Código Penal derogado, sosteniendo 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»)»<sup>136</sup>. En el mismo sentido se manifestó Rodríguez Devesa —«el artículo 52 excluye tácita, pero claramente, la punición cuando la inidoneidad radica en el sujeto»<sup>137</sup>—, entre otros muchos.

<sup>136</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios* (nota 6), pág. 227.

<sup>137</sup> RODRÍGUEZ DEVESA/SERRANO GÓMEZ (nota 24), pág. 793.

No obstante, frente a esta mayoritaria concepción se opusieron algunas voces doctrinales que consideraban que la inidoneidad de autor no es más que un caso de imposibilidad de ejecución del delito, por lo que no existían obstáculos a su subsunción en dicho artículo<sup>138</sup>.

En todo caso, con la introducción del nuevo Código Penal debe replantearse la cuestión, por el hecho de que esa pretendida alusión a la inidoneidad de objeto y medio que algunos autores querían ver en las dos oraciones del artículo 52.2 ha desaparecido. Así, en la actualidad el legislador evita mencionar expresamente no sólo cualquier referencia a la inidoneidad de la conducta, sino asimismo respecto de posibles formas de inidoneidad. ¿Lleva ello a excluir definitivamente la problemática del autor inidóneo de nuestro Derecho positivo? Así podría parecer, si atendemos a los comentarios exegéticos que se han venido sucediendo desde la entrada en vigor del Código Penal, en los cuales la cuestión, por lo general, ni siquiera es planteada. Pero que el problema de la inidoneidad del autor haya desaparecido de los comentarios sobre el Código Penal no quiere decir que haya desaparecido del Código Penal.

La exclusión en el mismo de referencias expresas a la inidoneidad no puede ser un motivo para excluirlo. Por lo demás, si la tentativa de autor inidóneo se excluía, en el antiguo Código, por entender que no estaba reflejada en el artículo 52.2, la desaparición de esas supuestas referencias a inidoneidad de objeto y medio puede venir, *a contrario sensu*, a admitir su inclusión en la regulación actual: si, incluida la inidoneidad (conductas *ex ante* peligrosas) en el concepto legal de tentativa —lo que no entraremos a fundamentar aquí—, el Código Penal no discrimina unas formas de inidoneidad frente a otras, ha de concluirse que están todas incluidas, que no hay razones en el Derecho positivo para excluir unas e incluir otras. Y, no habiendo tampoco razones dogmáticas ni político-criminales para excluir la figura del autor inidóneo de la tentativa inidónea y de su punición y, por el contrario, como se ha intentado establecer, habiendo razones de una y otra índole para incluirla dentro del tratamiento general de la tentativa, ha de concluirse afirmando la punición del autor inidóneo, punición perfectamente compatible con el Código Penal vigente.

---

<sup>138</sup> Así, FARRÉ TREPAT (nota 7), págs. 444-445, citando a Mir Puig.