

TERCERA PARTE

CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA. LA CUESTIÓN DE LA “TENTATIVA DE SUJETO INIDÓNEO”

CAPÍTULO PRIMERO

CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL COMO CONCEPTO DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA

I. PLANTEAMIENTO

Pese a su escasa relevancia práctica,¹ no es pequeño, sin embargo, el interés doctrinal que ha venido despertando en el marco de la teoría de los delitos especiales la cuestión relativa al tratamiento que merece el llamado sujeto inidóneo. De entre los distintos supuestos imaginables en el marco de esta figura, el supuesto que mayor grado de discusión ha suscitado es el siguiente: un sujeto no cualificado (por ejemplo, un particular no funcionario) realiza la conducta típica de un delito especial (por ejemplo, se deja sobornar en los términos de alguno de los delitos de cohecho previstos en los arts. 419 ss. CP) creyendo erróneamente que concurren en su persona los presupuestos objetivos de la cualificación exigida por el tipo (en nuestro supuesto de hecho, que es funcionario), cosa que en realidad, sin embargo, no ocurre (el sujeto no ostenta el *status* formal de funcionario, por ejemplo, porque su nombramiento como tal fue, en realidad, nulo). Dos son las soluciones defendidas por la doctrina a propósito del supuesto acabado de plantear: a) castigar al sujeto inidóneo como autor de una tentativa (inidónea) del delito correspondiente; y b) dejar al sujeto inidóneo sin castigo, por considerar que su conducta es constitutiva de un delito putativo impune.

¹ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., pp. 433 s.; MEYER, “Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit”, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.

Una de las críticas formuladas con mayor frecuencia contra las tesis que abogan por la punición del sujeto inidóneo (a) desde el sector doctrinal partidario de su impunidad (b) guarda estrecha relación con el concepto mismo de delito especial. Según esta crítica, defender el castigo del sujeto inidóneo supondría rechazar la categoría misma de los delitos especiales; esto es, renunciar al concepto de delito especial. Porque si el delito especial se define como aquel delito del que solo puede ser autor el sujeto cualificado, entonces no es correcto afirmar que también un “*extraneus*” puede ser autor de un delito especial intentado. Y si se entendiese, no obstante, que esto último es, sin embargo, posible, entonces debería afirmarse, en consecuencia, que lo que sucede es que los delitos especiales en realidad no existen.

Esta objeción a la solución de la punición del sujeto inidóneo es formulada en Alemania por STRATENWERTH y WOLTER. La objeción de STRATENWERTH y WOLTER contra la solución de la punición del sujeto inidóneo parte, en realidad, de un presupuesto común: el *único* concepto posible de delito especial es aquél que lo presenta como un delito que solo puede ser cometido por un sujeto cualificado, tanto en grado de *consumación* como en grado de *tentativa*. Definido de este modo el delito especial, la única solución *lógicamente* correcta para los casos de sujeto inidóneo sería la impunidad.

Si el presupuesto de las críticas de STRATENWERTH y WOLTER fuera correcto, debería admitirse, entonces, que la solución del problema relativo al autor inidóneo se encuentra completamente predeterminada por el concepto de delito especial. En suma: ni la teoría del error, ni la mismísima teoría del delito imposible tendrían legitimidad alguna para arrojar luz al debate relativo a si la tentativa inidónea es o no

posible en los delitos especiales. Solo la teoría de los delitos especiales está autorizada para hacerlo.²

II. CONVENIENCIA DE UN CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA

En mi opinión, es preferible partir, sin embargo, de un planteamiento diferente. Y ello por dos motivos distintos: a) el concepto de delito especial no prejuzga *lógicamente* la solución que se dé a los supuestos de sujeto inidóneo; y b) se considera más completo y operativo un concepto de delito especial que atienda a la solución que se dé a los supuestos de sujeto inidóneo que un concepto que no lo haga.

Por lo que respecta al primer motivo (el concepto de delito especial no prejuzga lógicamente la solución que se dé a los supuestos de sujeto inidóneo), debe decirse que la solución de la punición del sujeto inidóneo no puede ser considerada *lógicamente* incorrecta. En caso de que ello así fuera, el único modo de evitar esta consecuencia consistiría en elaborar una definición de los delitos especiales que los contemplara como una clase de delitos que también puedan ser cometidos, en grado de tentativa, por un sujeto no cualificado. Ya se ha señalado que definir de este modo los delitos especiales no solo no es, en mi opinión, incorrecto; sino que, al contrario, es, incluso, particularmente recomendable (b). No obstante ello, no es menos cierto, sin embargo, que la referencia al sujeto inidóneo no constituye una necesidad *lógica* del concepto de delito especial. El concepto de delito especial es el concepto del delito especial

² Vid. STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 69; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., 1981, p. 307.

consumado; es decir, del delito especial con todos los elementos del tipo. Para que pueda castigarse a un sujeto por la realización del tipo correspondiente a un delito especial consumado, su conducta deberá reunir todos sus elementos objetivos y subjetivos. En aquellos supuestos en que falte alguno de los elementos del tipo objetivo del delito especial correspondiente, ya no podrá afirmarse la presencia de un delito especial consumado. Estos casos no podrán ser subsumidos *lógicamente* en el concepto de delito especial. Ello es así también para aquellos casos en que la conducta es subjetivamente idéntica a la realizada por quien comete dolosamente el delito especial, faltando, en cambio, alguno de los elementos del tipo objetivo del delito. Esto es precisamente lo que sucede en los casos de sujeto inidóneo. El concepto de delito especial y el de tentativa de sujeto inidóneo no se encuentran en una relación de naturaleza lógica. Los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo no están comprendidos lógicamente en el concepto de delito especial como definición que contiene todos los elementos de dicha clase de delito. En efecto, en los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto no solo falta uno de los elementos del tipo objetivo del delito especial correspondiente (la cualidad de autor), sino que, en realidad, la concurrencia de este elemento no se ha producido en ningún momento. Por todo lo anterior, los supuestos de sujeto inidóneo no se encuentran incluidos en la definición de delito especial. Los casos de sujeto inidóneo no son, por tanto, casos de delito especial consumado. Para que ello fuera así, sería necesaria la concurrencia de todos los elementos objetivos del tipo. Y resulta ocioso recordar a estas alturas que en la tentativa de sujeto inidóneo está ausente el elemento cualificante de la autoría. Por expresar de forma gráfica lo acabado de exponer a la luz de un ejemplo de delito común: carecería de toda *lógica* definir el homicidio como el delito consistente en: a) matar a otro; o b) realizar una conducta que, *ex ante*, cree

un riesgo contra la vida pese a que *ex post* se comprueba que era inidónea desde el principio. Constitutiva de homicidio consumado es solo la primera conducta. La segunda realiza, en cambio, otro tipo de delito: el tipo de la tentativa inidónea de homicidio.

De lo anterior se deduce que el argumento según el cual la propia *definición de delito especial* determina *lógicamente* la impunidad del sujeto inidóneo, porque la punición del sujeto inidóneo daría lugar a la eliminación misma del concepto de delito especial como delito que solo puede ser cometido por un sujeto cualificado, es incorrecto. Y lo es porque esto último solo es predicable para el delito especial consumado, y nadie en la doctrina defiende que el sujeto inidóneo deba responder por la comisión del delito especial *consumado*. En suma: el concepto de delito especial es el concepto de esta clase de delitos *con todos sus elementos típicos*. Es decir, el concepto de delito especial consumado. Este concepto no incluye *lógicamente* los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo, porque en estos casos falta uno de los elementos del tipo objetivo del correspondiente delito especial: el elemento de autoría. Esta circunstancia no conduce, sin embargo, a que deba ser afirmada la impunidad del sujeto inidóneo por razones *lógicas*. De acuerdo con lo acabado de exponer, el único dictado de la *lógica* en los casos de sujeto inidóneo es que éste nunca podrá ser castigado como autor del correspondiente delito especial consumado. Pero nada impedirá que lo sea por tentativa. Este razonamiento es extensible, en realidad, a todos los casos de tentativa. Así, por ejemplo, y volviendo al ejemplo de la tentativa inidónea de homicidio: cuando un sujeto dispara sobre un cojín con forma humana creyendo que se trata de una persona, es evidente que no comete un homicidio consumado. El sujeto, en efecto, no ha “matado a otro”. No obstante ello, la doctrina absolutamente dominante considera que debe ser castigado como autor de un delito de tentativa

inidónea de homicidio. ¿Quiere ello decir que con esta solución se está destruyendo, en realidad, el concepto mismo de “homicidio” como “acción que produce el resultado de muerte de otra persona”? Resulta evidente que ello no solo sería *lógicamente* inadmisibile, sino también *político-criminalmente* insoportable; ya que impediría castigar supuestos que pueden presentar un grado de peligrosidad *ex ante* equiparable al de una acción que acabe produciendo el resultado de muerte. En suma: a la solución del problema del sujeto inidóneo no puede llegarse *lógicamente* a partir del concepto de delito especial; sino solo *materialmente* a partir de las teorías generales de los delitos especiales, el error y la tentativa.

Aunque ello no sea lógicamente necesario, considero más completo y operativo un concepto de delito especial que contemple la solución de los supuestos de sujeto inidóneo que un concepto que no lo haga (b). De acuerdo con un tal concepto, si se considera que los supuestos de inidoneidad por razón del sujeto activo merecen la impunidad, entonces el delito especial podría ser definido como “aquella clase de delitos de la que, tanto en la forma de delito *consumado* como en la de delito *intentado*, solo pueden ser autores los sujetos que presenten los requisitos exigidos por la ley”. Si se cree preferible, en cambio, admitir la punibilidad del sujeto inidóneo, entonces no se ve inconveniente en definir los delitos especiales como aquellos “delitos que tan solo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación”. O mejor: como aquéllos “que solo pueden ser cometidos como autor, *en grado de consumación o de tentativa idónea*, por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo”. No en vano, un tal concepto de delito especial no es inédito en la historia de la Dogmática jurídico-penal. Aunque con escasa frecuencia,³ los delitos especiales ya han sido definidos por la doctrina

³ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 47.

como una clase de delitos dependiente de los tipos de imperfecta ejecución. Tal es el caso de los conceptos de delito especial defendidos en Alemania por Robert von HIPPEL y Hans-Jürgen BRUNS.⁴ En su monografía “*Der untaugliche Täter im Strafrecht*” (1955), BRUNS señala a von HIPPEL como el primer autor que rompió con la tradición doctrinal consistente en definir el delito especial atendiendo o bien al criterio de la norma o el deber especial⁵ o bien al criterio de la agrupación típica dentro únicamente de las formas de aparición del delito de la autoría y la participación. En opinión de BRUNS: “Desde hace ya tiempo, en todo caso desde el ensayo de von HIPPEL se ha impuesto contra esa muy generalizada interpretación conducente a error el punto de vista de que la esencia de los delitos especiales no reside, como se creía anteriormente, en la liberación de terceros del deber de obediencia, sino exclusivamente en que tan solo las personas descritas en la ley pueden cometer esos delitos *en el estadio de la consumación*”.⁶ BRUNS define los delitos especiales y los delitos comunes (*Sonder- Gemeinverbrechen*) como meras agrupaciones típicas en la forma de aparición de la consumación del delito. En opinión de BRUNS, la categoría de los delitos especiales como agrupación típica dependiente “presupone *para la consumación del tipo* un círculo de autores

⁴ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 30 y 47, que cita también a LAUENSTEIN como otro de los partidarios del concepto de delito especial que ahora nos ocupa.

⁵ Según von HIPPEL, “(...) la esencia de los delitos especiales no reside en la liberación del tercero del deber de pertenencia, sino exclusivamente en que tan sólo las personas descritas en el tipo pueden cometer ese delito como autor físico”: Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, cit., p. 482, y *supra*.

⁶ Vid. BRUNS, *Der untaugliche Täter*, cit., p. 31, citando a von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, cit., pp. 382 ss. (subrayado añadido). Críticamente LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 228 ss. y 233.

concretamente cualificados, un sujeto adecuado con características especiales”.⁷

A la vista de las objeciones formuladas por STRATENWERTH y WOLTER contra la punición del sujeto inidóneo, directamente vinculadas al concepto mismo de delito especial, no puede sorprender que el concepto de delito especial sugerido por BRUNS haya sido objeto de algunas reservas metodológicas. Las más significativas tienen en WELZEL, LANGER y el propio STRATENWERTH a sus principales valedores.

A juicio de WELZEL, la concepción de BRUNS conduce a una petición de principio, porque presupone precisamente lo que pretende demostrar.⁸ Por lo que respecta a la crítica de LANGER, la incorrección metodológica del concepto de delito especial defendido por BRUNS obedece, en opinión de aquel autor, al siguiente motivo: según LANGER, a la dogmática jurídico-penal no le está permitida la elaboración de un concepto de delito especial que persiga garantizar la consecución de un determinado resultado. Esto es precisamente, sin embargo, lo que ocurre con el concepto de delito especial defendido por BRUNS. A juicio de LANGER, el concepto de BRUNS constituye un mero instrumento puesto al servicio de la voluntad de castigar la tentativa del llamado autor inidóneo. Según LANGER, esta voluntad punitiva se basaría, a su vez, en un *prejuicio* o *apriorismo* completamente falto de fundamento: el sujeto inidóneo en un delito especial es merecedor de pena.⁹ STRATENWERTH, por último, es de la opinión de que un concepto de delito especial dependiente de la incidencia de la tentativa en el elemento cualificante del sujeto activo permitiría que la doctrina pudiera acudir a cualquier institución en la elaboración de conceptos. Ello convertiría la labor dogmática en algo contingente, inseguro e incluso aleatorio.¹⁰

⁷ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 47 (subrayado añadido).

⁸ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., cit., p. 173; 11ª ed., 1969, cit., p.195 (4ª ed. castellana, cit., p. 229).

⁹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 228 ss.

¹⁰ Vid. STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 69. Vid. sobre todo lo anterior ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 40.

Creo poder afirmar, sin embargo, que ninguna de las tres objeciones acabadas de exponer logra convencer plenamente.

En mi opinión, cuando WELZEL insinúa que el concepto de BRUNS parte de la punibilidad de la tentativa de sujeto inidóneo como un apriorismo o una premisa carente de fundamentación, aquellos autores subestiman injustificadamente la fundamentación jurídica de la concepción desarrollada por el segundo. BRUNS analiza la problemática planteada por los supuestos de sujeto inidóneo, en efecto, desde la teoría de la “conclusión inversa” desarrollada en el marco de las teorías generales de la tentativa y el error, así como desde la propia teoría de los delitos especiales, para acabar *concluyendo* que también el “*extraneus*” debe responder por la tentativa (inidónea) de un delito especial. En suma: definir el delito especial como lo hace BRUNS no tiene por qué representar necesariamente una petición de principio. Y creo que, concretamente, en el caso de BRUNS no lo representa. Los resultados arrojados por la investigación relativa a la tentativa de sujeto inidóneo puede condicionar —y, de hecho, lo hacen— el alcance de la definición de delito especial.

Con relación a la crítica de LANGER al concepto de BRUNS (no es correcto elaborar un concepto de delito especial encaminado a garantizar la consecución de un resultado, singularmente la punición del sujeto inidóneo), cabe decir lo siguiente: a falta de argumentos sólidos —o incluso en su presencia— procedentes de la teoría de los delitos especiales, ¿por qué renunciar, por ejemplo, a los que puede ofrecer la teoría del *fundamento* mismo de la tentativa inidónea? Es cierto que, *en principio*, la ley parece imponer que los delitos especiales solo pueden ser cometidos, tanto en grado de consumación, como en grado de tentativa, por sujetos cualificados. Pero no lo es menos que la teoría de la tentativa puede poner de manifiesto la necesidad de castigar, como casos de tentativa inidónea, los supuestos en que la falta de producción se ha debido a la inidoneidad del sujeto. ¿Supondría ello renunciar al concepto mismo de delito especial? En mi opinión, ello no es así. Creo que la resolución de la cuestión relativa a la punibilidad o impunidad de la tentativa de sujeto inidóneo condiciona el concepto de delito especial, y no al revés. En efecto, si de las consideraciones derivadas de la teoría del fundamento de los delitos especiales, de la teoría del error, y, por último, de la teoría de la tentativa se concluye —como considero preferible— que el sujeto inidóneo debe ser castigado, entonces el delito especial ya no podrá ser concebido, en efecto, como un delito que solo puede ser cometido por un sujeto cualificado, tanto en grado de *consumación* como en grado de *tentativa*. Pero ello no significa que no pueda ser definido de otro modo. No existe, en efecto, un concepto “en sí” de delito especial, sino solo distintos posibles conceptos de delitos especial. Se trata de hallar una definición de delito especial que constituya un marco general lo suficientemente amplio como para dar cabida a los principales problemas dogmáticos que dicha constelación de delitos plantea. Ya se demostró *supra* que el concepto de delito especial debe tener en cuenta, en primer lugar, que no todos los conceptos de autor teóricamente imaginables resultan adecuados para

aprehender correctamente su esencia. Resulta conveniente, por ello, definir el delito especial atendiendo a esta circunstancia referida a la autoría. El concepto de delito que aquí se considera preferible es un concepto, en suma, dependiente de la autoría. Ciertamente, los delitos especiales representan, por encima de todo, una limitación del círculo de posibles autores, planteando, por ello, problemas esencialmente referidos a la autoría y la participación. Pero en el marco de los delitos especiales también se suscitan otras clases de problemas dogmáticos. Tal es el caso de los problemas referidos a los tipos de imperfecta ejecución; y, más concretamente, al problema del sujeto inidóneo. Como en el caso de la limitación de la autoría, es conveniente que también el problema de la tentativa (inidónea) se encuentre contemplado en el concepto de delito especial.

Y en lo concerniente a la objeción formulada por STRATENWERTH, debe reconocerse que asiste la razón a este autor cuando afirma que incorporar en la definición de cada clase de delitos la resolución de todos los problemas que dicha constelación delictiva plantea en relación con todas las categorías de la teoría del delito carecería no solo de toda eficacia probatoria, sino también de operatividad práctica.¹¹ Una tal definición sería, por lo demás, interminable, y atentaría contra el mínimo respeto exigible al principio de economía en la elaboración de los conceptos. Pero nada obsta, sin embargo, a que los conceptos de las distintas clases de delitos incorporen referencias a la solución de los problemas dogmáticos más significativos que cada una de ellas plantea. Así, por ejemplo, nada impide definir los delitos de propia mano —en el supuesto de que en realidad existan— como aquéllos que no pueden ser cometidos en autoría mediata. Es más: ésta no solo es la definición de delitos de propia mano más habitual en la doctrina, sino también la única que atiende a la esencia de esta cuestionada clase de delitos. Se trata de una definición *dependiente de la autoría*. Pues bien: de idéntico modo, nada empece que, en caso de que ello se considere necesario a resultas de la opción tomada en torno a la cuestión de la punibilidad o impunidad del sujeto inidóneo, se haga *depender* la definición de delito especial —ya dependiente de la autoría— también de la tentativa.

¹¹ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 69.

CAPÍTULO SEGUNDO

DISTINCIÓN ENTRE SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR Y SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA SUBSUNCIÓN DEL SUJETO EN LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR

I. INTRODUCCIÓN

La creencia errónea de la idoneidad por parte del sujeto inidóneo puede obedecer a dos distintas clases de fundamento: a) a un error sobre la realidad, sobre el supuesto de hecho; y b) a un error sobre el alcance del concepto normativo que sirve de base al elemento cualificante de la autoría.¹² Así, por ejemplo, en un delito propio de funcionario, un particular puede considerarse erróneamente funcionario: a) por incurrir en un error sobre la realidad; o bien: b) porque, pese a conocer correctamente la realidad, cree, en cambio, que el concepto de funcionario comprende el supuesto de hecho en que se encuentra el sujeto. La primera clase de error (a) consistiría en un error de tipo al revés. El segundo (b), en un error de subsunción al revés.¹³

¹² Parten también de esta distinción JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, p. 732; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/28; KÜHL, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1997, § 15/96; y, entre nosotros, ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 15 s.

¹³ *Vid.* BRUNS, “Zur Frage der Strafbarkeit des “Versuchs” eines untauglichen Subjekts”, en DStr, 1938, p. 164; en la actualidad KÜHL, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1997, § 15/97; HAFT, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., p. 230; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 15 s.

Esta distinción es compartida por la doctrina dominante. No obstante ello, debe advertirse que en la referida formulación se observa también la indisoluble interrelación lógica existente entre las dos clases de error en juego. En efecto, del mismo modo que en relación con el error *directo* se afirma que el error de tipo da lugar necesariamente a un error de prohibición (quien desconoce la concurrencia de un error de tipo ignora también la antijuricidad de su conducta), en sede de error *inverso* es posible afirmar, igualmente, que todo error de tipo al revés lleva asociado un error de prohibición al revés (la creencia errónea de un elemento del tipo implica necesariamente la creencia errónea de que una conducta está prohibida). Esto es: el error de tipo al revés da lugar, en todo caso, a un error de *permisión*.

No obstante, del mismo modo que en el marco del error directo es perfectamente posible distinguir entre error de tipo (sobre algún elemento del tipo; sobre el objeto de prohibición) y error de prohibición (sobre el derecho; sobre el hecho mismo de que la conducta está prohibida; sobre la prohibición misma), también es posible separar el error inverso sobre los elementos del tipo objetivo (error de tipo al revés) del error inverso sobre el derecho, sobre la prohibición misma (error de *permisión*). Así las cosas, nos encontraremos ante un error de esta última clase cuando el sujeto crea erróneamente que su conducta es constitutiva de un delito, sin que ello se deba a un error sobre el supuesto de hecho típico.¹⁴

No siempre es sencillo, sin embargo, discernir si un supuesto de creencia errónea de la idoneidad del sujeto constituye un caso de error inverso sobre los presupuestos de la idoneidad o bien, en cambio, un error de subsunción al revés.

A mi juicio, las dificultades de la doctrina para distinguir entre los casos de error inverso sobre los presupuestos de la idoneidad del sujeto y los de error inverso sobre la subsunción del hecho en un precepto penal encuentran en las concepciones de MITSCH y JESCHECK dos de sus más gráficos exponentes. Para MITSCH, no existe nada que impida afirmar la idoneidad de la creencia errónea por parte del autor de que *se da* un supuesto de hecho que fundamentaría su cualidad de autor si fuera real para realizar el tipo subjetivo de un delito especial intentado. Ello sucede, por ejemplo, cuando un sujeto ha sido nombrado como funcionario, pero el nombramiento ha sido nulo, cosa que el sujeto ignora. Por el contrario, si el error inverso del sujeto recae sobre un supuesto de hecho que, aunque se hubiese dado en la realidad, no habría convertido al sujeto en autor del delito, no puede decirse, entonces, que se da el dolo propio del tipo subjetivo de la tentativa de un delito especial. Así, por

¹⁴ Sobre la distinción entre error de tipo y error de prohibición en el sentido aquí referido vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., 10/104 (error directo de tipo y de prohibición) y 13/90 (error inverso de tipo y de prohibición).

ejemplo, si un estudiante de derecho cree que tiene aprobado el examen de grado (*Referendatexamen*), y cree que, con ello, ya es funcionario. Aunque fuera cierto que el examen en cuestión estuviera aprobado, no es menos cierto, sin embargo, que ello no bastaría para convertirse en funcionario.¹⁵ Después de toda esta argumentación, MITSCH acaba concluyendo que “la tentativa inidónea no es posible en un delito de funcionario”.¹⁶ La solución *unitaria* de MITSCH no es, sin embargo, coherente con su planteamiento previo. En efecto, MITSCH comienza reconociendo que el error inverso del sujeto sobre su idoneidad puede dar lugar a dos distintas clases de supuesto: a) aquél que se corresponde con la realización del tipo subjetivo del delito especial (ejemplo del nombramiento ilegal); y b) aquél que no basta para ello (ejemplo del examen de grado suspendido). Parece que lo lógico sería, entonces, que MITSCH infiriese de esta distinción entre dos diferentes clases de supuestos una solución también *diferenciadora*: castigar los primeros (tipo subjetivo de un delito especial sin su tipo objetivo) por tentativa inidónea, y dejar sin castigo, en cambio, los segundos (ausencia de tipo objetivo y tipo subjetivo del delito especial). MITSCH, sin embargo, no lo hace. Antes al contrario, después de distinguir los supuestos de referencia no solo en un sentido fenomenológico, sino también normativo-penal,¹⁷ el autor de referencia considera, sin embargo, que las diferencias no solo descriptivas, sino también valorativas, existentes entre ellos no deben tener consecuencia alguna en orden a la determinación de su tratamiento.

No menos confuso es el planteamiento de JESCHECK. Este autor parte de idea de que es necesario distinguir entre error de tipo al revés y error de subsunción al revés. En su opinión, son casos de error de *subsunción* al revés (impune) los dos siguientes: a) La mujer de la limpieza de una oficina pública cree erróneamente que su condición de trabajadora en dicha oficina pública la convierte en funcionaria. En dicha creencia, la mujer vende a un agente secreto los papeles que contiene la papelera que ha recogido de un despacho. La mujer realiza un cohecho (§ 332 StGB) putativo impune; y b) Un sujeto que en realidad no está obligado a prestar juramento ante el juez lo presta en falso. Según JESCHECK, debe entenderse que el sujeto realiza un delito (de falso juramento) putativo impune (BGH 10, 8 [10]).¹⁸ Cuando el sujeto cree, en cambio, que se dan circunstancias fácticas o jurídicas que, si existieran, fundamentarían su cualidad de autor, entonces comete —prosigue

¹⁵ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/31.

¹⁶ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *op.cit.*, *loc.cit.*

¹⁷ MITSCH llega a decir expresamente que en casos como el del nombramiento ilegal, la creencia errónea es adecuada para “realizar el tipo subjetivo de un delito especial intentado”: vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/30.

¹⁸ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732.

JESCHECK— una tentativa inidónea del correspondiente delito especial (valoración paralela errónea en la esfera del profano). JESCHECK pone tres ejemplos de error inverso sobre la cualidad del autor constitutivo de tentativa inidónea: a) Un empleado municipal cuyo nombramiento como funcionario es nulo por incompetencia del órgano que lo nombró puede cometer una tentativa inidónea del delito de falsificación documental si emite certificaciones falsas sobre la carne que *de facto* controla (en contra OLG Kiel ShIHA 1949, 297 [298]); b) Un sujeto que, en contra de lo que dispone el BGB, cree ser tutor legal de un menor simplemente por haber sido declarado como tal en un testamento, abusa sexualmente de su pupilo. El sujeto comete tentativa inidónea de abusos sexuales de tutor a pupilo (§ 174. 1 StGB); y c) El automovilista que cree erróneamente haber provocado un accidente y huye del lugar incurre en una tentativa inidónea de alejamiento no permitido del lugar del accidente del § 142. 2 StGB (en este sentido BayObLG 1952, 31) ¹⁹.

En mi opinión, la premisa de la que parte JESCHECK para la resolución de los casos de error inverso sobre elementos de autoría es correcta. Es cierto que esta clase de error conduce a veces a apreciar un delito putativo, y otras veces a apreciar, en cambio, una tentativa inidónea. Debe distinguirse, por tanto, entre los supuestos en que ocurre lo primero y aquéllos en que lo que sucede es, en cambio, lo segundo. En efecto, JESCHECK cree *intuir* que entre los ejemplos de la mujer de la limpieza de la oficina pública (1) y el sujeto que cree declarar bajo juramento (2), por una parte, y los supuestos del sujeto que cree ser “inspector de carnes” (3), tutor de un menor (4) y causante de un accidente automovilístico (5), por otra parte, existe una diferencia *esencial* que debería conducir a un tratamiento también diferenciador. Pero en la concepción de JESCHECK no hay un criterio *expreso* que permita distinguir entre unos y otros casos y, sobre todo, que permita fundamentar su tratamiento diferenciado.

Esta falta de taxatividad me permite aventurar que JESCHECK asienta la distinción entre una y otra clase de casos, en realidad, sobre la base de *dos* criterios *tácitos*. De acuerdo con el primer criterio (a), el error inverso sobre la idoneidad del sujeto en los “auténticos” delitos especiales debe ser castigado (tentativa inidónea punible) si recae sobre los presupuestos de la cualidad del autor; y debe quedar, en cambio, impune cuando tenga por objeto la valoración o calificación que el derecho haga de la situación fáctica en que se encuentra el sujeto. En este sentido afirma JESCHECK que “quien erróneamente cree que se dan circunstancias (fácticas o jurídicas) que, si existieran, fundamentarían su cualidad de autor, comete una tentativa inidónea del respectivo delito especial”.²⁰ La afirmación de JESCHECK no está exenta, sin embargo, de aspectos seriamente cuestionables. Como se verá con más detalle *infra*, resulta altamente dudoso que los supuestos de error

¹⁹ Vid. JESCHECK, *op.cit.*, *loc.cit.*

²⁰ Vid. JESCHECK, *op.cit.*, *loc.cit.*

inverso sobre los presupuestos *jurídicos* de la idoneidad del sujeto deban ser tratados como casos de tentativa inidónea. Pero es que, además, a la luz del argumento de JESCHECK, parece posible afirmar que también la mujer encargada del servicio de limpieza de la oficina pública (1) incurre en un error sobre los presupuestos (jurídicos) de la condición de funcionario. Cabe imaginar que si JESCHECK tuviera que contestar a la cuestión recién planteada, lo haría, sin duda, en sentido negativo. En efecto —diría a buen seguro JESCHECK—, la mujer en cuestión no incurre en un error sobre los *presupuestos objetivos* de su cualidad de funcionario, sino en la *valoración o calificación* que el derecho hace de la situación fáctica en que se encuentra. Y solo la primera de estas dos clases de error conduce a la tentativa inidónea. Si ello es así —lo cual creo que puede ser, en principio, aceptado—, lo cierto es, sin embargo, que no se alcanza a entender, entonces, dónde reside la diferencia entre el error de la mujer de la limpieza (1) y el de quien cree declarar bajo juramento (2), por una parte, y el error en que incurre quien cree ser tutor de acuerdo con la legislación civil (4). En mi opinión, si JESCHECK fuera coherente con su planteamiento inicial, debería considerar el supuesto acabado de mencionar como un ejemplo de error inverso de subsunción impune.

El segundo criterio (b) de la clasificación por casos del que entiendo que parte JESCHECK es el siguiente: en caso de error inverso sobre la idoneidad del sujeto, si el error también lo habría cometido un hombre medio, entonces se castigará por tentativa inidónea; en caso contrario, será un delito putativo impune. JESCHECK parece partir de este criterio al calificar los supuestos de tentativa inidónea (casos 3, 4 y 5) como “casos de sujeto inidóneo que hay que tomarse más en serio”,²¹ por una parte; y al emplear el criterio de la “valoración paralela errónea en la esfera del profano” como baremo para la determinación del grado de la referida “seriedad” del error.²²

En relación con este segundo criterio, debe indicarse, en primer lugar, que el grado de “apariencia de antijuricidad” de una conducta nada tiene que ver con la distinción entre error (inverso) de tipo y error de prohibición. Se trata de una diferencia determinada por la naturaleza del objeto del error. También la referencia al criterio de la “valoración paralela errónea en la esfera del profano” resulta equívoca en el marco de la tentativa inidónea, porque parece abundar en la idea —equivocada— de que el error inverso sobre el derecho también puede constituir, en algunos casos, un error inverso de tipo. Y, por último, incluso aunque se aceptase —cosa que no se hace— que la delimitación entre los supuestos de tentativa inidónea por idoneidad del sujeto activo y los casos de delito putativo por idéntico motivo reside en la “seriedad” con que un espectador objetivo debe “tomárselos”, lo cierto es, sin embargo, que no se advierte por qué ello ocurre en los casos 3, 4 y 5 y no, en cambio, en los casos 1 y 2.

²¹ *Vid.* JESCHECK, *op.cit.*, *loc.cit.*

²² *Vid.* JESCHECK, *op.cit.*, *loc.cit.*

Según mi parecer, el método más gráfico para afrontar esta labor de distinción consiste en el representado por el método tópico del caso concreto. Aunque ni la práctica jurisprudencial ni la doctrina son particularmente pródigas en ejemplos relativos al sujeto inidóneo, es posible, con todo, aludir a algunos supuestos de error inverso sobre la idoneidad del sujeto. Ello nos permitirá advertir la diferencia existente entre de las dos clases de error antes referidas. Comenzaré por los ejemplos brindados por la jurisprudencia para referirme, acto seguido, a los ejemplos citados por la doctrina.

II. EJEMPLOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA IDONEIDAD DEL SUJETO ACTIVO EXTRAÍDOS DE LA JURISPRUDENCIA

Las ocasiones en que los tribunales de nuestro contexto cultural han tenido oportunidad de pronunciarse sobre supuestos de sujeto inidóneo han sido, ciertamente, contadísimas.²³ Por de pronto, la jurisprudencia española nunca se ha suscitado un supuesto de error inverso sobre la idoneidad del sujeto.²⁴

Por lo que respecta a la jurisprudencia alemana, tanto el BGH, como el RG, como ciertos OLG han tenido la oportunidad de pronunciarse en alguna ocasión sobre la cuestión planteada. Algunos de los supuestos de

²³ *Vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., 1986, p. 433; MEYER, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.

²⁴ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, p. 228, quien alude a la circunstancia de que bajo la vigencia del anterior Código penal, el TS nunca aplicó el art. 52 de aquel texto legal (regulador de los supuestos de tentativa inidónea punible) a casos de autor inidóneo.

hecho de los que han conocido los tribunales alemanes son los cinco casos siguientes:

a) Sentencia del OLG Kiel ShlHA 1949, 297, 298): en este caso —probablemente el más emblemático y citado por la doctrina alemana— un sujeto que se encontraba en el ejercicio de las funciones propias de un controlador de calidad de carnes desde hacía años emitía certificados de calidad falsos sirviéndose para ello de las ventajas que le proporcionaba el servicio público que prestaba. Una vez descubierto, el sujeto fue procesado por falsificación de funcionario público. Durante la celebración del juicio por dicho delito se comprobó, sin embargo, que el falsificador no ostentaba, en realidad, el *status* formal de funcionario, porque su nombramiento había sido nulo por un defecto de forma: el órgano que realizó el nombramiento era incompetente.²⁵

b) Sentencia BayOLG 1952, 31: un automovilista cree erróneamente haber provocado un accidente. Acto seguido, el automovilista huye de forma no autorizada del lugar del accidente.²⁶

c) Sentencias del RG JW 938, 798 y 1105, y 72, 110 (1938): un sujeto no judío realiza contra una alemana una conducta constitutiva de uno de los delitos previstos en el art. 5. 2 de las Leyes raciales de Nüremberg de 1935 (relaciones sexuales extramatrimoniales entre un hombre judío y una

²⁵ Vid. ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 31 y nota 62.

²⁶ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 732.

mujer alemana, o entre una mujer judía y un hombre alemán) en la creencia errónea de ser judío.²⁷

d) Sentencia RKG 2, 53: un empleado civil del ejército huye de su puesto creyendo erróneamente ser soldado funcionario del Ministerio de defensa.²⁸

e) Sentencia del BGH 10, 8, 10: un sujeto (el inculpado) que en realidad no está obligado a prestar juramento ante el juez lo presta en falso.²⁹

De estos cinco supuestos de hecho, la doctrina alemana conviene que los cuatro primeros (A, B, C y D) constituyen casos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del autor. En el último supuesto de hecho (E), en cambio, el sujeto no se equivoca sobre la realidad; esto es, sobre el hecho de ser el inculpado. El sujeto sabe que ésta es su posición en el proceso. Pero cree erróneamente, en cambio, que, en su condición de inculpado, tiene el deber de declarar verazmente bajo juramento. En los casos A, B, C y D el sujeto incurre en un error de tipo al revés. En el caso E, en cambio, en un error inverso de subsunción.³⁰

²⁷ Vid. BRUNS, “Zur Frage der Strafbarkeit des “Versuchs eines untauglichen Subjekts. Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts”, DStr, 1938, pp. 161 s. y 166 s.; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., pp. 433 s.

²⁸ Vid. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., § 40/171 s.

²⁹ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732.

³⁰ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., cit., § 40/171 s.

III. EJEMPLOS DE ERROR INVERSO SOBRE LA IDONEIDAD DEL SUJETO ACTIVO PROPUESTOS POR LA DOCTRINA ALEMANA

También algunos autores pertenecientes a la doctrina alemana ejemplifican las dos clases de error sobre la idoneidad del sujeto por medio de supuestos de laboratorio. Tal es el caso de SCHOETENSACK, JESCHECK, TRÖNDLE, SCHMIDHÄUSER, Armin KAUFMANN, MITSCH, STRATENWERTH y JAKOBS, entre otros.

1) Ejemplos propuestos por SCHOETENSACK: A) un viudo se casa por segunda vez creyendo erróneamente que su primera mujer todavía está viva;³¹ B) un sujeto mata a otro en la errónea convicción de que se trata de un ascendiente (antiguo § 215 StGB) o descendiente (antiguos §§ 215 y 217 StGB) suyo.³²

2) Ejemplos propuestos por JESCHECK: C) la mujer de la limpieza de una oficina pública cree erróneamente que su condición de trabajadora en dicha oficina pública la convierte en funcionaria. En dicha creencia, la mujer vende a un agente secreto los papeles que contiene la papelería que ha recogido de un despacho³³; D) un sujeto que, en contra de lo que dispone el BGB, cree ser tutor legal de un menor simplemente por haber sido declarado como tal en un testamento, abusa sexualmente de su pupilo.³⁴

³¹ Vid. SCHOETENSACK, “Verbrechensversuch”, en *FG-Frank*, II, p. 58.

³² Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59.

³³ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 732.

³⁴ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 732.

3) Ejemplo propuesto por TRÖNDLE (E): un particular se considera funcionario por creer erróneamente que un escrito de broma que acaba haciéndose público es un documento de nombramiento de funcionario público.³⁵

4) Ejemplo de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la posición de garante propuesto por SCHMIDHÄUSER y Armin KAUFMANN (F): un sujeto escucha el llanto de un niño pequeño, creyendo erróneamente que se trata de su hijo, que se encuentra en peligro de muerte. Pese a que podría salvarlo, el padre se mantiene, sin embargo, completamente inactivo. Posteriormente se comprueba que el niño en cuestión no era su hijo.³⁶

5) Ejemplos propuestos por MITSCH: G) un no funcionario se considera funcionario y desvela sin permiso secretos del servicio ³⁷; H) un austríaco que vive en München se considera alemán y establece relaciones que ponen en peligro la paz en el sentido del § 100 StGB (*Relaciones que ponen en peligro la paz*);³⁸ y I) un estudiante de derecho, en la creencia errónea de que tiene aprobado el examen de estado (*Referendatexamen*), considera que con ello ya es funcionario.³⁹

³⁵ Vid. TRÖNDLE, StGB, 48^a ed., cit., § 23/4.

³⁶ Vid. SCHMIDHÄUSER, “Gesinnungsethik und Gesinnungstrafrecht”, en *FS-Gallas*, pp. 97 s.; Armin KAUFMANN, ADPCP 1995, p. 14.

³⁷ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10^a ed., cit., § 26/30.

³⁸ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10^a ed., cit., § 26/30.

³⁹ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10^a ed., cit., § 26/31.

6) Ejemplo propuesto por STRATENWERTH (J): un particular ejecuta un testamento perjudicial para la herencia (§ 266 StGB) desconociendo que, de acuerdo con la legislación civil, su condición de funcionario solo nace con su aceptación, que no ha tenido lugar.⁴⁰

7) Ejemplo propuesto por JAKOBS (K): un empleado civil del ejército cree erróneamente que también él es un “soldado” y que su huida infringe, por tanto, la prohibición de deserción del § 16 WStGB.⁴¹

A juicio de la doctrina alemana, los supuestos A, B, D, E, F, G, y H constituyen ejemplos de error sobre el supuesto de hecho. Esto es, casos de error de tipo al revés.⁴² El caso C es contemplado por JESCHECK, en cambio, como un supuesto de error de subsunción al revés.⁴³ Lo mismo sucede con el caso I, esta vez desde la particular fundamentación de MITSCH,⁴⁴ y con el caso K desde la de JAKOBS.⁴⁵

⁴⁰ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/62.

⁴¹ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/43.

⁴² Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, pp. 58 s.; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732; TRÖNDLE, *StGB*, 48ª ed., cit., § 23/4; SCHMIDHÄUSER, *FS-Gallas*, pp. 97 s.; Armin KAUFMANN, *ADPCP* 1995, p. 14.

⁴³ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732.

⁴⁴ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/31.

⁴⁵ En relación con el caso J, no queda claro si STRATENWERTH lo considera un supuesto de error de tipo o de subsunción al revés. Pese a que STRATENWERTH considera que la conducta de referencia debe quedar impune, nada puede ser deducido de ello, sin embargo, en relación con la cuestión planteada. Porque —como se verá *infra*— este autor defiende que tanto los casos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad especial de autor como los de error inverso de subsunción del supuesto de hecho en la cualidad típica deben quedar impunes. No obstante todo lo anterior, creo que tal y como lo plantea STRATENWERTH, el supuesto en cuestión constituye un ejemplo de error inverso de subsunción.

CAPÍTULO TERCERO

TRATAMIENTO DE LOS DISTINTOS SUPUESTOS CON SUJETO INIDÓNEO. ESPECIAL ATENCIÓN AL TRATAMIENTO DE LOS SUPUESTOS DE ERROR INVERSO SOBRE LOS PRESUPUESTOS OBJETIVOS DE LA CUALIDAD TÍPICA DE AUTOR LA DISTINCIÓN ENTRE “DELITOS COMUNES DELIMITADOS SUBJETIVAMENTE” (“*SUBJEKTIV EINGESCHRÄNKTE GEMEINDELIKTE*”) Y “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES” (“*ECHE SONDERDELIKTE*”)

I. INTRODUCCIÓN

De los supuestos de error inverso expuestos *supra*, el que menor grado de discusión doctrinal ha suscitado es el correspondiente al error de subsunción del sujeto en la cualidad típica de autor. Tanto en la doctrina alemana como en la española, reina unanimidad en torno a que estos supuestos deben recibir el tratamiento propio de los casos de error de prohibición al revés. Esto es: deben ser tratados como supuestos de delito putativo impune.⁴⁶ En ellos, el sujeto cree erróneamente que su conducta cae dentro del ámbito de una norma prohibitiva, en realidad inexistente.⁴⁷

⁴⁶ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 15 s.

⁴⁷ *Vid.* BAUMANN, “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, NJW 1962, p. 18; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., § 40/158; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, p. 732; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/28; BRUNS, GA 1979, p. 163; WESSELS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed.,

Mucho más controvertidos son, en cambio, los casos en que la creencia errónea de la idoneidad se debe a un error inverso que tiene por objeto el supuesto de hecho. Suele afirmarse en la doctrina alemana que el error al revés sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del autor puede tener lugar en el marco de dos distintas clases de delitos: a) los “delitos comunes delimitados subjetivamente” (*subjektiv eingeschränkte Gemeindelikte*); y b) los “auténticos” delitos especiales (*echte Sonderdelikte*).⁴⁸

Mención especial merece la posición defendida por Armin KAUFMANN, por su parte, aludió en su *Teoría de las normas* al delito de relaciones sexuales entre familiares como un delito especial, pero en un sentido parecido a los delitos comunes subjetivamente limitados: en dicho delito especial, la idoneidad del sujeto activo solo podía entenderse a partir de su relación con el objeto material de la conducta típica. No en vano, delitos como el acabado de referir constituyó en la primera formulación de KAUFMANN una excepción al planteamiento general defendido por este autor para los “auténticos” delitos especiales.⁴⁹

1972, § 12 III, pp. 100 s.; el mismo, *Strafrecht, AT*, 22ª ed., 1992, § 14 III 2, p. 188; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 436; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 14; BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 105 s.; el mismo, *Principios de Derecho penal, PG*, 5ª ed., 2001, p. 351; ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, pp. 236 s.

⁴⁸ Defienden expresamente esta distinción en Alemania, entre otros, von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), cit., p. 437; SCHOETENSACK, “Verbrechensversuch”, en *FG-Frank*, II, pp. 61 ss.; Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, p. 144; SCHÖNKE, *StGB*, 5ª ed., 1951, § 43 V, p. 142; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, p. 229); JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 733; y entre nosotros SÁINZ de ROBLES, “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *Criminología y Derecho penal al servicio de la persona. Libro-Homenaje al Profesor Antonio Beristain*, San Sebastián 1989, p. 629, nota 35; y FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 436. También la defienden, aunque no refiriéndose a ella con otra terminología JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/49 y nota 77.

⁴⁹ *Vid.* KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 182 ss. En la segunda formulación de su teoría del deber jurídico, KAUFMANN considera, en cambio, que no sólo el delito de relaciones sexuales entre familiares, sino todos los delitos especiales pueden ser explicados a partir de la relación del sujeto activo con la acción típica. *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 12 ss.

Esta clasificación, procedente de Hellmuth MAYER,⁵⁰ ha ido haciendo fortuna en Alemania hasta acabar convirtiéndose en doctrina dominante.⁵¹ La exposición, el tratamiento y la valoración crítica de estas dos clases de delitos constituyen el objeto de las líneas que siguen a continuación.

II. LA DISTINCIÓN ENTRE “DELITOS COMUNES DELIMITADOS SUBJETIVAMENTE” Y “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”. EXPOSICIÓN Y TRATAMIENTO

1. Exposición

1.1. *Delitos comunes delimitados subjetivamente*

Son delitos comunes delimitados subjetivamente ⁵² aquellos delitos que se caracterizan por que el elemento de autoría se basa en las relaciones del autor con el *objeto* del delito. En esta clase de delitos, la

⁵⁰ Vid. Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144.

⁵¹ Vid. SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35. Tiene razón esta autora, en efecto, cuando señala a Hellmuth MAYER como el primero en enunciar formalmente la distinción entre delitos comunes delimitados subjetivamente y auténticos delitos especiales. No obstante ello, creo que los dos primeros autores que de algún modo se refirieron a la clasificación que ahora nos ocupa ya en los años 30 del siglo XX, aunque sin emplear las expresiones “delito subjetivamente limitados” y “auténticos delitos especiales”, fueron Robert von HIPPEL y August SCHOETENSACK. Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), cit., p. 437, y SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), p. 59. Con posterioridad a von HIPPEL y SCHOETENSACK aludió a la tentativa inidónea de aborto de la mujer no embarazada como un supuesto de inidoneidad en el sujeto y en el objeto BRUNS, *DStr*, 1938, pp. 165 s.

⁵² También llamados “delitos especiales por razón del objeto” (vid. ALCÁCER GUIRAO, *RDPC* 2001, p. 35) o “delitos comunes de autoría restringida” (“*täterschaftlich eingeschränkte Gemeindelikte*”): vid. BRUNS, *GA* 1979, p. 180.

inidoneidad del autor del delito no es más que una consecuencia de la inidoneidad de su objeto material. El tipo penal partiría, en efecto, de la existencia de una relación entre la cualidad del objeto y la cualidad del hecho, de tal modo que la cualidad del autor se desprendería ya de la cualidad del objeto.⁵³ A diferencia de lo que sucede en los delitos especiales propios, en los delitos comunes delimitados subjetivamente: a) la inidoneidad del sujeto no es absoluta, sino tan solo *relativa*;⁵⁴ y b) la cualidad de autoría no viene determinada por la imposición sobre el sujeto activo de deberes especiales de acción. En esta segunda clase de delitos, el tipo se construye sobre la base de la tutela del bien jurídico.⁵⁵

Los dos delitos invocados por la doctrina alemana con mayor frecuencia como ejemplos de delito común subjetivamente limitado son el delito de aborto y el de relaciones sexuales entre familiares.⁵⁶ No es casualidad, por ello, que los dos ejemplos de error sobre los presupuestos objetivos de la idoneidad del sujeto activo en un delito común subjetivamente limitado citados con mayor asiduidad sean, correspondientemente, los dos siguientes: a) una mujer no embarazada realiza prácticas abortivas en la creencia errónea de que en realidad lo está;⁵⁷ y b) un hombre mantiene relaciones sexuales con una mujer creyendo erróneamente que se trata de su hermana o su hija.⁵⁸

⁵³ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 180; SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59.

⁵⁴ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 180.

⁵⁵ Vid. SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35.

⁵⁶ Aunque no los únicos. SCHOETENSACK, por ejemplo, reconoce también tal condición a la corrupción de alumno menor de edad por parte de su maestro. Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59.

⁵⁷ Vid. von LISZT, *Tratado de Derecho penal*, III, cit., p. 17; von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), cit., p. 437; SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II,

1.2. “Auténticos” delitos especiales

Según la clasificación que ahora se expone, son “auténticos” delitos especiales aquellos delitos cuya principal peculiaridad consiste en que el círculo de posibles autores se encuentra circunscrito a los sujetos sobre los que recae el deber especial previsto en el tipo.⁵⁹ En estos delitos, el sujeto ostenta un *status* especial o bien ocuparía una posición social especial fundamentadora de una responsabilidad especial.⁶⁰ El paradigma de los “auténticos” delitos especiales está representado —siempre en opinión del sector doctrinal que defiende la clasificación que ahora se expone— por los delitos de funcionario.⁶¹

pp. 61 ss.; BRUNS, DStr 1938, pp. 165 s.; Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 733; SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 436.

⁵⁸ Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, pp. 61 ss.; BRUNS, DStr, 1938, p. 166; Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 733; SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 436. A estos dos ejemplos, SCHOETENSACK añade, por su parte, un tercer ejemplo, esta vez relativo al delito de corrupción de menores (considerado por el autor, recuérdese, un delito común subjetivamente limitado): un profesor confunde la mujer con quien mantiene relaciones sexuales con una de sus alumnas menores de edad. Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59. WELZEL, por su parte, empezó a distinguir entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales” sólo a partir de la 6ª edición de su *Das deutsche Strafrecht*. Vid. WELZEL, 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, cit., p. 229).

⁵⁹ Vid. Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144; BRUNS, GA 1979, p. 180; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 35; SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35.

⁶⁰ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 180.

⁶¹ Vid., por todos, Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144; WELZEL, *Das deutsches Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 35.

2. Tratamiento de los supuestos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la cualidad de autor en los “delitos comunes delimitados subjetivamente” y en los “auténticos” delitos especiales

2.1. “*Delitos comunes delimitados subjetivamente*”

Existe un amplio consenso doctrinal en torno a la cuestión de que los supuestos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad de autoría que tienen lugar en el marco de un delito común subjetivamente limitado son casos de error de tipo al revés, a tratar de acuerdo con las reglas de la tentativa inidónea.⁶² La consideración de estos supuestos como casos de error inverso de tipo obedece para la doctrina a la idea de que, en ellos, el error inverso sobre el elemento de la autoría puede ser transformado en un error —también inverso— sobre el objeto material. Y salvo en el caso aislado de algún autor alemán, no existen dudas razonables en torno a la cuestión de que los supuestos de error inverso sobre el objeto material del delito constituyen supuestos de error de tipo al revés que deben ser tratados de acuerdo con las reglas de la tentativa inidónea punible.⁶³

Así, por ejemplo, en el caso de la mujer no embarazada que, creyendo estarlo, realiza prácticas abortivas, es cierto que la mujer incurre en un error inverso sobre su cualidad como autor. Pero no lo es menos que

⁶² En este sentido BRUNS, GA 1979, p. 181; WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., cit., p. 148; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/26; SCHLÜCHTER, JuS 1985, p. 529; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 733; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 35, entre otros. En contra, desde los postulados de la teoría de la falta de tipo SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, pp. 59 ss. y 61 ss.

⁶³ *Vid.* SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59; BRUNS, GA 1979, p. 180; SCHLÜCHTER, JuS 1985, p. 529; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/26; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 35.

esta creencia errónea de que concurre el elemento de autoría (esto es, de que se encuentra embarazada) constituye, al mismo tiempo, un error inverso sobre el objeto material del delito. Al considerarse embarazada, la mujer cree erróneamente, al mismo tiempo, que su conducta recae sobre el objeto material y sujeto pasivo del delito de aborto: un feto. Lo mismo sucede en el supuesto del hombre que cree erróneamente que la mujer con quien mantiene relaciones sexuales es su hija o su hermana. El sujeto incurre en un error sobre su idoneidad; esto es, sobre la inexistencia de una relación de parentesco con la víctima. Pero este error al revés también puede ser contemplado como la creencia errónea de que está presente el objeto material idóneo del delito de relaciones sexuales entre familiares.⁶⁴

2.2. “Auténticos” delitos especiales

Mucho mayor es el grado de discusión que suscitan los supuestos en que la creencia errónea de que concurre la base fáctica de la idoneidad del sujeto se produce en el marco de un “auténtico” delito especial. Puede decirse que son *dos* las soluciones que dominan ampliamente en el escenario doctrinal español y alemán: a) la tesis de la impunidad del sujeto inidóneo; y b) la tesis de la punición del sujeto inidóneo.

Estas dos posiciones no son, sin embargo, las dos únicas soluciones que la doctrina alemana ha conocido. Entre estas dos soluciones cabe referirse a una tercera posición doctrinal intermedia representada por dos teorías defendidas por un sector minoritario de la doctrina alemana: a) la teoría intermedia distintiva entre la idoneidad *formal* y la idoneidad *material* propuesta por Karl SALM; y b) la llamada “teoría de la facticidad” (“*Faktizitätstheorie*”).

En su monografía “*Das versuchte Verbrechen*” (1957), SALM describe la solución de la punibilidad del sujeto inidóneo propuesta por la doctrina

⁶⁴ Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, p. 59; BRUNS, GA 1979, p. 180; SCHLÜCHTER, JuS 1985, p. 529; RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/26; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 35.

dominante como una solución excesivamente rigurosa desde un plano subjetivo-moral, y como “regreso al Derecho penal de la actitud interna”. Por este motivo, SALM considera preferible que el sujeto inidóneo quede impune. No obstante, este autor cree que ello no puede predicarse para todos los casos. En algunos supuestos es preferible, en su opinión, la solución de la punición. Estos supuestos son, según SALM, aquéllos en que la posición que el “*extraneus*” ocupa en el colectivo especial correspondiente es, *de hecho* — esto es, desde un punto de vista *fáctico*— la misma posición que ocupan el resto de sus miembros. Ello ocurre, por ejemplo, —siempre a juicio del autor que ahora nos ocupa— en el caso del pseudo-funcionario resuelto por la sentencia de la OLG Schleswig 1949, o en el del soldado *de facto* de la sentencia RKG 2, 153.⁶⁵ Ciertamente, desde un punto de vista *formal*, en ninguno de estos dos casos puede considerarse al sujeto activo un sujeto idóneo. El sujeto no ostenta el *status formal* necesario desde el referido punto de vista para devenir sujeto idóneo del correspondiente delito especial. No obstante, SALM cree que sí es posible, sin embargo, reconocerle al sujeto la condición del “sujeto idóneo *de facto*” (“*defakto-taugliches Subjekt*”). De acuerdo con este razonamiento, en relación con la lesión de los bienes jurídicos protegidos, los respectivos sujetos activos de los casos OLG Schleswig 1949 y RKG 2, 153 son sujetos inidóneos desde un punto de vista *formal*; pero *material* o *fácticamente* auténticos “*intranei*”.⁶⁶

La tesis intermedia de SALM no puede ser, sin embargo, compartida. Es cierto que en algunos delitos, el elemento cualificante del “*intraneus*” no se corresponde con la existencia de una relación distinta del sujeto con el bien jurídico. No en vano, como correctamente ha puesto de manifiesto un sector de la doctrina alemana, la limitación de la autoría presente en algunos tipos del Código penal no obedece a razones de merecimiento de pena, sino a la mera voluntad de dar forma legal a una determinada realidad fenomenológica. En el StGB, ello ocurre —en opinión de este sector doctrinal—, por ejemplo, a propósito del elemento “hombre” previsto en el tipo del delito de acciones exhibicionistas (§ 183 StGB), o del elemento “deudor” correspondiente al del delito de alzamiento de bienes (§ 288 StGB). Esta es la opinión, por ejemplo, de HERZBERG.⁶⁷ Si el razonamiento de HERZBERG es correcto, entonces deberá concluirse que, en términos de merecimiento de pena, tan merecedor de pena es el “*intraneus*” como el “*extraneus*” que, *de facto*, se enfrenta al bien jurídico de modo idéntico a como lo hace el sujeto cualificado. Este sería el caso, por ejemplo, de la mujer que se exhibe en el delito del § 183 StGB, o

⁶⁵ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 172.

⁶⁶ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 173.

⁶⁷ Vid. HERZBERG, “Die Problematik der ‹besonderen persönlichen Merkmalen› im Strafrecht”, ZStW 1976 (88), pp. 82 s. y 84; el mismo, *Täterschaft und Teilnahme*, cit., pp. 33 s.; el mismo, “Der agent provocateur und die ‹besonderen persönlichen Merkmale› (§ 28 StGB)”, JuS 1983, pp. 741 s.; el mismo, “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, GA 1991, pp. 148, 169 y nota 39, 170, 174 y nota 55, y 180 s.

del amigo del deudor que, en ausencia de este último, distrae sus bienes en el delito del § 288 StGB. De acuerdo con la concepción defendida por SALM, ninguna razón de justicia material se opondría a la posibilidad de castigar en estos delitos al “*extraneus*” no solo como autor de la tentativa (inidónea) de un delito especial, sino también como autor de un tal delito *consumado*.⁶⁸ Pero éste es un paso que SALM no da. Y no lo da, sencillamente, porque no está legitimado para darlo: el principio de legalidad se lo impide. El principio de legalidad impide reconocer al “*extraneus*” la posibilidad de ser autor del delito consumado, en efecto, en los delitos especiales que se distinguen por restringir el círculo de autores de espaldas al criterio del merecimiento de pena. Pero ello es aún más evidente si cabe en los relación con los delitos especiales en que la restricción del círculo de posibles autores a un determinado grupo de sujetos se basa en la especial vinculación de los “*intraanei*” al bien jurídico protegido. La razón principal de esta circunstancia debe verse en lo siguiente: frente a lo que sucede en aquella primera clase de delitos especiales referida, en la segunda existen argumentos de justicia material que abonan la limitación de la autoría a un determinado círculo de sujetos. Por todo ello, la concepción de SALM deviene una suerte de *tertium genus* que traza una línea intermedia entre el delito putativo, la tentativa y la consumación.⁶⁹

Próxima a la concepción intermedia de SALM se encuentra la llamada “teoría de la facticidad” (b). Esta segunda teoría se apoya en un hipótesis: la posibilidad de decidir sobre la concurrencia en el sujeto de la cualificación exigida por el tipo de los delitos especiales atendiendo a las relaciones de la vida «real» de la situación real, en lugar de hacerlo de acuerdo con las consecuencias jurídicas. En caso de que esta posibilidad existiera en realidad, entonces desaparecerían los obstáculos para afirmar la idoneidad *fáctica* del sujeto *jurídicamente* inidóneo.⁷⁰

En mi opinión, la evidente analogía existente entre la “teoría de la facticidad” y la teoría intermedia de SALM condena a la primera al mismo límite que pesa sobre la segunda: el principio de legalidad. Tampoco el criterio de la vinculación a lo real, a lo puramente fáctico podrá superar la letra de la ley. Solo en aquellos delitos donde el tenor literal del tipo así lo permita, el sujeto formalmente “*extraneus*”, pero materialmente “*intraeus*”, podrá ser autor de un delito especial consumado. Esto es lo que sucede, por ejemplo, en el delito de administración desleal del § 266 StGB, o en los delitos de omisión impropia. Por lo que respecta al delito del § 266 StGB, este precepto permite ser sujeto activo del delito a todo aquél que se encuentre en una relación *fáctica* de fidelidad (*Treueverhältnis*). En caso de que exista una tal relación, en nada empecerá la idoneidad del sujeto para ser autor del delito, por

⁶⁸ En idéntico sentido BRUNS, GA 1979, p. 173.

⁶⁹ *Vid.* BRUNS, GA 1979, p. 173.

⁷⁰ *Vid.* BRUNS, GA 1979, p. 173.

ejemplo, la circunstancia de que el contrato de mandato que ha suscrito sea *jurídicamente* nulo.⁷¹ Del mismo modo, en los delitos de omisión impropia, aunque un sujeto se encuentre en posición de garante como consecuencia de un contrato sobre la protección del bien jurídico, su deber de evitar el resultado no depende de la validez de dicho contrato desde el punto de vista del Derecho civil.⁷²

BRUNS alude, además, a otros ejemplos de la jurisprudencia penal militar, como la sentencia del RKG 2, 104. Esta sentencia declara la posibilidad de castigar por delito consumado de desertión a un *soldado-de facto* que, o bien no había accedido a esta posición por razones jurídicas, o bien incluso ya la había perdido.⁷³ No en vano, el propio BRUNS reconoce que la teoría de la facticidad encuentra dificultades en los supuestos de ejercicio de la función pública por parte de una autoridad no competente, así como en relación con el concepto de soldado del Código penal militar.⁷⁴

3. Las soluciones de la impunidad y la punición del sujeto inidóneo

3.1. La tesis de la impunidad del sujeto inidóneo

En opinión de un sector de la doctrina alemana y española, en los casos de “auténticos” delitos especiales (por ejemplo, de los delitos de funcionario), los supuestos de error inverso sobre la base fáctica de la idoneidad del sujeto deben ser tratados —a diferencia de lo que sucede en los casos en que un tal error se produce en un delito común subjetivamente limitado— como los casos de error inverso sobre la subsunción del supuesto de hecho en el tipo de autoría cualificada. Esto es, como supuestos de error de prohibición al revés o delito putativo impune.

⁷¹ Así BRUNS, GA 1979, p. 174.

⁷² *Vid.* BRUNS, GA 1979, p. 174.

⁷³ *Vid.* BRUNS, GA 1979, pp. 174 s.

⁷⁴ *Vid.* BRUNS, GA 1979, pp. 174 s.

La solución de la impunidad del sujeto inidóneo ha encontrado acogida en las tesis alemanas de von HIPPEL,⁷⁵ FRANK,⁷⁶ SCHOETENSACK,⁷⁷ WELZEL,⁷⁸ Armin KAUFMANN,⁷⁹ HARDWIG,⁸⁰ SCHÖNKE,⁸¹ BAUMANN,⁸² MEYER,⁸³ LANGER,⁸⁴

⁷⁵ Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), pp. 436 ss. y 482. En opinión de este autor, comportamiento del sujeto inidóneo queda impune cuando actúa en autoría directa; pero es punible, en cambio, cuando es autor mediato. En lo que alcanzo a ver, no hay ningún otro autor alemán o español que comparta la posición defendida por von HIPPEL. Pese a lo inédito de la solución de von HIPPEL, lo cierto es, sin embargo, que ésta resulta coherente con el concepto de delito especial defendido por este autor. Según von HIPPEL, recuérdese, “de delitos especiales se habla cuando el tenor literal del precepto penal no se dirige, como sucede normalmente, contra todos (“quien, etc.”), sino únicamente contra determinadas personas (funcionarios, militares, etc.). Sólo esas personas pueden ejecutar el delito, esto es, ser autores físicos. Por el contrario, no sólo es posible la participación, sino también la autoría mediata de tercero. Según esto, también es posible la tentativa de tercero en autoría mediata”. Vid. von HIPPEL, *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971), pp. 382 y 482.

⁷⁶ Vid. FRANK, StGB, 18ª ed., 1931, pp. 83 ss.

⁷⁷ Vid. SCHOETENSACK, “Verbrechensversuch”, en *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), pp. 55 ss.

⁷⁸ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., pp. 147 ss.; 6ª ed., 1958, cit., pp. 169 ss.; 7ª ed., 1960, cit., pp. 172 ss.; 11ª ed., 1969, cit., pp. 194 ss.; (pp. 229 ss. de la 4ª ed. castellana, cit.); ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., pp. 1 s.

⁷⁹ Vid. Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas...*, cit., el mismo, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, en *ZStW* (80), 1968, pp. 48 s.; el mismo, “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” (traducción de Joaquín Cuello Contreras), *ADPCP* 1995, pp. 5 ss.

⁸⁰ Vid. HARDWIG, “Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, *GA* 1957, pp. 170 ss.

⁸¹ Vid. SCHÖNKE, StGB, 5ª ed., 1951, § 43 IV y V, p.142.

⁸² Vid. BAUMANN, “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, *NJW* 1962, pp. 16 ss.

⁸³ Vid. MEYER, *ZStW* (87) 1975, pp. 598 ss.

⁸⁴ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 228 ss.; el mismo, “Zum Begriff der <<besonderen persönlichen Merkmale>>”, en *FS-Lange*, 1976, p. 244.

SCHMIDHÄUSER,⁸⁵ BAUMANN / WEBER,⁸⁶ BAUMANN / WEBER / MITSCH,⁸⁷ SCHÜNEMANN,⁸⁸ WOLTER.⁸⁹ KÖHLER,⁹⁰ STRATENWERTH,⁹¹ ZIELINSKY⁹² y JAKOBS;⁹³ en la austríaca de HAGER / MASSAUER;⁹⁴ en las argentinas de JIMÉNEZ de ASÚA,⁹⁵ BACIGALUPO ZAPATER⁹⁶ y Gladys ROMERO;⁹⁷ y en las defendidas entre nosotros por RODRÍGUEZ DEVESA,⁹⁸ RODRÍGUEZ

⁸⁵ Vid. SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 1970, cit., 15/64; el mismo, “Gesinnungsethik und Gesinnungstrafrecht”, en *FS-Gallas*, 1973, pp. 97 s.

⁸⁶ Vid. BAUMANN / WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., 1985, pp. 497 ss.

⁸⁷ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/31.

⁸⁸ Vid. SCHÜNEMANN, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars” (2), GA 1986, pp. 317 ss.

⁸⁹ Vid. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., pp. 305 ss.

⁹⁰ Vid. KÖHLER, *Strafrecht, AT*, pp. 456 ss.

⁹¹ Vid. STRATENWERTH, “Der Versuch des untauglichen Subjekt”, en *FS-Bruns*, pp. 59 ss.; el mismo, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., 2000, cit., 11/62 ss.

⁹² Vid. ZIELINSKY, *Kommentar zum StGB*, 1990, §§ 15, 16/35.

⁹³ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/43 ss.

⁹⁴ Vid. HAGER / MASSAUER, en HÖPFEL / RATZ, *Wiener Kommentar zum StGB*, 1999, §§ 15 y 16, pp. 3 ss.

⁹⁵ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, Buenos Aires, pp. 787 s.

⁹⁶ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos improprios de omisión*, Buenos Aires, 1970, cit., pp. 101 ss.; el mismo, *Principios de Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., pp. 350 s.

⁹⁷ Vid. ROMERO, “La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo”, en *LH-Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970, cit., pp. 233 ss.

⁹⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PG*, 18ª ed., 1995, cit., pp. 789 ss.

MOURULLO,⁹⁹ SÁINZ CANTERO¹⁰⁰ y SÁINZ de ROBLES,¹⁰¹ entre otros.

La impunidad de los supuestos de error inverso sobre la idoneidad consistente en un error sobre el supuesto de hecho ha sido defendida por este segundo sector doctrinal a partir de una triple alternativa. Esta triple alternativa encuentra su correspondencia, a su vez, en tres distintos sectores doctrinales.

En opinión de un primer grupo de autores, tanto el error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad especial de autor en un delito especial (a) como el error de subsunción al revés (b) *constituyen*, en realidad, supuestos de error de prohibición al revés. Estos supuestos deben recibir el tratamiento del delito putativo. Es decir, la impunidad.¹⁰²

Otros autores partidarios de la impunidad no dan, en cambio, el paso consistente en negar que la naturaleza jurídica de uno (a) y otro (b) supuesto de error sea diferente. No afirma este segundo grupo de autores, en efecto, que el error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad de autoría dé lugar, de acuerdo con su naturaleza jurídica, a un delito putativo impune. Debe deducirse de ello que esta clase de error *no constituye* un error de prohibición al revés, sino un error de tipo. No obstante ello, esta distinción no tendrá, sin embargo, consecuencia jurídica alguna, porque tanto una como otra clase de error recibirán idéntico tratamiento: la impunidad. En efecto, pese a no afirmar expresamente la cualidad de error de prohibición al revés del error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del autor — insinuándose incluso, al contrario, su condición de error de tipo—, los autores que ahora nos ocupan consideran que los supuestos en que tiene lugar una tal clase de error son supuestos cuya similitud con los casos de delito putativo es

⁹⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., pp. 227 ss.; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dtor.), *Comentarios al Código penal*, 1997, cit., pp. 76 s.

¹⁰⁰ Vid. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, p. 790; el mismo, *Lecciones de Derecho penal*, PG, III, p. 165.

¹⁰¹ Vid. SÁINZ de ROBLES, “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *LH-Beristain*, 1989, pp. 621 ss.

¹⁰² Pertenecen al este grupo de autores, entre otros, WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, cit., p. 230); Armin KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 207; el mismo, ADPCP 1995, pp. 14 s.; LANGER, *FS-Lange*, p. 245.; HARDWIG, GA 1957, p. 171; JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., 25/43; BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos improprios de omisión*, cit., pp. 105 s.; el mismo, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 351; Gladys ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, pp.236 s.; y SÁINZ de ROBLES, *LH-Beristain*, p. 624.

tan grande que no está justificado someterlos a un tratamiento diferenciado.¹⁰³ Sin ánimo de abundar en la crítica de la posición mantenida por este segundo sector doctrinal, debe señalarse, por de pronto, lo siguiente: aunque los supuestos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la cualidad de autoría (a) puedan ser “parecidos” a los supuestos de delito putativo (b) — conclusión que desde aquí debe ser seriamente puesta en tela de juicio—, no es menos cierto que tanto en BAUMANN / WEBER, como en SCHMIDHÄUSER, aquel “parecido”, más que un punto de llegada, resulta ser un simple punto de partida o *premisa* sin fundamentación expresa. En efecto, tanto en los primeros como en el segundo se encuentra ausente una mínima explicación de *por qué* los casos de error inverso sobre los presupuestos “se parecen” a los de delito putativo.

Para un tercer grupo de autores, por último, en los supuestos de sujeto inidóneo por error sobre los presupuestos fácticos del elemento cualificante de la autoría (3) falta ya la *tipicidad* misma de la conducta. Según esta concepción, la conducta del sujeto inidóneo no realizaría, en suma, el tipo objetivo de la tentativa del correspondiente delito especial.¹⁰⁴

3.2. La tesis de la punición del sujeto inidóneo

La conclusión de que el error inverso sobre los presupuestos objetivos de la idoneidad del sujeto activo debe conducir en los “auténticos” delitos especiales a la impunidad es rechazada, sin embargo, por otra parte de la doctrina. A juicio de este segundo sector doctrinal, no hay ninguna razón para tratar de modo distinto los supuestos de error inverso sobre la idoneidad del sujeto dependiendo de si éste tiene lugar en un “auténtico” delito especial o bien en un “delito común subjetivamente limitado”. Según este sector doctrinal, tanto en unos como en otros

¹⁰³ Pertenecen a este segundo grupo de autores BAUMANN / WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., 1985, p. 498 y SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, 1970, cit., 15/64, entre otros.

¹⁰⁴ A esta conclusión, defendida en su día desde los postulados de la ya superada teoría de la falta de tipo (Mangel am Tatbestand) por autores como FRANK, *StGB*, 18ª ed., p. 83; SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), p. 58; JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788 (aunque refiriéndose de modo confuso a la “atipicidad” y la “falta de tipo” como dos causas de exclusión de la responsabilidad penal de naturaleza aparentemente distinta) parecen llegar en la actualidad HAGER / MASSAUER, en HÖPFEL / RATZ, *WK*, cit., §§ 15-16/71.

supuestos, la cualidad especial de autor constituiría un elemento del tipo. De este modo, el error inverso sobre el mismo sería, en realidad, un error de tipo al revés, a tratar de acuerdo con las reglas de la tentativa inidónea punible.

Son partidarios de esta solución en Alemania BRUNS,¹⁰⁵ Hellmuth MAYER,¹⁰⁶ MAURACH,¹⁰⁷ NOWAKOWSKI,¹⁰⁸ NAGLER / JAGUSCH,¹⁰⁹ BOCKELMANN / VOLK,¹¹⁰ BLEI,¹¹¹ SCHLÜCHTER,¹¹² MAURACH / GÖSSEL / ZIPF,¹¹³ RUDOLPHI,¹¹⁴ JESCHECK,¹¹⁵ LACKNER,¹¹⁶ ESER,¹¹⁷ TRÖNDLE,¹¹⁸ WESSELS,¹¹⁹ HAFT¹²⁰ y

¹⁰⁵ Vid. BRUNS, “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes. Zur Problematik des “Umkehrsprinzips” in der Irrtumslehre”, en GA 1979, pp. 161 ss.

¹⁰⁶ Vid. Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, p. 144.

¹⁰⁷ Vid. MAURACH, “Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens”, en NJW 1962, pp. 767 ss.; el mismo, *Tratado de Derecho penal, PG*, II, cit., p. 197.

¹⁰⁸ Vid. NOWAKOWSKI, Recensión a *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6ª ed., 1958, de Hans WELZEL, en JZ 1958, pp. 415 s.

¹⁰⁹ Vid. NAGLER / JAGUSCH, en *LK*, 7ª ed., 1954, § 43, p. 193.

¹¹⁰ Vid. VOLK, en BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., 1987, p. 211.

¹¹¹ Vid. BLEI, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., 1989, p. 151.

¹¹² Vid. SCHLÜCHTER, “Gründfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB. 2 Teil: Bewertungsirrtümer im Tatbestandsbereich”, *JuS* 1985, p. 529.

¹¹³ Vid. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., § 40/170 ss.

¹¹⁴ Vid. RUDOLPHI, en RUDOLPHI/HORN/SAMSON, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), §§ 22 y 23.

¹¹⁵ Vid. JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., pp. 731 ss.

¹¹⁶ Vid. LACKNER, *StGB*, 19ª ed., 1991, §§ 22 y 23, pp. 161 s.

KÜHL,¹²¹ y en España MIR PUIG,¹²² FARRÉ TREPAT¹²³ y ALCÁCER GUIRAO.¹²⁴

4. Valoración crítica de la distinción entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos” delitos especiales”

Ya se ha visto que un amplio sector de la doctrina alemana considera adecuado distinguir en el seno de los delitos cuyo círculo de posibles autores se encuentra limitado a los sujetos cualificados por el tipo correspondiente entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales”. No obstante, creo poder afirmar que sobre la distinción entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales” planean, sin embargo, serias dudas.

En mi opinión, la distinción de referencia peca, en primer lugar, de una cierta artificiosidad. Ello es así esencialmente por tres motivos. En primer lugar, resulta muy discutible que la esencia de los delitos especiales

¹¹⁷ Vid. ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, 26ª ed., 2001, cit., §§ 22/76 y 23/16.

¹¹⁸ Vid. TRÖNDLE, StGB, 48ª ed., 1997, pp. 162 ss.

¹¹⁹ Vid. WESSELS, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1972, § 12 III, pp. 100 s.; 22ª ed., 1992, § 14 III 1, pp. 187 s.

¹²⁰ Vid. HAFT, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., pp. 229 s.

¹²¹ Vid. KÜHL, *Strafrecht, AT*, 2ª ed., 1997, p. 514.

¹²² Vid. MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 735; el mismo, MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 6ª ed., cit., 13/81.

¹²³ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., pp. 433 ss.

¹²⁴ Vid. ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 11 ss.

consista, *en todo caso*, en la infracción de un deber específico que recae sobre el sujeto activo. En segundo lugar, no queda claro si los partidarios de la clasificación que ahora se discute incluyen los delitos que tradicionalmente se incluyen en la categoría de los “delitos especiales *impropios*” entre los delitos *especiales* o los delitos *comunes* delimitados subjetivamente. Y tampoco es correcto, en tercer lugar, afirmar que la diferencia entre los “auténticos delitos especiales” y los “delitos comunes delimitados subjetivamente” reside en que los primeros consisten en la *infracción de un deber*, mientras que los segundos se explican como la *lesión de un bien jurídico*. La separación entre infracción de deber y lesión del bien jurídico no puede ser formulada de un modo tan drástico. Porque también la infracción del deber específico que tiene lugar en los delitos especiales representa la *lesión de un bien jurídico*. Y la obligación de proteger el bien jurídico en juego que recae sobre el sujeto activo en los delitos comunes delimitados subjetivamente constituye, al mismo tiempo, un *deber*.

La evolución histórica de la —escasa— jurisprudencia alemana vertida en materia de tentativa de sujeto inidóneo pone de relieve que la distinción entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales” se convirtió, además, en un factor perturbador de la resolución de la problemática de referencia, induciendo a los tribunales alemanes a una perniciosa jurisprudencia de conceptos. Como ya advirtiera BRUNS, hasta la RGSt. 72, 110, el RG alemán había venido distinguiendo entre los supuestos de inidoneidad de objeto y medios, por una parte, y de sujeto activo, por otra, castigando —en ocasiones— los primeros y dejando impunes, en cambio, los segundos. Puesto que el RG consideraba que el supuesto de la mujer no embarazada que sin embargo cree estarlo realiza prácticas abortivas (a), o el del hombre

que mantiene relaciones sexuales con una chica a la que confunde con su hija (b) eran merecedores de pena, el Alto Tribunal alemán estaba obligado a contemplar estos casos como supuestos de inidoneidad en el objeto; ya que según la propia jurisprudencia del RG, los casos de inidoneidad en el sujeto debían quedar sin pena. Frente a la antigua consideración del RG de los casos a) y b) como ejemplos de inidoneidad exclusivamente en el objeto, motivada por cuestiones relativas al merecimiento de pena, la ya citada RGSt. 72, 110 vino a reconocer la punición no solo de los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del objeto y los medios, sino también la punición de los casos de sujeto inidóneo. Con ello desapareció el obstáculo que había impulsado a la jurisprudencia alemana a contemplar los casos a) y b) como supuestos de inidoneidad en el objeto y en los medios, negándoles, de este modo, su auténtica naturaleza como casos de *sujeto* o *sujeto-objeto* inidóneo. El giro jurisprudencial representado por la RGSt. 72, 110 tuvo su continuidad en otras resoluciones del RG (por ejemplo, las RGSt. JW 938, 798 y 1105). Es cierto que la Ciencia penal, con razón, ha reconocido escasa importancia dogmática al cambio jurisprudencial representado en su momento por estas resoluciones. Esta falta de consideración obedece a que las sentencias de referencia fueron dictadas en un contexto —el nacionalsocialista— y en relación con una clase de delitos —los delitos contra la raza aria germánica cometidos por personas de raza judía— propios de un Derecho penal de autor y de la actitud interna ¹²⁵ que nada tienen que ver con nuestro actual Derecho penal

¹²⁵ No en vano, el propio BRUNS defendió la solución de la punición del sujeto inidóneo adoptada por la RGSt. 72, 110, por ser la solución que mejor encajaba con la teoría subjetiva de la tentativa. Y si BRUNS se mostró partidario de la teoría subjetiva de la tentativa era porque esta última teoría era, a su vez, “la única que se correspondía con la idea de Derecho penal de la voluntad”. *Vid.* BRUNS, *Deutsches Strafrecht*, 1938, p. 167. Por este último motivo, BRUNS acogió de buen grado la futura incorporación expresa al derecho positivo de la teoría subjetiva de la tentativa prevista por aquel entonces por el Proyecto de reforma del StGB.

democrático del hecho.¹²⁶ No obstante estas reservas, debe advertirse que una de las tesis contenidas en las citadas resoluciones del RG sería plenamente compartible en relación con los supuestos a) y b) referidos *supra* en caso de que aquellas resoluciones se hubieran dictado en un contexto político-social distinto, y en relación con delitos de distinta naturaleza. Me estoy refiriendo a la idea siguiente: es cierto que la cualidad del sujeto activo del delito se encuentra estrechamente vinculada a las cualidades del objeto material del delito; pero no lo es menos que el tipo también requiere del sujeto activo una determinada idoneidad para la realización de la conducta típica, y que ésta falta cuando también el objeto material es inidóneo. No es correcto, por tanto, afirmar que los casos a) y b) son, exclusivamente, casos de inidoneidad en el objeto, porque tampoco lo son de inidoneidad en el sujeto activo.¹²⁷

Pese a todas estas objeciones, la clasificación bipartita en “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales” también ha sido asumida por una parte de nuestra doctrina. La concepción de SÁINZ de ROBLES es un ejemplo de ello. Esta autora defiende aquella clasificación a partir de cuatro argumentos: a) en Alemania, la separación de delitos especiales y delitos comunes delimitados subjetivamente viene “determinada, en parte, por razones legislativas”. Aunque SÁINZ de ROBLES no lo mencione expresamente, lo que esta autora pretende significar con este argumento es lo siguiente: la clasificación de los delitos especiales y delitos comunes delimitados subjetivamente no es más que una consecuencia derivada de la distinción entre los delitos donde los “elementos personales especiales” fundamentan la pena (§ 28.1 StGB: delitos especiales) y aquéllos donde esta clase de elementos la agrava, atenúa o excluye (§ 28.2 StGB: delitos comunes delimitados subjetivamente); b) los delitos comunes delimitados subjetivamente no son delitos especiales; c) “El «elemento personal especial» no siempre remite a la existencia de un delito especial”; y d) existen dos clases de delitos comunes delimitados subjetivamente: 1) delitos donde la cualidad del sujeto *se deduce del objeto* (por ejemplo, el aborto); y 2) delitos donde el elemento sirve para caracterizar solo una *relación interpersonal* (por ejemplo, el incesto).¹²⁸

¹²⁶ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., pp. 433 s.

¹²⁷ Vid. BRUNS, *Deutsches Strafrecht*, 1938, pp. 166 s.

¹²⁸ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629, nota 35.

Dejando al margen la validez del argumento d) —que, en realidad, también debe ser negada como consecuencia de la negación de los argumentos que le preceden—, debe señalarse que ninguno de los otros tres argumentos defendidos por SÁINZ de ROBLES es, según mi parecer, de recibo.

Por lo que respecta al argumento a) —la distinción entre delitos especiales y delitos comunes delimitados subjetivamente constituye una “distinción legislativamente condicionada en Alemania”— debe decirse lo siguiente: desde la perspectiva aquí adoptada, se considera preferible entender que en los delitos especiales, los elementos (no necesariamente personales) que determinan la restricción del círculo de autores siempre *fundamentan* la pena. En sentido contrario: cuando tales elementos se limiten a *agravar*, *atenuar* o *excluir* la pena, entonces nos encontraremos ante un mero *subtipo* del tipo dependiente del tipo básico. Pero aunque no se aceptase esta doble premisa, y se entendiera, en cambio, que el StGB recoge los llamados delitos especiales impropios en su § 28. 2, considero que podría seguir afirmándose la condición de delito “cualitativamente distinto” de los referidos delitos especiales impropios. En efecto, la referencia del § 28. 2 StGB al delito común paralelo no prejuzga la cuestión de si el delito agravado o atenuado por el elemento personal constituye el mismo delito, o bien, por el contrario, un delito cualitativamente distinto.

Para valorar la corrección o incorrección de la afirmación “los delitos comunes delimitados subjetivamente no son delitos especiales” —que constituye la base del argumento b) de SÁINZ de ROBLES— es necesario conocer el concreto alcance con que el término “delitos comunes delimitados subjetivamente” es empleado por la doctrina alemana y la propia SÁINZ de ROBLES. A este respecto, dos son las posibles alternativas: a) la denominación “delitos comunes delimitados subjetivamente” equivale a la tradicional “*delitos especiales impropios*”; y b) son “delitos comunes delimitados subjetivamente” tanto los “delitos especiales impropios” como los delitos comunes que constituyen subtipos agravados o privilegiados de un tipo básico de referencia.

Pues bien: si el contenido que aquellos autores atribuyen a los “delitos comunes delimitados subjetivamente” se corresponde con el señalado en el apartado a), entonces debe concluirse que la afirmación que aquí se cuestiona (“los delitos comunes delimitados subjetivamente no son delitos especiales”) es *completamente* falsa. En efecto: en tanto que delitos *cualitativamente distintos* respecto de sus delitos comunes de referencia, la pertenencia de los delitos *especiales impropios* a los delitos especiales, pese a su condición de “impropios”, debe seguir siendo mantenida. Si, por el contrario, se entiende que el sector doctrinal que defiende la existencia de “delitos comunes delimitados subjetivamente” considera incluidos en esta categoría tanto los delitos especiales impropios como los subtipos agravados o privilegiados por razón del sujeto activo, entonces la afirmación puesta en tela de juicio debe ser considerada falsa tan solo *en parte*. Es correcto afirmar, en primer lugar, que los subtipos agravados o privilegiados derivados de tipo común básico no constituyen delitos especiales. Aunque es cierto que no está claro cuál debe ser el criterio de acuerdo con el cual dicha distinción debe ser

practicada, lo cierto es, sin embargo, que la distinción entre subtipos cualificados y delitos especiales impropios es una distinción a la que no conviene renunciar.

Tampoco el argumento c) de SÁINZ de ROBLES, por último, merece —en mi opinión— mejor fortuna. En efecto, como posible fundamento de una hipotética distinción entre delitos especiales y delitos comunes delimitados subjetivamente, la afirmación de que “el elemento personal especial no siempre remite a la existencia de un delito especial” deviene tan *correcta* como *inútil*. Que la afirmación que nos ocupa es, en primer lugar, correcta, es algo que no puede ser dudado razonablemente a la luz de los resultados arrojados por la discusión doctrinal suscitada en Alemania por los “elementos personales especiales” (“*besondere persönliche Merkmale*”). La doctrina alemana ha puesto de relieve, en efecto, que dentro de la categoría “elementos personales especiales” no solo se encuentran comprendidos los elementos personales que restringen el círculo de autores de los delitos especiales. Antes al contrario: es pacífica la opinión según la cual dicho concepto incorpora también elementos que nada tienen que ver con los delitos especiales. Tal es el caso, por ejemplo, de algunos elementos subjetivos del injusto, de la actitud interna, o de la culpabilidad. Pero afirmar que la existencia de elementos personales especiales no siempre da lugar a la aparición de delitos especiales no aclara en nada la cuestión de si los delitos especiales impropios merecen ser considerados delitos especiales o bien delitos comunes delimitados subjetivamente. En relación con los elementos personales especiales, lo realmente decisivo en orden a la resolución de la cuestión planteada consiste, precisamente, en saber cuáles son los delitos cualificados por razón del sujeto activo con delito común paralelo en que el elemento personal especial (en su caso) *fundamenta* la pena. Ello, ciertamente, no siempre sucede.¹²⁹

No obstante ello, nótese que si la crítica a la clasificación en auténticos delitos especiales y delitos comunes delimitados subjetivamente consiste en la irrelevancia del fundamento del deber especial que recae sobre el autor en ambas clases de delitos, entonces se trata, en realidad, de una crítica completamente falta de fundamento. Porque, como la propia FARRÉ TREPAT pone de relieve, el sector doctrinal que defendió aquella clasificación no la fundamentó en la existencia de un origen distinto del deber especial en cada clase de delito; sino, precisamente, en que, a diferencia de lo que sucede en los auténticos delitos especiales, en los delitos comunes delimitados subjetivamente “la norma no fundamenta ningún deber especial”.¹³⁰

¹²⁹ También se muestran críticos con la distinción entre “auténticos delitos especiales” y “delitos comunes delimitados subjetivamente”, así como con las consecuencias dogmáticas que en materia de tentativa de sujeto inidóneo resultan de esta clasificación BRUNS, BUSCH, MAURACH, NOWAKOWSKI, OLSHAUSEN / NIETHAMMER y SCHÖNKE / SCHRÖDER. De ello deja constancia FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 436.

¹³⁰ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 435.

5. Recapitulación y conclusiones provisionales

5.1. *Conveniencia de un tratamiento unitario para todos los casos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la idoneidad del sujeto*

El cuestionamiento de la validez de la clasificación que distingue entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos” delitos especiales acabado de formular conduce ya a una primera conclusión provisional: no está justificado tratar de modo diferenciado al sujeto inidóneo dependiendo de si su intervención se produce en el marco de una u otra clase de delitos. En mi opinión, la solución propuesta por la doctrina dominante en España y Alemania para los llamados “delitos comunes delimitados subjetivamente” también debe ser hecha extensiva a los casos de “auténticos” delitos especiales. Esto es: siempre que concurra un delito especial (tanto si es “auténtico” como si no lo es), los casos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del sujeto deben ser tratados de forma unitaria.¹³¹

5.2. *Corrección metodológica de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución*

Sin embargo, la solución de la punición del sujeto inidóneo no ha sido defendida por la doctrina como solución conjunta para *todos* los supuestos en que se plantea esta problemática de forma unánime. Como ya fue puesto de relieve *supra*, un sector de la doctrina alemana considera que un primer argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo viene representado por el concepto mismo de delito especial. De acuerdo con el

¹³¹ De la misma opinión ya BRUNS, *Deutsches Strafrecht*, 1938, p. 167.

razonamiento defendido por estos autores, la punición del sujeto inidóneo conduciría a renunciar por completo al concepto mismo de delito especial entendido como aquel delito del que solo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo.¹³² Igualmente se expresó el rechazo del que el argumento crítico acabado de referir es acreedor desde la presente investigación. La razón de este rechazo reside, recuérdese, en la inexistencia de todo obstáculo metodológico para la construcción de un concepto de delito especial condicionado por la solución del problema relativo al sujeto inidóneo que se considere preferible.¹³³

5.3. El concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución exige el análisis de la punibilidad de la conducta del sujeto inidóneo

Si, como sucede en esta investigación, se considera metodológicamente correcto y conceptualmente preferible partir de una definición de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución, esta definición podrá adoptar al menos dos distintas formas. De acuerdo con un tal concepto, si se considera que los supuestos de inidoneidad por razón del sujeto activo merecen la impunidad, entonces el delito especial podría ser definido de acuerdo con una formulación como la que sigue: “son delitos especiales aquellos delitos de los que, tanto en la forma de delito *consumado* como en la de delito *intentado*, solo pueden ser autores los sujetos que presenten los requisitos exigidos por la ley” (definición A). Si se cree preferible, en cambio, admitir la punición del

¹³² Vid. STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 69; WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., p. 307; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 234.

¹³³ Vid. *supra*.

sujeto inidóneo, entonces no se ve inconveniente en definir los delitos especiales, por ejemplo, como “aquellos delitos que tan solo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación” (definición B). O mejor: como aquéllos “que solo pueden ser cometidos como autor, *en grado de consumación o de tentativa idónea*, por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo” (definición C). Para conocer si el delito especial debe ser concebido de acuerdo con una definición de la clase A, por una parte, o bien de acuerdo con una de la clase B o C, por otra, es necesario saber si la conducta del sujeto inidóneo merece la impunidad o bien debe ser castigada. En el primer caso, se estimará preferible una definición de delito especial de la clase A. En el segundo, una de la clase B o C.

Múltiples y de muy diversa naturaleza son los argumentos que la doctrina ha venido formulando a favor de la impunidad del sujeto inidóneo en el marco de los “auténticos” delitos especiales. Ello ha tenido lugar, sobre todo, a propósito de la discusión relativa al tratamiento que merece el sujeto inidóneo en los llamados delitos de funcionario. El análisis de la cuestión relativa a si los supuestos de creencia errónea de los presupuestos de las cualidades de autoría deben ser castigados con pena o bien son merecedores de la impunidad será abordado desde el presente trabajo a partir de la exposición y valoración crítica de aquellos argumentos. Éstas se encuentran desarrolladas en las páginas que siguen.

CAPÍTULO CUARTO

ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS MAL LLAMADOS “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”. EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA

I. CLASIFICACIÓN DE LOS ARGUMENTOS MÁS IMPORTANTES A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS MAL LLAMADOS “AUTÉNTICOS” DELITOS ESPECIALES

De entre todos los argumentos críticos que se han dirigido contra la punición del sujeto inidóneo, los que tienen mayor importancia son, en mi opinión, los siguientes:

A) Ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales

B) Naturaleza jurídica de la cualidad especial de autor como elemento de deber jurídico especial

C) Incapacidad del “*extraneus*” para realizar el injusto del delito especial

D) Falta de necesidad preventivo-general de pena del sujeto inidóneo

E) Falta de necesidad preventivo-especial de pena del sujeto inidóneo

F) Imposibilidad de formular un juicio de peligro *ex ante* sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y la leyes de la ciencia

G) Punición del sujeto inidóneo como regreso a un “Derecho penal de la actitud interna” (“*Gesinnungstrafrecht*”)

H) Casos de sujeto inidóneo como supuestos de falta de tipo

I) Rechazo de la teoría de la “conclusión inversa” (“*Umkehrschluß*”)

J) Falta de desvalor de acción en la conducta del sujeto inidóneo por ausencia de peligrosidad objetiva para el bien jurídico protegido

K) La impunidad del sujeto inidóneo se desprende de la ley

En mi opinión,¹³⁴ estos argumentos pueden ser clasificados del siguiente modo: argumentos relativos a las teorías de las normas y los deberes especiales (A y B); argumentos relativos a la teoría del injusto especial (C); argumentos relativos a la necesidad de pena (D y E); argumentos relativos al principio de “responsabilidad por el hecho” (G); argumentos relativos a la teoría de la tentativa (H e I); argumentos relativos a la tipicidad (F y J); y argumentos relativos al principio de legalidad (K).

¹³⁴ Otra clasificación se encuentra en ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 18 ss.

II. AVANCE DE LAS CONCLUSIONES DEFINITIVAS: PUNICIÓN DEL SUJETO INIDÓNEO Y CONCEPTO DE DELITO ESPECIAL DEPENDIENTE DE LA TENTATIVA

Como ya se ha señalado *supra*, estos argumentos a favor de la impunidad del comportamiento de quien cree erróneamente ser sujeto idóneo de un delito especial serán objeto de exposición y valoración crítica en lo que sigue. El resultado de esta valoración crítica ya puede ser avanzado: ninguno de los argumentos esgrimidos en contra de la punición del sujeto inidóneo, esto es, a favor de su impunidad, resulta enteramente compartible.

A falta de argumentos decisivos que abonen la solución de la impunidad, resulta aconsejable someter todas las modalidades de tentativa inidónea a un tratamiento unitario. Esto es: castigar al autor de una tentativa de *sujeto* inidóneo del mismo modo que se castiga a quien comete una tentativa de delito sobre un *objeto* o con *medios* inidóneos.

Esta conclusión conducirá a entender preferible definir los delitos especiales como “aquellos delitos que tan solo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación” o como aquéllos “que solo pueden ser cometidos como autor, *en grado de consumación o de tentativa idónea*, por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo”. Comprobemos por qué ello es así.

CAPÍTULO QUINTO

EXPOSICIÓN Y VALORACIÓN CRÍTICA DE LOS ARGUMENTOS A FAVOR DE LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO EN LOS LLAMADOS “«AUTÉNTICOS» DELITOS ESPECIALES”

I. ARGUMENTOS RELATIVOS A LAS TEORÍAS DE LAS NORMAS Y LOS DEBERES ESPECIALES: ÁMBITO DE VALIDEZ PERSONAL LIMITADO DE LAS NORMAS PENALES ESPECIALES Y NATURALEZA JURÍDICA DE LA CUALIDAD ESPECIAL DE AUTOR COMO ELEMENTO DE DEBER JURÍDICO ESPECIAL

1. Argumento relativo al ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales

1.1. Exposición

Como ya fue expuesto *supra*, de acuerdo con una de las ideas invocadas con mayor frecuencia en favor de la impunidad del sujeto inidóneo por parte de la doctrina alemana, lo característico de los delitos especiales reside en los destinatarios de sus normas. Según esta concepción, en los delitos especiales, la norma no se dirige a la colectividad, sino solo a un círculo restringido de destinatarios: el de los sujetos que ostentan objetivamente la calificación exigida por el tipo. En los delitos especiales, el ámbito personal de vigencia de la norma penal se encuentra limitado a los sujetos cualificados por el tipo. Puesto que en los

delitos especiales, el círculo de destinatarios de la norma penal se encontraría —siempre según la concepción que ahora nos ocupa— limitada en los delitos especiales a los sujetos cualificados, solo de éstos podrá decirse, entonces, que tienen capacidad jurídica para infringirla. Así las cosas, puesto que en la clase de delitos que ahora nos ocupa, la norma penal solo tiene como destinatario al “*intraneus*” cualificado, y no, en cambio, al “*extraneus*” no cualificado, la infracción de dicha norma solo se encontrará, en todo caso, al alcance del primero, y nunca, en cambio, del segundo. En los delitos especiales, en suma, la norma penal solo podrá ser infringida por un sujeto *idóneo*; esto es, el “*intraneus*”. Nunca, en cambio, por un sujeto *inidóneo*, es decir, por un “*extraneus*”.

Según la tesis de la norma “especial” en atención a su destinatario, la incapacidad del “*extraneus*” para infringir la norma penal “especial” (esto es, con círculo limitado de destinatarios) tiene, además, carácter *absoluto*.¹³⁵ El sujeto inidóneo *nunca* podrá ser autor del delito especial porque *en ningún caso* podrá infringir la norma “especial”. El “*extraneus*”, así, tampoco podrá infringir la norma penal de un delito especial aunque realice la acción típica de dicho delito incurriendo en un error inverso sobre su condición de sujeto idóneo. Esto es: creyendo erróneamente que se produce la concurrencia en su persona de los presupuestos que, en caso de darse en realidad, lo convertirían en sujeto idóneo. En opinión de la doctrina de la norma penal “especial”, en estos supuestos de creencia errónea sobre los presupuestos objetivos de la cualidad típica de autoría por parte de un sujeto no cualificado, la norma “especial” está, en realidad,

¹³⁵ Vid. SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), p. 58, en relación con los delitos de cohecho y bigamia, así como a todos aquellos delitos que exigen la existencia de una relación de parentesco entre el autor y la víctima (por ejemplo, los antiguos delitos de homicidio de ascendientes o descendientes (antiguo § 215 StGB) y de infanticidio (antiguos §§ 215 y 217 StGB). Vid. SCHOETENSACK, *op.cit.*, p. 59.

ausente. Solo existe en la cabeza del “*extraneus*”. Y no puede castigarse a un sujeto por la infracción de una norma que *en realidad* no existe, aunque el sujeto crea que ello ocurre. En los delitos especiales, la norma “especial” debe concurrir *realmente*, no solo de forma *putativa*. La infracción de la norma especial constituye un elemento esencial, constitutivo, de los delitos especiales.¹³⁶ La existencia *real* de la norma especial no puede ser sustituida por la creencia errónea de que ésta se produce. Si un sujeto no es en realidad destinatario de una norma “especial”, no podrá pasar a serlo por creer erróneamente que aquélla tiene lugar. Así, por ejemplo: en el delito de cohecho, la norma que prohíbe al funcionario pedir o recibir dádivas con el fin de realizar una determinada actividad o prestar un determinado servicio no se dirige contra todo el mundo, sino solo contra el funcionario. En caso de que el sujeto sobornado no sea un funcionario, sino un particular, entonces faltará ya la norma “especial” dirigida contra el funcionario. Aunque el particular realice la conducta típica del delito de cohecho (esto es, pedir o recibir dádivas con el fin de realizar una determinada actividad o prestar un determinado servicio) creyendo erróneamente ser funcionario, este error inverso sería insuficiente para sustituir a la norma “especial”. La norma que prohíbe pedir o recibir dádivas con el fin de realizar una determinada actividad o prestar un determinado servicio solo podría ser infringida, en suma, por aquél a quien incumbe su cumplimiento. Esto es, por el funcionario.¹³⁷

¹³⁶ Vid. Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144.

¹³⁷ De esta opinión, entre otros, SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), pp. 58 s.; Hellmuth MAYER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 144; BAUMANN, NJW 1962, p. 18; y en la doctrina moderna SCHMIDHÄUSER, *Strafrecht, AT*, cit., 15/64; BAUMANN / WEBER, *Strafrecht, AT*, 9ª ed., cit., p. 500; JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., 25/43; OTTO, *Grundkurs Strafrecht, AT*, 6ª ed., 2000, cit., § 18/75; STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/65. Vid. sobre todo lo anterior, con amplias referencias bibliográficas, JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 438; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 35 y 37.

1.2. *Valoración crítica*

En el Capítulo Tercero de la Segunda Parte de la presente investigación se puso en evidencia que la teoría de las normas especiales con un círculo limitado de destinatarios adolecía del defecto de resultar excesivamente formal. Este exceso de formalismo constituye una de las razones que explican que esta teoría tampoco pueda ser aceptada como explicación satisfactoria de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo. Ello se debe, principalmente, a un motivo: las teorías de la norma especial conducen, en la materia que ahora nos ocupa, a una petición de principio.

Con el concepto de delito especial como infracción de una norma especial que solo afecta a un círculo limitado de persona se procede a una definición de delito especial meramente formal que nada dice, en cambio, sobre su contenido material o esencia. Esta circunstancia se pone especialmente de relieve cuando, de la mano de la teoría de referencia, se intenta solucionar el problema del sujeto inidóneo en los delitos especiales. Cuando se argumenta, así, que la conducta del sujeto inidóneo debe quedar impune porque no puede infringir la norma o el deber jurídico especial que está en la base del delito especial alguien —como el “*extraneus*”— que no es su destinatario. Porque de lo que se trata es, precisamente, de saber si también el sujeto inidóneo puede infringir la norma de los delitos especiales. Y resulta obvio que ello nunca podrá conseguirse a partir de una teoría que niega desde el principio esta posibilidad sobre la base de argumentos normológicos meramente formales. Con una tal teoría, la cuestión relativa a si el sujeto inidóneo puede infringir o no la norma especial no queda resuelta, sino solo planteada.¹³⁸

¹³⁸ De la misma opinión LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 57. En un sentido parecido se pronuncia JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 732, para

Particularmente expresiva de lo que aquí se señala es una de las afirmaciones que con mayor frecuencia se repite entre los partidarios de los elementos de deber jurídico especial. La afirmación en cuestión es la siguiente: “la creencia errónea sobre la existencia de un deber no puede reemplazar su existencia real”. Por medio de esta expresión pretende significarse que un deber jurídico especial no puede ser infringido cuando se cree erróneamente que se produce su concurrencia, sino solo cuando ésta se produce efectivamente.¹³⁹ A la vista de la referida afirmación, se diría que los deberes jurídicos especiales constituyen para quienes la formulan auténticas entidades ontológicas existentes o no en la *realidad* fenomenológica. Pero lo cierto es que los deberes no son algo existente “en sí”, perteneciente a la realidad empírica, sino, al contrario, el *resultado*, la síntesis de una valoración normativa. Partir de la existencia o inexistencia “real” de un deber como criterio determinante de la punibilidad o impunidad, respectivamente, conduce, por ello, a una argumentación circular. Porque de lo que se trata en los casos de sujeto inidóneo es, precisamente, de saber si el deber cuya infracción consiste el delito especial también recae o no sobre el “*extraneus*”.

2. Argumento relativo a la naturaleza jurídica de la cualidad especial de autor como elemento de deber jurídico especial

2.1. Exposición

quien la concepción del círculo limitado de destinatarios de la norma representa un regreso a la teoría de la falta de tipo.

¹³⁹ Baste como ejemplo de lo acabado de mencionar las afirmaciones que se encuentran en STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 68; el mismo, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., 2000, § 11/65.

2.1.1. *La tesis de WELZEL*

Como ya ha sido puesto de relieve *supra*, Hans WELZEL aceptó la validez de la distinción entre “delitos comunes delimitados subjetivamente” y “auténticos delitos especiales” a partir de la 6ª edición de su *Das deutsche Strafrecht* (1958). El ejemplo más característico de delito común subjetivamente limitado era para WELZEL el delito de aborto. Los “auténticos delitos especiales” más paradigmáticos eran, por su parte, los delitos de funcionario. La principal diferencia entre una y otra clase de delitos guarda relación, en opinión de WELZEL, con la cuestión relativa al destinatario de la norma. Así, mientras que en los delitos comunes delimitados subjetivamente, la norma se dirige *contra todo el mundo*, prohibiéndole a todo sujeto de derecho la lesión del bien jurídico “vida humana dependiente” —la prohibición de abortar se dirige contra todo el mundo, no solo contra la embarazada—, en los delitos contra la función pública, la norma solo se dirigirá contra aquellos sujetos que ostenten la condición de funcionario.¹⁴⁰

En opinión de WELZEL, la restricción del círculo de destinatarios que la norma penal experimenta en el marco de los “auténticos delitos especiales” se debe a que esta clase de delitos consisten, en realidad, en la infracción de un deber jurídico especial que vincula al autor. Los elementos que en los delitos de referencia aluden al señalado deber jurídico especial reciben en WELZEL el nombre de “elementos de deber jurídico” (“*Rechtspflichtmerkmale*”). El elemento de deber jurídico más característico es el elemento “funcionario” de los delitos propios de funcionario. Los delitos de funcionario no son, a juicio de WELZEL, sin

¹⁴⁰ *Vid.* WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, cit., p. 229).

embargo, los únicos delitos consistentes en la infracción de un deber jurídico especial previstos en el Código penal. Antes al contrario, comparten esta consideración con la referida constelación delictiva, desde la perspectiva de WELZEL, todos aquellos delitos cometidos por personas sobre las que, a través de su trabajo o su posición, recae un deber jurídico especial. Así las cosas, son elementos de deber jurídico, en su opinión, el elemento “soldado” de los delitos militares; el elemento “abogado” de los delitos previstos en los antiguos §§ 300, 352 (gravar con impuestos excesivos) y 356 (traición a las partes en un proceso) StGB; los elementos “notario”, “médico” y “farmacéutico” de los delitos del antiguo § 300 StGB; y los “maestros” y “educadores” de los §§ 174 y 175.2 (delitos contra la libertad sexual) StGB. Y delitos consistentes en la infracción de un deber especial los citados delitos de los que estos elementos forman parte.¹⁴¹

La cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos de deber jurídico especial de los auténticos delitos especiales puede ser considerada uno de los puntos más oscuros de la concepción de WELZEL en materia de delitos especiales. No en vano, como ya ROXIN se encargó de poner de manifiesto, WELZEL cambió de opinión sobre la cuestión acabada de plantear a partir de la 5ª edición de su *Das deutsche Strafrecht*. Es posible afirmar, por tanto, que WELZEL desarrolló su teoría de los deberes jurídicos especiales de la antijuricidad a través de dos formulaciones distintas. De acuerdo con la primera formulación de la referida teoría, defendida por WELZEL, en las cuatro primeras ediciones

¹⁴¹ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, cit., p. 230); el mismo, JZ 1952, cit., p. 208. Vid. sobre todo esto ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 5.

de su Tratado de Derecho penal, así como en su trabajo “Der Irrtum über die Amtspflicht”,¹⁴² los elementos de deber jurídico especial presentes en los delitos especiales no pertenecen a la tipicidad, sino a la antijuricidad. En su segunda formulación de la teoría de los deberes especiales, WELZEL estima preferible considerar que los elementos de deber jurídico especiales forman parte, en cambio, del tipo objetivo del correspondiente delito especial.¹⁴³ No obstante la reformulación sufrida por la tesis de WELZEL, este cambio de opinión no tuvo, sin embargo, ninguna consecuencia práctica. Tanto desde la consideración de los elementos de deber jurídico especial como elementos de la antijuricidad (primera formulación), como desde su entendimiento como elementos del tipo (segunda formulación), la solución que WELZEL dio a los supuestos de sujeto inidóneo fue siempre la misma: la conducta del sujeto inidóneo debe quedar siempre *impune*, por constituir un error inverso de prohibición, a tratar de acuerdo con las reglas del delito putativo.¹⁴⁴

a) *Consecuencias de la primera formulación de la teoría del deber jurídico especial de WELZEL para la tentativa de sujeto inidóneo*

La principal consecuencia que WELZEL desprende de la naturaleza jurídica de los elementos de deber jurídico como elementos de la

¹⁴² Publicado en JZ 1952, pp. 208 s.

¹⁴³ Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 6, nota 31.

¹⁴⁴ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 (4ª ed. castellana, cit., p. 230); el mismo, JZ 1952, cit., p. 209. Se refiere también a la doble formulación de la concepción de WELZEL ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 36, nota 79. Comparten sustancialmente la argumentación general de WELZEL sin detenerse, por tanto, en su concreción en la doble formulación referida en el texto, así como su solución del delito putativo *impune* STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/65; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., p. 351.

antijuricidad, y no de la tipicidad, es la siguiente: el error que recae sobre un tal elemento no debe recibir el tratamiento propio de un *error de tipo*, sino el que corresponde a un *error de prohibición*.¹⁴⁵ Cuando este error consiste en un error inverso —esto es, en la creencia errónea de que se produce la concurrencia del elemento de deber jurídico—, dicho error tampoco consistirá, según WELZEL, en un error de tipo al revés, esto es, a una tentativa inidónea. El error al revés sobre el elemento de deber jurídico también debe ser tratado como un error de prohibición al revés. Se tratará, por tanto, de un delito putativo impune.¹⁴⁶

En opinión de WELZEL, la imputación a un sujeto de la infracción de un deber jurídico especial fundamentador de la antijuricidad requiere dos requisitos: concurrencia *real* de los presupuestos objetivos del deber jurídico especial; y conocimiento de la “posición fundamentadora del deber” (“*pflichtbegründede Lebensverhältnis*”) por parte del sujeto. Así, por ejemplo, para que pueda decirse que un sujeto infringe el deber jurídico

¹⁴⁵ WELZEL defendió por primera vez esta idea en el artículo “Der Irrtum über die Amtspflicht”, ya citado, publicado en la JZ 1958, pp. 208 s. En este trabajo, WELZEL recuerda que la consideración del error sobre la cualidad de funcionario como un supuesto de error de prohibición constituye un paso que todavía no había dado en su *Das deutsche Strafrecht*. El autor explica que esta idea le fue sugerida con posterioridad a la publicación de las primeras ediciones de su Tratado por su discípulo Armin KAUFMANN, que dos años más tarde plasmaría igualmente por escrito esta idea en su conocida obra *Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie*.

¹⁴⁶ WELZEL considera los supuestos de error inverso sobre el elemento de deber jurídico casos especiales de delito putativo. No hay motivo, por ello, para que reciban un tratamiento diferente al que merecen los restantes supuestos de delito putativo (así, por ejemplo, en el de la mujer que cree erróneamente que las relaciones sexuales entre mujeres son antijurídicas: *Vid.* WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 147. *Vid.* sobre todo lo anterior, entre otros, NOWAKOWSKI, Recensión a *Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, 6ª ed., 1958, de Hans WELZEL, en JZ 1958, p. 416; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp.55 s.; BRUNS, GA 1979, p. 170; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español*, PG, 2ª ed., cit., p. 173 y nota 68; 6ª ed., II, *Teoría jurídica del delito*, cit., pp. 95 s., nota 60; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 351.

especial que vincula al funcionario público, no solo se precisa que el sujeto en cuestión *sea* en realidad funcionario, sino, además, que tenga conocimiento de ello.¹⁴⁷

En cuanto al requisito de la concurrencia real de los presupuestos objetivos del deber jurídico especial, WELZEL afirmó que el deber jurídico especial de referencia solo puede ser infringido por aquél a quien le corresponde cumplirlo. Así, por ejemplo, el deber de funcionario solo puede ser infringido por el sujeto obligado por este deber. Esto es, por un funcionario. Solo éste podrá ser autor de un tal delito. No podrá serlo, en cambio, el particular que realiza la conducta típica en la errónea consideración de ser un funcionario. Lo mismo sucede para WELZEL con los restantes delitos con elementos de deber jurídico.¹⁴⁸ Según WELZEL, tanto la conducta del particular que actúa creyendo erróneamente ser funcionario, como la del empleado civil del ejército que se considera erróneamente “soldado”, o la del licenciado en derecho que cree ser “abogado” (antiguos §§ 300, 352 y 356 StGB) o “notario” (antiguo § 300 StGB) sin serlo en realidad, deben quedar impunes. En opinión de WELZEL, es completamente irrelevante si el error al revés sobre el elemento de deber jurídico en que incurre el sujeto se basa en razones fácticas o jurídicas.¹⁴⁹ En suma: la creencia errónea de una posición de deber no puede sustituir el deber objetivamente inexistente.

¹⁴⁷ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed, cit., p. 422. Vid., ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 6, nota 28.

¹⁴⁸ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 147.

¹⁴⁹ Llegaron a la misma conclusión que WELZEL las RGSt. 8, 199 y 29, 420 (Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 [4ª ed. castellana, cit., p. 230]) y 58, 33 (Vid. WELZEL, op. cit., 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 [4ª ed. castellana, cit., p. 230]), así como la BGHSt. 10, 8 (supuesto de falso juramento putativo del inculpado: Vid. WELZEL, op.cit., 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª

Por lo que respecta al segundo requisito, esto es, el conocimiento de la posición fundamentadora del deber jurídico especial por parte del sujeto, WELZEL considera que la concurrencia de los presupuestos objetivos del deber jurídico especial resulta insuficiente para fundamentar la antijuricidad de la conducta típica del correspondiente delito especial. Para que ello suceda es necesario, además, que el sujeto conozca la concurrencia de aquellos presupuestos. No basta, por tanto, con que el sujeto se encuentre objetivamente en la posición social que sirve de base al deber jurídico especial, sino que es necesario, además, que tenga conocimiento de ello. Sin conocimiento de los presupuestos objetivos del deber especial, este último deber no existe en realidad.

No obstante, WELZEL es de la opinión de que los hechos que fundamentan el deber de funcionario no deben ser abarcados por el dolo, entendido como conocimiento actual de las circunstancias objetivas de la acción típica. Todos los elementos cuyo conocimiento actual —simultáneo a la realización de la conducta típica— no es *necesario* —aunque sea *posible*— no integran el objeto del dolo.¹⁵⁰ WELZEL cree que esto es precisamente lo que sucede con los presupuestos objetivos del deber especial de funcionario de los delitos contra la función pública. Según WELZEL, cuando el funcionario realiza la conducta típica del correspondiente delito contra la función pública, probablemente no tiene en mente el acto administrativo por medio del que fue nombrado, o el encargo de la prestación de determinados servicios públicos que recibió: esto es, los

ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 [4ª ed. castellana, cit., p. 230]). En contra se pronunció, en cambio, la RGSt. 74, 109 (*Vid.* WELZEL, *op.cit.*, 4ª ed., 1954, cit., p. 148; 6ª ed., 1958, cit., p. 170; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 195 [4ª ed. castellana, cit., p. 230]).

¹⁵⁰ *Vid.* WELZEL, JZ 1952, p. 208.

presupuestos fácticos del deber especial. Para WELZEL, el conocimiento del acto de nombramiento o del encargo de la prestación de servicios no forman parte del dolo. Lo que sí puede tener presente el funcionario cuando está realizando la conducta típica es, en cambio, la circunstancia de estar infringiendo mediante su acción el deber especial de funcionario.¹⁵¹ El conocimiento que el sujeto debe tener del hecho de encontrarse obligado por un deber especial de funcionario y de la infracción de este deber que su conducta representa no debe consistir —prosigue WELZEL— en un conocimiento actual, sino en un conocimiento *potencial*¹⁵² o *reproducible*.¹⁵³ La no exigencia de un conocimiento actual sobre los elementos de autoría de los delitos especiales defendida por WELZEL se deriva directamente de su tesis de que tales elementos no pertenecen al tipo, sino a la antijuricidad. En efecto, si los elementos de deber jurídico especial no constituyen elementos del tipo objetivo del correspondiente delito especial, carece entonces de sentido —siempre según WELZEL— exigir para su imputación subjetiva al sujeto que éste deba conocerlos actualmente. En suma: si los elementos de deber jurídico forman parte de la antijuricidad, el conocimiento que el sujeto tenga de los mismos no debe cumplir con el requisito de la actualidad que WELZEL exige al dolo típico. Basta con que consista en la clase de conocimiento cuya ausencia da lugar a un error de prohibición. Esto es, en un conocimiento no constitutivo ni de dolo, ni de ningún otro elemento subjetivo del injusto, que consista en un elemento *actualizable*, no actual, de la antijuricidad.¹⁵⁴

¹⁵¹ Vid. WELZEL, JZ 1952, p. 208.

¹⁵² Vid. WELZEL, JZ 1952, p. 208.

¹⁵³ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed, cit., p. 422.

¹⁵⁴ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., p. 4; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 6, nota 30.

La principal consecuencia de la consideración del conocimiento de los presupuestos objetivos del deber especial de funcionario como conocimiento de la antijuricidad propuesta por WELZEL consiste en que su ausencia no excluye el dolo típico, sino la reprochabilidad al sujeto de la conducta típica y antijurídica. Esto es, la culpabilidad. Tanto si el funcionario público tiene conocimiento de su condición de funcionario como si no lo tiene, su conducta es —siempre para WELZEL— una conducta típica. Si no queda comprendida por ninguna causa de justificación, la conducta será también antijurídica. Pero esta conducta típica y antijurídica solo podrá ser reprochada al sujeto como un comportamiento culpable: a) cuando el sujeto conozca los presupuestos objetivos que fundamentan su deber especial de funcionario; y b) en caso de que el sujeto no conozca la concurrencia de aquellos presupuestos, cuando le hubiera sido *exigible* conocerla de un modo tal que hubiera hecho posible su reproducción en cualquier momento (“*jederzeitige Reproduzierbarkeit*”);¹⁵⁵ esto es, cuando se trate de un supuesto de error vencible sobre los presupuestos del deber especial.¹⁵⁶

En conclusión: puesto que los hechos que fundamentan la aparición de un deber especial pertenecen, a juicio de WELZEL, a la antijuricidad, el error que recae sobre ellos debe recibir el tratamiento propio del error de derecho. Esto es, el tratamiento del error de prohibición. Todo error sobre un elemento de deber especial perteneciente a la

¹⁵⁵ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed, p. 422; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 6, nota 29.

¹⁵⁶ WELZEL ilustra su tesis refiriendo a varios supuestos de hecho que la jurisprudencia ha resuelto apostando por la solución propuesta por aquel autor. Uno de ellos es el caso que dio lugar a la RGSt. JW 31, 63. El supuesto de hecho es el siguiente: los cobradores de una empresa pública local que fue reorientada a “empresa mercantil” bajo explicación expresa de que “no pasarían a ser funcionarios” y en la que los acusados creían realizar sólo una actividad subordinada. Vid. WELZEL, JZ 1952, p. 209.

antijuricidad debe ser tratado, en opinión de WELZEL, como un error de prohibición.¹⁵⁷ Cuando no se trata de un error directo sobre un elemento de deber jurídico especial, sino de un error inverso o al revés, esta clase de error merece ser tratado, en todo caso, como un supuesto de error de prohibición al revés impune.¹⁵⁸

b) *Consecuencias de la segunda formulación de la teoría del deber jurídico especial de WELZEL para la tentativa de sujeto inidóneo*

En la reformulación de la teoría de los elementos de deber jurídico de WELZEL que se encuentra en *Das deutsche Strafrecht* a partir de su 5ª edición, ya se mencionó *supra* que el autor que nos ocupa reconoció, finalmente, que los elementos de autoría de los delitos especiales son elementos del tipo objetivo de estos delitos. WELZEL no resuelve los supuestos error inverso sobre el elemento de autoría por parte de un sujeto inidóneo, sin embargo, de acuerdo con la única solución lógicamente posible a la vista del razonamiento seguido por el propio autor en las cuatro primeras ediciones de su Tratado: error de tipo al revés.

¹⁵⁷ *Vid.* WELZEL, JZ 1952, p. 209: “El autor que dolosamente se apropia indebidamente de una cosa que le ha sido confiada en el marco de la prestación de un servicio público (§ 350) o interviene correspondencia (§ 354) o falsifica documentos (§ 348 I), etc., no sólo será castigado por el delito contra la función pública cuando hubiera tenido conocimiento de la naturaleza jurídico pública de su deber de funcionario, sino también cuando hubiera podido conocerla. Si su error sobre el deber de funcionario pudiera ser disculpado bajo circunstancias especiales, entonces queda libre de pena con independencia de si su error se basa en la creencia errónea de relaciones fácticas o bien en conclusiones (jurídicas) equivocadas a partir de hechos”.

¹⁵⁸ *Vid.* WELZEL, JZ 1952, p. 209: “Al revés, la creencia errónea de una posición de funcionario es, con independencia de si se debe a razones fácticas o jurídicas, un error sobre un deber de funcionario que no existe en absoluto y su infracción imaginaria es, por ello, un delito putativo”.

En efecto, pese a este cambio de opinión sobre la naturaleza jurídica de los elementos de la autoría, la segunda formulación de WELZEL mantuvo para los supuestos de sujeto inidóneo la misma solución: error de prohibición al revés, que debe ser tratado como un delito putativo impune. Puede decirse, por tanto, que a partir de la 5ª edición de su Tratado, WELZEL modifica la naturaleza jurídica de los *elementos de autoría*, al dejar de ser elementos de la antijuricidad para convertirse en elementos del tipo. Pero en la reformulación de WELZEL, la naturaleza jurídica y el tratamiento del *error inverso* que recae sobre tales elemento permanecen, en cambio, intactas. WELZEL sigue considerando dicho error un error de prohibición al revés, merecedor de recibir el tratamiento propio de un delito putativo impune.¹⁵⁹

A pesar de no afirmarlo expresamente, el doble razonamiento tácito que parece encontrarse en la base del tratamiento del error inverso sobre el elemento de deber jurídico especial perteneciente al *tipo* como error inverso de *prohibición* (delito putativo impune) propuesto por WELZEL es el siguiente: a) no puede ser considerado error de tipo aquél que no sirve para excluir el dolo; y b) no puede dar lugar a un error de tipo al revés (tentativa inidónea punible) la creencia errónea de que concurre un elemento que, en caso de concurrir, no debería ser abarcado por el dolo. También en su segunda formulación, WELZEL opina que para poder imputar subjetivamente un elemento de autoría es necesario que el sujeto *conozca* el elemento a imputar, así como que no lo es, en cambio, que

¹⁵⁹ También en WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, cit., pp. 67, 169 y 440; 7ª ed., 1960, cit., p. 172; 11ª ed., 1969, cit., p. 194 [4ª ed. castellana, cit., p. 229], se encuentra presente la idea de que los supuestos de sujeto inidóneo constituyen un subcaso de delito putativo impune, equiparable, por ejemplo, al del soldado que no cumple una orden no vinculante en la creencia errónea de que lo es, previsto como delito putativo por el § 22.1.2 de la Ley de defensa de 30 de marzo de 1957.

dicho conocimiento sea actual. Basta con que el sujeto tenga conocimiento del elemento de autoría que sea susceptible de ser reproducido en cualquier momento. Pero puesto que desde la reformulación de su teoría de los elementos de deber, WELZEL los considera auténticos elementos del tipo objetivo, su conocimiento debe formar parte del tipo subjetivo del correspondiente delito especial. Para el segundo WELZEL, el conocimiento de los elementos de autoría no forma parte, sin embargo, del dolo típico. En opinión de WELZEL, el dolo no debe ser entendido como el conocimiento de *todos* los elementos del tipo. Si así fuera, a WELZEL no le quedaría más remedio que afirmar que el conocimiento de los elementos de autoría constituye una parte del dolo típico. WELZEL considera preferible entender, en cambio, que el dolo viene representado exclusivamente por el conocimiento de la realización de las circunstancias del hecho. Así las cosas, si el conocimiento de los elementos de autoría no integra el dolo, pero sí constituye, en cambio, un elemento del tipo subjetivo, WELZEL se ve obligado a reconocer que aquel conocimiento forma parte de un elemento subjetivo del tipo distinto al dolo. De este modo, el tipo subjetivo de los delitos comisivos especiales estará integrado, desde la perspectiva del segundo WELZEL, en conclusión, por dos distintos elementos: “a) dolo relativo a la realización de las circunstancias del hecho; y b) conocimiento de los elementos de autoría”.¹⁶⁰

¹⁶⁰ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., 1958, cit., pp. 67 y 463. Sobre la incidencia de la doble formulación de la teoría del deber jurídico especial welzeliana en relación con la naturaleza jurídica de la posición de garante y los supuestos de sujeto inidóneo que en dicho contexto pueden presentarse, vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 4ª ed., cit., p. 419 (primera formulación: posición de garante como elemento de la antijuricidad) y WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 6ª ed., cit., p. 466 (segunda formulación: posición de garante como elemento del tipo objetivo). Sobre todo lo anterior, vid. ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., pp. 9 s.

2.1.2. *La tesis de Armin KAUFMANN*

a) *Consecuencias de la primera formulación de la tesis de Armin KAUFMANN para la tentativa de sujeto inidóneo*

Desde la primera formulación de su planteamiento, WELZEL exigió el conocimiento del presupuesto fundamentador del deber para la aparición del deber jurídico, o incluso para la realización del tipo subjetivo (segunda formulación). KAUFMANN, en cambio, renunció por completo a todo ello. En opinión de KAUFMANN, los elementos de la autoría no deben ser abarcados por el dolo típico. A su juicio, el dolo se refiere únicamente a la acción típica. En opinión de KAUFMANN, el dolo como voluntad de realización solo puede dirigirse a lo que se realiza o puede realizarse, esto es, a la acción; no, en cambio, al portador mismo de la voluntad de realización, es decir, al autor y sus cualidades. Un dolo consistente en la voluntad de realización de un hecho “como funcionario” o “como abogado” perdería el sentido correspondiente a un dolo *dirigido a algo*. El razonamiento lógico de KAUFMANN es el siguiente: a) el dolo consiste en la “voluntad de realización” (*Verwicklichungswille*) de la acción típica; b) la voluntad de realización solo puede dirigirse hacia lo que debe realizarse; c) los elementos de autor no pueden ser realizados (no puede “querer realizarse”, por ejemplo, el ser funcionario público en el hecho; funcionario se es o no se es); d) desde un punto de vista psicológico es imposible que el dolo abarque los elementos de autor; y e) según esto, los elementos de autoría no pueden pertenecer al tipo, porque pertenece a la esencia de los elementos del tipo que el dolo se deba extender a ellos.¹⁶¹ Ciertamente puede actuarse para KAUFMANN con la conciencia (actual)

¹⁶¹ Así lo explica ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 73.

de ser un funcionario, así como con el conocimiento (actualizable) de serlo. Pero tanto aquélla como éste se limitarían a acompañar al acto. No representarían, por tanto, un componente de la voluntad de realización. La conciencia que el autor tiene de su idoneidad, que consiste para KAUFMANN, en definitiva, en el conocimiento de la violación de un deber que le incumbe, no tiene nada que ver, a su juicio, con la voluntad de realización en que consiste el dolo.¹⁶² El conocimiento de la posición que fundamenta el deber no es relevante para la realización del tipo, sino únicamente para valorar la *reprochabilidad* (*Vorwerfbarkeit*) del autor. El error sobre un elemento de autoría no excluye, según KAUFMANN, el dolo típico y, con ello, la tipicidad subjetiva de la conducta, sino la reprochabilidad del sujeto activo.¹⁶³

De la no necesidad de que el elemento de autoría sea abarcado por el dolo típico del sujeto activo se desprende para KAUFMANN lo siguiente: para que la infracción del deber jurídico especial resultante de aquel elemento realice el tipo del correspondiente delito especial bastará con que el elemento de autoría concorra objetivamente. No es necesario, en cambio, que el sujeto lo conozca. Lo único imprescindible es que se produzca la concurrencia objetiva de los elementos de deber jurídico especial. Si ésta se produce, el sujeto responderá como autor de un delito especial doloso. El desconocimiento de la concurrencia de los presupuestos objetivos de un elemento de autoría de los delitos especiales no da lugar, para KAUFMANN, a un error de tipo que excluya el dolo.

¹⁶² Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 202.

¹⁶³ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 215 ss.; ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 14.

Esta concurrencia debe producirse *realmente*. No basta, por tanto, con la mera creencia errónea por parte del sujeto de que la misma tiene lugar. Así las cosas, los supuestos de error inverso sobre un elemento de deber jurídico especial no constituyen para KAUFMANN, por ello, casos de error inverso de tipo al revés (tentativa punible), sino supuestos de error inverso de prohibición. Esto es, delito putativo impune. Solo los sujetos obligados por el deber jurídico especial en que se concreta la norma especial de los delitos especiales pueden infringirlo. Es decir: solo los sujetos idóneos pueden ser autores de un delito especial. Por este motivo, KAUFMANN es de la opinión de que la conducta del sujeto inidóneo que actúa creyendo estar obligado por un deber especial sin que ello ocurra en realidad debe quedar impune.¹⁶⁴

Ya se ha visto que también KAUFMANN se mantuvo fiel a la concepción de los delitos especiales como infracción de un deber especial defendida por BINDING y WELZEL, entre otros. Concebidos de este modo, no puede extrañar que KAUFMANN viera en los delitos contra la función pública el paradigma de los delitos especiales.¹⁶⁵ También se ha indicado que la naturaleza jurídica de los elementos de autoría como elementos de deber jurídico especial pertenecientes a la antijuricidad determina que el error inverso que recae sobre esta clase de elementos deba ser tratado como un error de prohibición al revés impune. Siguiendo a KOHLRAUSCH-LANGE,¹⁶⁶ KAUFMANN contempló, sin embargo, una

¹⁶⁴ Vid. sobre todo ello ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 36 y 38; ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, p. 235.

¹⁶⁵ El criterio de la infracción de un deber jurídico especial sirvió a KAUFMANN para excluir de la categoría de los delitos especiales, por ejemplo, los delitos previstos en los antiguos §§ 170 a, 170 b, 170 c y 174 StGB. Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 14.

¹⁶⁶ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 183, nota 167.

excepción a este planteamiento. Se trata de aquellos delitos en que no puede decirse que el sujeto inidóneo lo sea “absolutamente”, sino que presentan, antes bien, una situación de “idoneidad *relativa*” del sujeto. Son los “delitos especiales con sujeto relativamente inidóneo”.¹⁶⁷

En esta clase de delitos especiales, la delimitación del círculo de sujetos activos tiene lugar por medio de una cualidad del autor que lo presenta como indisolublemente conectado al *objeto* del hecho en una relación recíproca objetiva.¹⁶⁸ Pertenece a esta clase de delitos el delito de relaciones sexuales entre familiares (§ 173 StGB).¹⁶⁹ En este delito, el elemento que restringe el círculo de posibles autores del delito, la relación de parentesco entre sujeto activo y sujeto pasivo, no describe al autor como un sujeto especialmente obligado. La relación de parentesco participa en el delito de incesto de una doble naturaleza jurídica. En opinión de KAUFMANN, el parentesco entre autor y víctima en el delito del § 173 StGB es, al mismo tiempo, elemento de autoría y elemento de la acción. Como elemento de la autoría, el parentesco pertenece, a juicio de KAUFMANN, a la antijuricidad. En su condición de elemento del tipo, en cambio, forma parte del tipo. KAUFMANN considera que el parentesco solo debe ser abarcado por el dolo en tanto que elemento de la acción, esto

¹⁶⁷ También se refirió a la inidoneidad absoluta del sujeto inidóneo SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), p. 58, aunque en un sentido distinto al KAUFMANN. Mientras que este último autor contrapuso los casos de sujeto absolutamente inidóneo a los casos en que la inidoneidad del sujeto era relativa, SCHOETENSACK, en cambio, consideró que todos los supuestos de sujeto inidóneo a la inidoneidad son casos de inidoneidad absoluta. Esta circunstancia no es sino la consecuencia de la aceptación por parte del autor que ahora nos ocupa de la distinción doctrinal entre tentativa absolutamente inidónea y tentativa relativamente inidónea, así como de la inclusión de todos los casos de sujeto inidóneo en la primera de estas dos categorías.

¹⁶⁸ *Vid.* KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 183 s.

¹⁶⁹ *Vid.* KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 182 ss.

es, como elemento del tipo; pero no, en cambio, como elemento de autoría, es decir, como elemento perteneciente a la antijuricidad. Según el parecer de KAUFMANN, el error sobre el elemento del parentesco solo excluye el dolo cuando consiste en un elemento de la acción. En caso contrario, el error no excluye la tipicidad de la conducta, sino la reprochabilidad de autor.¹⁷⁰ Cuando el error sobre el elemento de referencia consiste en un error inverso, KAUFMANN considera que los únicos supuestos que conducen a castigar por tentativa inidónea son los de error al revés sobre el parentesco como elemento de la acción. Los restantes supuestos de error inverso sobre el parentesco deben ser tratados, en opinión de KAUFMANN, a un error de prohibición al revés impune. Así, por ejemplo, KAUFMANN cree que si A mantiene relaciones sexuales con B confundiéndola con su propia hermana (C) incurre en un error de tipo al revés punible como tentativa inidónea. En cambio, si A mantiene relaciones sexuales con B creyendo erróneamente encontrarse con ella en una de las relaciones de parentesco previstas en el § 173 StGB porque se lo ha dicho una tercera persona, entonces incurre —siempre a juicio de KAUFMANN— en un error de prohibición al revés a tratar como un delito putativo impune.¹⁷¹

b) *Consecuencias de la segunda formulación de la tesis de Armin KAUFMANN para la tentativa de sujeto inidóneo*

La consideración de los elementos de autoría de los delitos especiales como elementos descriptivos de una *relación entre el sujeto y la acción* que se encuentra en la segunda formulación de la concepción de

¹⁷⁰ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 206.

¹⁷¹ Vid. KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., p. 207.

KAUFMANN condiciona de forma directa la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos de la autoría. En opinión del segundo KAUFMANN, es preferible pensar que los elementos que sirven para delimitar el círculo de autores en los delitos especiales no son únicamente elementos de la autoría, sino también elementos de la acción típica. Con esta opinión, KAUFMANN rectifica su tesis de que ciertos elementos restrictivos del círculo de autores de algunos delitos especiales —como, por ejemplo, la cualidad de funcionario público del sujeto— constituyen elementos “puros” de la autoría, defendida sin paliativos en su *Teoría de las normas*.¹⁷²

El cambio de orientación de KAUFMANN en torno a la cuestión relativa a la naturaleza jurídica de los elementos tiene dos consecuencias dogmáticas decisivas: a) KAUFMANN cree ahora que algunos delitos considerados especiales en su teoría de las normas deben ser reconocidos ahora como comunes; y b) el criterio defendido por KAUFMANN en su primera formulación para los llamados “delitos especiales con sujeto relativamente inidóneo” debe ser extendido ahora a todos los delitos especiales. En cuanto a la primera consecuencia (a), debe señalarse que KAUFMANN pasa a considerar comunes aquellos delitos en que la restricción de la esfera de posibles sujetos activos se produce mediante elementos que describen la relación interpersonal existente entre los sujetos que intervienen en un acto. Tal es el caso, por ejemplo, del delito de relaciones sexuales entre *familiares* (§ 173 StGB). En este tipo, la delimitación del círculo de autores depende de la configuración de la

¹⁷² *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 12 s., nota 24.

norma, que depende, a su vez, de la conexión con el bien jurídico que subyace al tipo penal.¹⁷³

Como acaba de apuntarse, la segunda formulación de la teoría de los deberes jurídicos especiales de KAUFMANN trajo como segunda consecuencia la extensión a todos los delitos especiales del criterio defendido por este autor en su primera formulación para los llamados “delitos especiales con sujeto relativamente inidóneo” (b). En su *Teoría de las normas*, KAUFMANN habla de la existencia de ciertos delitos especiales caracterizados por que en ellos, el elemento cualificante del sujeto activo no solo es un elemento de la autoría, sino también de la acción típica. La idoneidad del sujeto activo depende de la idoneidad del objeto material de la acción típica. Se trata de delitos especiales que pueden dar lugar a situaciones de “inidoneidad relativa” objetiva del sujeto activo. En caso de que el sujeto activo sea “relativamente inidóneo” en el sentido objetivo acabado de referir, pero crea erróneamente, en cambio, que es idóneo, entonces será preciso distinguir, en opinión de KAUFMANN, entre dos distintas clases de supuestos: a) casos en el error inverso sobre la idoneidad del sujeto se debe a un error al revés sobre el aspecto del elemento cualificante referido a la *acción*; y b) casos en el error inverso sobre la idoneidad del sujeto se debe a un error al revés sobre el aspecto del elemento cualificante referido a la *autoría*. En el primer caso, nos encontraremos —siempre según KAUFMANN— con un error de tipo al revés, que debe ser tratado como una tentativa inidónea punible. En el segundo, con un error inverso de prohibición, que debe recibir, en cambio, el tratamiento de un delito putativo impune.¹⁷⁴ En 1954, KAUFMANN

¹⁷³ *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 14.

¹⁷⁴ *Vid.* KAUFMANN, *Teoría de las normas*, cit., pp. 182 ss. y 206 s.

aplica este razonamiento solo al delito de relaciones sexuales entre familiares (§ 173 StGB). En el planteamiento seguido por KAUFMANN en su *Teoría de las normas*, esta última clase de delitos constituye, en realidad, una excepción a su propia teoría general de los delitos especiales. En efecto, KAUFMANN parte del doble principio general de que: a) los elementos que delimitan el círculo de autores en los delitos especiales pertenecen a la *autoría*; y b) los elementos de la autoría son elementos de deber jurídico especial pertenecientes a la antijuricidad. A partir de esta doble premisa, KAUFMANN llega a la doble conclusión de que: a) el error sobre el elemento cualificante de los delitos especiales es un error de prohibición; y b) el error inverso sobre un tal elemento constituye un error de prohibición al revés impune (delito putativo). Frente a este planteamiento general, KAUFMANN defiende en 1954 que los supuestos de error que pueden plantearse en el marco de los delitos de relaciones sexuales entre familiares (§ 173 StGB) merecen un tratamiento distinto. Un tratamiento que permita diferenciar los casos de error inverso sobre el aspecto de la idoneidad del sujeto referido a la acción típica de los supuestos en que este error recae sobre el aspecto relativo a la autoría.

En 1983, sin embargo, KAUFMANN convierte la excepción a su teoría general de los deberes jurídicos especiales representada por el delito del § 173 StGB en regla con vigencia general. De acuerdo con el nuevo planteamiento de KAUFMANN, el dolo debe abarcar toda la relación sujeto-objeto implícita en los elementos de todos los delitos especiales.¹⁷⁵ En caso de que objetivamente falte alguno de los elementos de la relación autor-objeto de la acción, pero el sujeto crea erróneamente que se produce la concurrencia de todos ellos, entonces deberá castigarse por tentativa

¹⁷⁵ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 14.

inidónea punible o bien absolverse por delito putativo, según el caso. Si el aspecto relativo a la autoría existe objetivamente, y el sujeto cree erróneamente que concurre el aspecto relativo a la acción (a), entonces deberá castigarse por tentativa inidónea punible; si, en cambio, el sujeto cree erróneamente que concurre el elemento relativo a la autoría (b), entonces nos encontraremos —concluye el segundo KAUFMANN— con un delito putativo impune.

Si del elemento descriptivo de la relación autor-objeto de la acción se da objetivamente el aspecto relativo al autor, pero no el relativo al objeto de la acción (a), en caso de que el sujeto crea erróneamente que se produce la concurrencia de uno y otro, deberá castigarse, en opinión de KAUFMANN, por tentativa. Ejemplo: el sujeto A, que tiene encomendada la protección de B —es garante de B—, cree que éste se está ahogando, y no hace absolutamente nada para salvarlo. Después se comprueba que quien realmente se ha ahogado no era B, sino un tercero (C). En este caso, A debe ser castigado, según KAUFMANN, por tentativa. En efecto, A se encuentra, objetivamente, en posición de garante. Con ello, A es *sujeto de la norma*, ya que concurren *objetivamente* en él todos los elementos que la norma exige para ello. A juicio de KAUFMANN, de esta posición de garante, y de la creencia errónea de que se está ahogando el sujeto que tiene a su cuidado, surge para A un deber de actuar. Aunque finalmente no se produce el resultado, la infracción de este deber de actuar representa un desvalor de acción que debe ser castigado como tentativa inidónea.¹⁷⁶ Una situación análoga se produce en el siguiente supuesto: un juez dicta resolución injusta en relación con un caso para el que no es competente, en

¹⁷⁶ *Vid.* KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 14.

la creencia errónea de que sí lo es. En opinión de KAUFMANN, el juez debe ser castigado por tentativa inidónea de prevaricación judicial.¹⁷⁷

Una segunda modalidad de supuestos es aquella en la que el sujeto actúa u omite actuar en la creencia errónea de que concurre el elemento relativo a la autoría. A juicio de KAUFMANN, ello sucede, por ejemplo, en aquellos casos en que quien omite evitar un resultado es un sujeto que cree encontrarse en posición de garante, cuando ello, sin embargo, no ocurre objetivamente; o cuando alguien dicta una resolución injusta en la errónea convicción de ostentar la condición de juez. En opinión de KAUFMANN, ninguno de estos dos sujetos puede ser considerado sujeto idóneo de las normas especiales de los §§ 13 (comisión por omisión) y 336 (prevaricación judicial) StGB, respectivamente. Es por ello que tampoco infringen los deberes jurídicos de acción que subyacen a dichos párrafos.

En opinión de KAUFMANN, en el caso de los delitos especiales, el deber especial en que se concreta la norma especial no puede nacer si falta la cualidad del sujeto especial de la norma. KAUFMANN considera que la conducta del sujeto inidóneo como “el acto de un hombre al que no alcanza deber jurídico alguno, no lesionando, por tanto, ningún deber jurídico”.¹⁷⁸ Según KAUFMANN, los supuestos de sujeto inidóneo deben ser considerados, por tanto, casos de delito putativo impune.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 14. En un sentido parecido, en la actualidad, ZIELINSKY, *Kommentar zum StGB*, §§ 15, 16/35.

¹⁷⁸ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, p. 15.

¹⁷⁹ Vid. KAUFMANN, ADPCP 1984, pp. 14 s.

2.1.3. La tesis de HARDWIG

En opinión de HARDWIG, el único modo de delimitar correctamente los supuestos de *delito putativo* de los casos de *tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto*, por una parte, y los supuestos de error sobre la *situación fáctica* (*Sachverhaltsirrtum*) de los de error sobre el *deber* (*Pflichtirrtum*) consiste en partir de la distinción entre el error sobre la existencia *abstracta* de un deber y el error sobre su existencia *concreta*. Así, por ejemplo: si un sujeto cree encontrarse en la posición de un funcionario público, y cree cometer, por ello, un delito de apropiación indebida de funcionario público, no incurre en un error sobre la existencia abstracta de un deber, sino que simplemente desconoce la situación concreta. En efecto: el sujeto sabe que existe *en abstracto* un deber especial incrementado que recae sobre el funcionario (no desconoce, por tanto, la existencia del deber en abstracto); pero incurre, sin embargo, en un error sobre la *concreta* situación de deber, considerándose erróneamente un funcionario. El sujeto no incurre, por tanto, en un error sobre un deber, sino en un error sobre el supuesto de hecho.¹⁸⁰

A juicio de HARDWIG, en los delitos especiales el sujeto activo debe encontrarse en una posición de deber especial. Según su parecer, ello es predicable para todos los delitos especiales: tanto para aquéllos en que la posición de deber especial resulta de una cualidad especial del sujeto (así, por ejemplo, los delitos de funcionario), como para aquellos otros en que ello, en cambio, no ocurre (por ejemplo, los delitos de declaración — *Aussagedelikte*—). En estos últimos delitos, cualquiera puede ser sujeto activo. Pero este sujeto activo debe encontrarse en una situación de deber

¹⁸⁰ Vid. HARDWIG, “Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, GA 1957, p. 171.

jurídico especial. Desde el punto de vista de HARDWIG, resulta preferible asentar la discusión sobre los deberes jurídicos especiales de los delitos especiales sobre la base de la distinción entre los conceptos de “deber general” (*allgemeine Pflicht*) y “deber especial aumentado” (*gesteigerte besondere Pflicht*) que apoyarla en la distinción entre “elementos del tipo” y “elementos de la antijuricidad”. Esta última distinción, en efecto, ha sido elaborada por la doctrina a partir de un concepto que HARDWIG considera incorrecto. Se trata del concepto de “elemento de deber jurídico” (“*Rechtspflichtmerkmal*”) de Hans WELZEL y Armin KAUFMANN. HARDWIG conviene con BRUNS que resulta insatisfactorio reconocer solo a ciertos elementos la naturaleza jurídica de elementos de deber jurídico, ya que todo elemento típico participa, en su opinión de esa misma naturaleza jurídica. En efecto, todo elemento describe la situación de deber que sirve de base al tipo en relación con un mandato o una prohibición.¹⁸¹

La distinción entre los conceptos de “deber general” y “deber especial aumentado” también permite explicar mejor, en opinión de HARDWIG, la esencia de los delitos de declaración. Según el autor cuya concepción ahora se expone, existe un deber general de decir la verdad ante las autoridades que recae sobre todos los sujetos de derecho. Este deber general se ve incrementado, sin embargo, cuando la declaración debe ser prestada ante determinadas autoridades. En estos últimos supuestos, la falta de veracidad de la declaración supera los límites de la simple antijuricidad y se convierte en merecedor de pena. Pero quien declara falsamente ante una instancia aparentemente competente, solo incurre en una tentativa inidónea impune. Puesto que en los delitos de declaración, el deber jurídico especial que recae sobre el sujeto activo no resulta de una cualidad personal

¹⁸¹ *Vid.* HARDWIG, GA 1957, p. 176.

que lo caracterice especialmente, HARDWIG considera que el anterior razonamiento sirve para demostrar lo siguiente: la solución correcta del problema del sujeto inidóneo no pasa por centrarse en la cuestión relativa a la idoneidad o inidoneidad del sujeto, sino en si el sujeto se encuentra o no en una posición social de la que se derive un especial deber jurídico aumentado.¹⁸²

2.1.4. *La tesis de STRATENWERTH*

Según STRATENWERTH, el deber jurídico de los delitos especiales debe concurrir *realmente*. Para que ello ocurra, es necesario que concurren los presupuestos fácticos o condiciones de este deber. Así, por ejemplo, no hay deber de permanecer en el lugar del accidente sin accidente. De este modo, el conductor que huye del lugar en la creencia errónea de haber causado un accidente no infringe deber real de permanecer alguno. Este deber real no puede ser sustituido por el error inverso del sujeto sobre la situación típica de la que resultaría este deber e caso de que concurriera realmente. Según STRATENWERTH, no cabe hablar, en suma, de un deber de permanecer en el lugar del accidente “putativo”.¹⁸³

2.1.5. *La tesis de BACIGALUPO ZAPATER*

BACIGALUPO ZAPATER comparte con WELZEL y KAUFMANN la tesis según la cual el deber que incumbe al autor en los delitos especiales no constituye un elemento del tipo del correspondiente

¹⁸² *Vid.* HARDWIG, GA 1957, p. 176.

¹⁸³ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 68.

delito especial, sino un elemento de la antijuricidad. En opinión de BACIGALUPO, no asiste la razón a la doctrina mayoritaria cuando distingue entre error inverso sobre la existencia del deber y error inverso sobre las circunstancias fácticas que lo fundamentan. Desde la perspectiva de este autor, esta solución diferenciadora adolece del defecto de confundir dos planos cualitativamente distintos: el plano *fáctico* (circunstancias de hecho) y el plano *jurídico* (deber jurídico o de acción). El error inverso sobre uno de los elementos fácticos del delito constituye una tentativa inidónea punible. El que recae sobre uno de sus elementos jurídicos, en cambio, un delito putativo impune.¹⁸⁴ Y puesto que la tentativa de sujeto inidóneo representa un error al revés sobre un *elemento de deber jurídico*, solo puede recibir el tratamiento propio de un error de prohibición al revés (delito putativo) impune.¹⁸⁵ Por todo ello estima BACIGALUPO que es preferible entender que el error inverso sobre la idoneidad debe conducir, en ambos casos, a un delito putativo impune.¹⁸⁶

Para BACIGALUPO, éste es también el punto de vista adoptado por punto de vista es adoptado por el § 15.3 ÖStGB. Según este precepto, “la tentativa y la participación en ella no son punibles cuando la consumación del hecho no era posible bajo ninguna circunstancia por la falta de cualidades o relaciones personales que la ley presupone para el que actúa, o atendiendo a la modalidad de la acción o del objeto sobre el que el hecho fue cometido”.

¹⁸⁴ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 105 s. De acuerdo Gladys ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, pp. 233 s.

¹⁸⁵ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 105 s. Sobre la posición de BACIGALUPO, vid. ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, pp. 236 s.

¹⁸⁶ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., p. 351. De acuerdo ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, p. 236.

2.1.6. *La tesis de JAKOBS*

La solución de la impunidad del sujeto inidóneo basada en la tesis del destinatario de la norma tiene actualmente en la teoría de la vigencia de la norma defendida en Alemania por Günter JAKOBS a uno de sus principales bastiones.¹⁸⁷ Para JAKOBS, la creencia errónea de ser autor idóneo de un delito especial da lugar, en todo caso, a un delito putativo. El elemento del tipo que describe al autor delimita el círculo de destinatarios de la norma. Este círculo no puede ser ampliado mediante un error inverso del “*extraneus*” sobre su idoneidad. Así, por ejemplo, el no funcionario no puede perturbar la vigencia de la norma que se dirige contra los funcionarios, del mismo modo que quien no es maestro no puede hacer lo propio con las normas que protegen la libertad sexual de los alumnos. Esto sucede para JAKOBS en los casos en que el sujeto, apreciando correctamente su posición, se clasifica erróneamente bajo la denominación de un autor idóneo. Así, por ejemplo, cuando un empleado civil del ejército cree que también él es un “soldado” y que su huida infringe, por tanto, la prohibición de deserción del § 16 WStG. Pero también en los más discutidos en que el sujeto conoce el auténtico significado de la cualificación del autor.¹⁸⁸

JAKOBS se aproxima a STRATENWERTH¹⁸⁹ cuando asegura que es posible afirmar, en un sentido amplio, que todos los delitos podrían

¹⁸⁷ La concepción de JAKOBS encuentra en su discípulo español SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES a su más fiel seguidores. Confróntese la exposición del planteamiento de JAKOBS con la que se encuentra en SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, *Pflichtdelikt und Beteiligung*, cit., pp. 30 ss. En un sentido parecido ZIELINSKY, *Kommentar zum StGB*, 1990, §§ 15, 16/35.

¹⁸⁸ *Vid.* JAKOBS, *Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., 25/43.

¹⁸⁹ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 68, y *vid. supra*.

ser formulados, en realidad, como delitos especiales aparentes. En este sentido, podría decirse, por ejemplo, que un presupuesto de los delitos contra la propiedad *ajena* consiste precisamente en que el autor del delito no sea el propietario del bien objeto de la sustracción. Según este razonamiento, los delitos contra la propiedad ajena no pueden ser cometidos por cualquiera, sino solo por un sujeto que no sea propietario del bien sustraído. La no disponibilidad sobre el patrimonio del autor de los delitos contra la propiedad constituye un elemento de autoría. Por ello, y también en virtud de la llamada “conclusión inversa” del § 16 StGB, un sector doctrinal defiende que el error inverso sobre los elementos de la autoría deben ser tratados del mismo modo que el que recae sobre el resto de elementos del tipo. Lo que fundamentaría la punibilidad en todos estos casos sería la existencia de desvalor de acción. En opinión de JAKOBS, este último argumento conduce a una petición de principio, porque de lo que se trata es, precisamente, de saber si la acción del sujeto inidóneo es, o no, antijurídica.¹⁹⁰

2.2. *Valoración crítica*

No todos los autores que han defendido la existencia de delitos consistentes en la infracción de un deber han deducido lógicamente de ésta la impunidad del sujeto inidóneo en un tal delito. Tal es el caso, por ejemplo, de Claus ROXIN, cuya concepción de los delitos de infracción de deber jurídico extrapenal fue objeto de exposición y valoración crítica en el Capítulo Tercero de la Segunda Parte de la presente investigación. Según el parecer de ROXIN, que en los delitos de infracción de deber la autoría se fundamente precisamente en la vulneración de este deber no significa que

¹⁹⁰ Vid. JAKOBS, *Derecho penal, PG*, 2ª ed., 1995, 25/44.

la conducta del sujeto inidóneo deba quedar impune en todo caso. ROXIN admite que ésta sería la única solución razonable si se entendiese —como hacen los partidarios de la teoría del deber jurídico especial— que el comportamiento del sujeto inidóneo siempre supone, por definición, la autoatribución del sujeto de un deber que en realidad no recae sobre él. Sin embargo, esto último no ocurre en todos los supuestos, sino solo en los más indiscutidos: los casos de error de subsunción al revés. En efecto, nadie discute seriamente la impunidad del sujeto inidóneo en esta constelación de supuestos. Como apunta ROXIN, en los restantes casos de sujeto inidóneo, la creencia errónea en que incurre el sujeto no tiene por objeto un deber putativo, sino una *situación de hecho* que, en caso de existir realmente, fundamentaría un deber jurídico real. En opinión de este autor, estos últimos casos solo se distinguen de los restantes supuestos de tentativa inidónea en que el error inverso recae sobre un elemento (la idoneidad del sujeto activo) ajeno al curso causal. Pero la distinción acabada de exponer no impone, en opinión de ROXIN, la necesidad de tratar unos y otros supuestos de modo diferenciado. En conclusión: pese a reconocer que se trata de una cuestión no exenta de controversia, ROXIN se muestra partidario de tratar los supuestos de error inverso sobre la situación de hecho cuya concurrencia real determinaría la idoneidad del sujeto activo del mismo modo que los restantes casos de tentativa inidónea punible.¹⁹¹

El escepticismo que la impunidad del sujeto inidóneo como consecuencia de la teoría de los elementos de deber jurídico despierta en un defensor de los *Pflichtdelikte* como ROXIN pone de relieve el carácter altamente discutible de aquella teoría. Como ya se ha apuntado *supra*, las teorías de los deberes jurídicos especiales se instauran en la tradición

¹⁹¹ Vid. ROXIN, *Autoría y dominio del hecho*, cit., p. 492.

lógico-formal de las concepciones del delito como infracción de una norma de BINDING y NAGLER, y constituyen un perfeccionamiento de estas últimas a la vista de sus insuficiencias. Puesto que las teorías del deber especial se apoyan, sobre la base de la teorías de las normas especiales, las críticas más importantes formuladas en el Capítulo Tercero de la Segunda Parte contra éstas pueden ser extendidas también a aquéllas. Además, contra las teorías del deber jurídico especial cabe esgrimir, además, al menos otros dos argumentos críticos más específicos: a) los elementos limitadores de la autoría no son elementos de la “antijuricidad” o de la “autoría” como categorías separadas del tipo, sino que pertenecen a este último; y b) la cualificación del autor en los delitos especiales también deber ser abarcada por el dolo típico. También estos argumentos fueron desarrollados *supra*.

Como ya fue expuesto en su momento, tanto la distinción entre “elementos de la autoría” y “elementos de la acción” (primer KAUFMANN), como la distinción entre “elementos del tipo” y “elementos de deber jurídico pertenecientes a la antijuricidad” (WELZEL, HARDWIG, STRATENWERTH, BACIGALUPO) resultan complementemente artificiosas.¹⁹² A pesar de que entre nosotros incluso se ha creído ver en el Derecho positivo comparado la demostración de la validez de la teoría de los elementos de deber jurídico especial, estimo preferible considerar, en cambio, que ni es posible entender los elementos de la autoría de los delitos especiales sin atender a la acción típica, ni cabe concebir elementos que fundamenten la antijuricidad que no pertenezcan al tipo.

¹⁹² En este sentido MAURACH, NJW 1962, p. 767; ROXIN, *Offene Tatbestände ...*, cit., p. 74; RUDOLPHI, SK, 5ª ed. (abril 2001), § 22/27.

En opinión de BACIGALUPO ZAPATER, el § 15.3 ÖStGB adopta expresamente el punto de vista según el cual el deber que incumbe al autor no es un elemento del tipo, sino de la antijuricidad, no debiendo distinguirse entre el error inverso sobre la existencia del deber y el error sobre las circunstancias fácticas que lo fundamentan, y conduciendo el error inverso, en ambos casos, a un error de prohibición al revés, esto es, a un delito putativo impune.¹⁹³

A mi juicio, que la afirmación de BACIGALUPO sea correcta es altamente dudoso. Según el § 15.3 ÖStGB, “la tentativa y la participación en ella no son punibles cuando la consumación del hecho no era posible bajo ninguna circunstancia por la falta de cualidades o relaciones personales que la ley presupone para el que actúa, o atendiendo a la modalidad de la acción o del objeto sobre el que el hecho fue cometido”. Pues bien: creo que de la letra de este párrafo no se desprende sin más que la afirmación de BACIGALUPO ZAPATER sea correcta. No puede negarse, ciertamente, que el ÖStGB ha mediado en la discusión que nos ocupa en favor de la impunidad del sujeto inidóneo. Pero no es menos cierto, sin embargo, que el legislador penal austríaco no se ha pronunciado “expresamente” sobre el fundamento de esta impunidad. En efecto, el § 15.3 ÖStGB dispone que “la tentativa y la participación en ella no son punibles cuando la consumación del hecho no era posible bajo ninguna circunstancia por la falta de cualidades o relaciones personales que la ley presupone para el que actúa (...)”; pero nada dice sobre por qué ello es así. Es más: si del tenor literal del precepto que ahora nos ocupa cabe deducir (tácitamente) algún fundamento legal a la impunidad del sujeto inidóneo, ésta sería la siguiente: en los delitos donde la autoría está limitada por la exigencia de la concurrencia de determinadas “cualidades o relaciones personales”, ésta debe producirse *en la realidad*, no bastando con que se dé en la mente del autor. En contra de lo que insinúa BACIGALUPO, el fundamento (tácito) del § 15.3 ÖStGB no tendría naturaleza *subjetiva*, sino naturaleza *objetiva*. No se trataría de un fundamento vinculado a la *teoría del error*, sino a la *teoría del injusto objetivo*.

Según mi parecer, la conclusión a que llega la teoría de los elementos de deber jurídico especial —los supuestos de error sobre el elemento que limita la autoría en los delitos especiales deben recibir el tratamiento de un error de prohibición— es incorrecta porque también lo es la premisa de la que parte: los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales no pertenecen al tipo, sino a la antijuricidad. En mi opinión, los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales son

¹⁹³ Vid. BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 351.

auténticos elementos del tipo. Es cierto que en la mayor parte de los casos, los elementos que restringen el círculo de autores consiste en elementos normativos.¹⁹⁴ Pero, en contra de lo que insinúa la teoría de los tipos “abiertos” de WELZEL, ello no significa, sin embargo que dichos elementos pertenezcan al tipo, sino a la antijuricidad,¹⁹⁵ ni tampoco que los elementos en cuestión deban ser tratados de modo distinto a los restantes elementos normativos.¹⁹⁶

A mi juicio, contra la teoría de los elementos de deber jurídico especial de los tipos “abiertos” defendida por WELZEL, participa del defecto común del que adolecen las teorías “normológicas” del delito: es incapaz de aportar un criterio válido que permita discernir las diferencias *valorativas* existentes entre la *tipicidad* y la *antijuricidad*. Como ya se ha apuntado más arriba, es preferible entender —en contra del finalismo ortodoxo— que todos los elementos *fundamentadores* de la antijuricidad se

¹⁹⁴ Vid. MAURACH, “Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens”, NJW 1962, p. 767.

¹⁹⁵ Vid. MAURACH, NJW 1962, p. 768: el mismo, *Tratado de Derecho penal*, II, cit., p. 197; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., cit., § 40/173. En opinión de ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p.188, la doctrina finalista tuvo la virtud de advertir la “especialidad” de ciertos elementos del tipo. Pero no acertó al considerarlos elementos exclusivamente pertenecientes a la antijuricidad, en lugar de concebirllos como integrados por un substrato fáctico (elemento del tipo) y una consecuencia de derecho (elemento de la antijuricidad). Por esta razón considera preferible ROXIN entender que elementos tales como “funcionario” o “cónyuge” constituyen “conceptos normativos de carácter específicamente jurídico” (GRÜNHUT), y que los delitos de los que forman parte deben ser contemplados como “delitos de valoración jurídica” (MEZGER). Vid. ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 76.

¹⁹⁶ Así MEZGER, *LK*, 7ª ed., 1954, § 59, p. 435, criticando el concepto de “elemento de deber jurídico especial” de WELZEL, así como su tratamiento diferenciado de los restantes elementos normativos del tipo. En idéntico sentido von WEBER, “Negative Tatbestandsmerkmale”, en *FS-Mezger*, 1954, p. 189. Sobre ello BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 102 y 105.

encuentran recogidos en el tipo, y que éste constituye, por tanto, *ratio essendi* del juicio de antijuricidad penal.¹⁹⁷

En la *tipicidad* se trata de imputar objetiva y subjetivamente a un sujeto una conducta o resultado como *dañosa*, por consistir en la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, así como emitir sobre ellas un juicio de desvalor por su *dañosidad*. En esta categoría, de lo que se trata es, por tanto, de *imputar* y *desvalorar* la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Para ello también es necesario: a) *imputar* al sujeto las condiciones que permiten conectar con éste el objeto de imputación (lesión o puesta en peligro de un bien jurídico);¹⁹⁸ y b) *desvalorar* estas condiciones.¹⁹⁹ Esta doble exigencia se debe a lo siguiente: para poder *imputar* a un sujeto una conducta *desvalorada* como la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, es necesario imputarle todas aquellas condiciones, elementos o características del autor que influyen en el ataque al bien jurídico. Tal es el caso de las cualidades requeridas por el autor en los delitos especiales.²⁰⁰

La antijuricidad consiste, en cambio, en la imputación objetiva y subjetiva a un sujeto de la lesión o puesta en peligro típicas de un bien jurídico no necesaria para la salvaguarda de intereses jurídicos prevalentes en el caso, así como en la formulación de un juicio de desvalor sobre

¹⁹⁷ En este sentido MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 6/30; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, pp. 14 s. *Vid.* también von WEBER, *FS-Mezger*, 1954, p. 189.

¹⁹⁸ *Vid.* MIR PUIG, *Modernas tendencias ...*, cit., p. 402.

¹⁹⁹ *Vid.* MIR PUIG, *Modernas tendencias ...*, cit., p. 402; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, p. 22.

²⁰⁰ *Vid.* MIR PUIG, *Modernas tendencias ...*, cit., p. 402; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, p. 22.

aquella por este último motivo. Se trata, en suma, de ponderar los intereses en juego y decidir si la conducta merece o no una valoración negativa.²⁰¹

Pues bien: salta a la vista que la cuestión relativa a si se produce o no la concurrencia de los presupuestos objetivos de la cualidad del autor de un delito especial nada tiene que ver con esta ponderación de intereses. Los intereses en juego en el caso concreto podrán ser unos u otros con completa independencia de si se da o no aquella cualidad. Ignorarlo significaría equiparar como supuestos análogos casos que nada tienen que ver entre sí. Desde una tal concepción, por ejemplo, las conductas consistentes tanto en revelar un secreto profesional en una situación de estado de necesidad como en hacerlo sin ser el profesional requerido por el tipo serían merecedoras de la misma calificación jurídica —conducta típica, pero no antijurídica— pese a su evidente disparidad.

Para evitar esta insatisfactoria consecuencia estimo preferible entender que los elementos de autoría de los delitos especiales configuran el objeto del juicio de imputación y de la valoración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tiene lugar en la *tipicidad*; y constituyen, a la vez, *presupuestos* de la antijuricidad de la conducta, en tanto que la conducta objetiva y subjetivamente *imputables* y *desvalorados* como lesión o puesta en peligro representa el objeto del juicio de imputación y la valoración de este juicio que tiene lugar en la *antijuricidad*. Los elementos de autoría de los delitos especiales no son, por tanto, *elementos* de la antijuricidad, sino solo *presupuestos* de la misma.

²⁰¹ Vid. MIR PUIG, *Modernas tendencias ...*, cit., p. 402; el mismo, *LH-Cerezo Mir*, p. 15.

Interesa añadir ahora un segundo argumento en contra de la solución de la impunidad propuesta por la teoría de la norma especial para los casos de sujeto inidóneo. E interesa hacerlo ahora porque el argumento en cuestión se refiere específicamente a la teoría de los elementos de deber jurídico especial. El argumento es el siguiente: la teoría de los elementos de deber jurídico especial no distingue entre los presupuestos objetivos de un deber jurídico especial y este último deber. Confunde, por tanto, el plano fáctico correspondiente a la situación o posición social de la que se deriva un deber jurídico especial y el plano jurídico en el que se enmarca este segundo.

Al tratar los supuestos de error (directo o inverso) sobre la situación que da lugar a un deber jurídico especial como casos de error de prohibición, y no de acuerdo con las reglas correspondientes al error de tipo, los defensores de la teoría de los elementos de deber jurídico especial operan del mismo modo que sucede con los partidarios de la teoría estricta de la culpabilidad en relación con el error sobre los presupuestos de una causa de justificación. En efecto, entre la cuestión relativa a si debe distinguirse en los casos de error inverso sobre el deber del sujeto activo determinante de su cualidad especial de autoría entre el error que recae sobre el deber y el que lo hace sobre sus presupuestos fácticos (a) y la problemática que plantean los supuestos de error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación (b) existe, en mi opinión, una evidente conexión. Es posible afirmar que tanto en aquellos como en estos casos, el sujeto realiza una acción objetivamente *permitida* por el derecho convencido, sin embargo, de su *antijuricidad*. En la primera constelación de casos (a), el sujeto realiza una conducta *no prohibida* creyendo que sí lo está. En el segundo grupo de casos (b), en cambio, el sujeto cree que su conducta está prohibida cuando, en realidad, el derecho la *permite*.

Por todo ello, no debe sorprender que las soluciones propuestas por la doctrina para unos y otros supuestos hayan guardado también una evidente conexión. No es fruto de la casualidad, por ello, que aquellos autores que se pronuncian a favor de tratar el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación del mismo modo que el error sobre la existencia misma de la causa de justificación (b), también suelen declararse contrarios a la idea de distinguir entre estas dos clases de error en los casos de error inverso sobre los presupuestos fácticos del deber determinante de la cualidad del autoría y sobre la existencia misma del deber (a). Tal es el caso de los representantes del finalismo ortodoxo. Estos autores se pronuncian a favor de la típicamente finalista teoría *estricta* de la culpabilidad —según la cual, tanto el error sobre los presupuestos objetivos de una causa de justificación, como el que tiene por objeto la existencia misma de la permisión, constituyen errores de prohibición que excluyen la culpabilidad— para resolver la segunda problemática planteada (b)²⁰² y del tratamiento *unitario* del error inverso sobre los presupuestos objetivo del deber de autoría y el que recae sobre su existencia misma.²⁰³

En mi opinión, tanto en unos (a) como otros (b) supuestos, es preferible distinguir entre aquellos errores que recaen sobre los *hechos* que forman parte del supuestos de hecho y aquéllos que tienen por objeto, en cambio, el *carácter no prohibido* del supuesto de hecho, esto es, el *derecho*

²⁰² Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., cit., pp. 168 ss.; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 312. Sobre la teoría estricta de la culpabilidad, vid. FELIP Y SABORIT, *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art.14 del Código penal*, p. 43, nota 62.

²⁰³ Vid. WELZEL, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed., cit., p. 167; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 351.

mismo.²⁰⁴ A mi juicio, aunque pueda decirse que sobre el sujeto cualificado de un delito especial recae un deber jurídico especial o superior, no es menos cierto que el elemento típico que caracteriza a dicho sujeto no *es*, en sí mismo, un “deber”; sino que describe una determinada posición social de la que *se deriva* un deber especial que recae sobre quien la ocupa.²⁰⁵ Así, por ejemplo, aunque es innegable que en los delitos de funcionario la “autoridad o funcionario público” se encuentra sujeto a un deber jurídico incrementado, no es menos cierto que el elemento típico “autoridad o funcionario público” de tales delitos no *es* en sí mismo un “deber jurídico especial”; sino que es un elemento normativo del tipo que se limita a expresar una determinada posición social vinculada a la protección del bien jurídico. Una cosa es la concurrencia en un sujeto de los presupuestos fácticos que le permiten ser funcionario público (a) y otra distinta la de los deberes jurídicos dimanantes de dicha condición (b).

En suma: dejando al margen que no en todos los delitos especiales obedece la limitación de la autoría a la existencia de un deber especial, la teoría de los elementos de deber jurídico especial tampoco distingue satisfactoriamente allí donde los elementos de autoría sí son elementos de deber jurídico. Porque el finalismo ortodoxo parece ignorar que estos elementos de deber constituyen, en realidad, entidades complejas en cuyo seno es posible distinguir, a su vez, entre dos aspectos de naturaleza radicalmente distinta: a) un aspecto *fáctico*, consistente en los presupuestos

²⁰⁴ En idéntico sentido que en el texto, *vid.* MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 10/107, 16/22 y 21/10 ss.

²⁰⁵ La idea de que el deber jurídico especial que recae sobre el funcionario público, el médico o el abogado no es un elemento del tipo, sino un fenómeno derivado (*Derivaterscheinung*), una consecuencia resultante de un elemento del tipo ya la puso de relieve MAURACH, *Tratado de Derecho penal*, PG, II, cit., p. 197; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht*, AT, II, 7ª ed., cit., § 40/173.

de hecho de los que resulta el deber jurídico; y b) un aspecto *jurídico*, que consiste precisamente en el deber jurídico mismo.²⁰⁶

Otro de los argumentos esgrimidos por Armin KAUFMANN a favor de la no pertenencia de los elementos de autoría de los delitos especiales al tipo consistió en que, de acuerdo con la esencia del dolo, los elementos que nos ocupan no pueden ser abarcados por éste. Entendido como voluntad de realización (*Verwicklichungswille*), el dolo solo puede tener por objeto aquello que puede realizarse. Esto es, la acción típica. Los elementos de autor, en cambio, no pueden ser realizados. Por este motivo, estos elementos no pueden ser —concluye KAUFMANN— abarcados por el dolo. Según KAUFMANN, que el dolo abarque los elementos de autor es, por consiguiente, una exigencia psicológicamente imposible. Y si un elemento no puede ser abarcado por el dolo, ello significa que tampoco pertenece al tipo, porque —siempre según KAUFMANN— el dolo debe abarcar todos los elementos del tipo. Así, por ejemplo, el elemento “funcionario” de los delitos de funcionario no puede ser abarcado por el dolo. No es posible “querer realizar” este elemento. O se es funcionario, o no se es. El elemento “funcionario” de los delitos contra la Función pública no puede ser, por ello, un elemento del tipo.²⁰⁷

²⁰⁶ Una aparente excepción a este olvido lo representó la posición defendida por BACIGALUPO ZAPATER en su *Delitos impropios de omisión*. En esta monografía, BACIGALUPO señala que “sin embargo, ahora pueden distinguirse con seguridad los planos del deber de acción y de las circunstancias de hecho (...)”: *vid.* BACIGALUPO ZAPATER, *Delitos impropios de omisión*, cit., pp. 105 s. Pero esta posición diferenciadora sólo lo es formalmente o en apariencia. Porque desde un punto de vista material, BACIGALUPO calificaba ya en 1970 a los elementos de la autoría de “elementos de deber jurídico”, sometiéndolos al tratamiento del error de prohibición. Afirmaba ya entonces este autor, en efecto: “(...) la suposición errónea de uno y otro dará lugar a un delito putativo [imaginario] y, por lo tanto, impune”: *Vid.* BACIGALUPO ZAPATER, *op.cit.*, *loc.cit.*

²⁰⁷ *Vid.* ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 73.

Desde mi punto de vista, el razonamiento de KAUFMANN es discutible por dos razones. La primera consiste en que no creo que sea correcto afirmar que el dolo (típico) deba ser entendido como “voluntad de realización”. La segunda, en que no es cierto que todos los elementos del tipo deban ser abarcados por el dolo.

No es correcto afirmar, en primer lugar, que el dolo solo puede comprender los elementos susceptibles de ser “realizados”. En efecto, existen muchas circunstancias del hecho que no pueden ser realizadas por el autor y que sin duda deben ser abarcadas por el dolo. Tal es el caso, por ejemplo, de la “ajenidad” de la cosa en los delitos contra el patrimonio individual de apropiación. Es evidente que para poder ser castigado por un delito doloso consumado o al menos por una tentativa, el autor debe conocer el dato de la ajenidad de la cosa objeto de la sustracción. Pero no lo es menos que, pese a conocerla, el ladrón o el hurtador no “quiere realizar” la ajenidad. La cosa es ajena o no con independencia de la voluntad del sujeto activo. Del mismo modo, para que un sujeto sea castigado por un delito consumado o intentado de abusos sexuales sobre menor de trece años del art. 180. 1. 3º CP, es indiscutible que el autor debe conocer la condición de menor de trece años del sujeto pasivo. Pese a ello, carece de sentido exigirle que “quiera realizar” la edad del sujeto pasivo.

La voluntad de realización de elementos como los acabados de mencionar resulta impracticable porque se trata de elementos que no se encuentran en una relación de causalidad con la realización de la voluntad.²⁰⁸ Todas estas circunstancias ajenas al curso causal de la acción,

²⁰⁸ La expresión fue empleada por ROXIN en su monografía *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, p. 73. En un reciente trabajo, ya citado, ALCÁCER GUIRAO se refiere a los elementos que nos ocupan como “elementos típicos no vinculados al curso causal”. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 11-48.

conocidas bajo la denominación de circunstancias situacionales o “concomitantes” a la acción,²⁰⁹ también deben ser abarcadas por el dolo. Pero no deben ser “queridas”, sino solo “conocidas”. Como señala ROXIN, las cosas son de tal modo que, en realidad, todas las circunstancias del hecho a excepción de la acción e incluyendo el resultado perseguido no pueden ser objeto de realización en el sentido referido por KAUFMANN. Matar, lesionar, abusar sexualmente, sustraer o apropiarse son procesos cuya realización puede hacerse depender de la voluntad. Las circunstancias restantes no pueden ser dispuestas, en cambio, por la voluntad del sujeto, sino por la propia situación. No constituyen algo que pueda realizarse, sino, al contrario, algo preexistente en lo que se realiza la voluntad del sujeto activo.

Si los elementos de la autoría no son elementos del tipo porque no puede “quererse su realización”, entonces tampoco podrán ser reconocidos como elementos típicos ninguna de las circunstancias del hecho distintas a la acción.²¹⁰ Sin embargo, esta conclusión no puede ser admitida. No es conveniente entender el dolo como “voluntad de realización”. Es preferible concebirlo como “voluntad consciente”.²¹¹ Según esta segunda concepción del dolo, el dolo se compone de dos elementos: un elemento volitivo y un elemento cognitivo. El elemento volitivo tiene por objeto la acción. El cognitivo, en cambio, tanto la acción como los elementos “concomitantes” o “situacionales” independientes de la voluntad del autor. Según esto, el sujeto cometerá un delito doloso cuando quiera realizar la acción típica

²⁰⁹ El término es de ROXIN: *vid.* ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 73.

²¹⁰ *Vid.* ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 73.

²¹¹ Así lo hace, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 10/72; 6ª ed., cit., 10/73.

conociendo la concurrencia de todos los elementos típicos de la situación ajenos al curso causal de la acción.²¹²

La tesis según la cual los elementos de autoría de los delitos especiales no son elementos típicos porque integran el contenido del dolo defendida por KAUFMANN no puede ser aceptada por un segundo motivo. La tesis de KAUFMANN parte del presupuesto de que todos los elementos del tipo deben ser abarcados por el dolo. Este presupuesto no es, sin embargo, de recibo. Es cierto que el dolo debe referirse a la acción y sus circunstancias situacionales. Pero no lo es menos que es preferible una concepción del tipo penal en cuya virtud pueda afirmarse que el tipo objetivo no solo comprende la descripción de la acción prohibible, sino también la de otros elementos que condicionan la relevancia social del hecho. Tal es el caso del resultado o las condiciones objetivas de punibilidad. Puesto que el dolo solo debe abarcar la acción y sus circunstancias situacionales, para la imputación del resultado y de las condiciones objetivas de punibilidad al sujeto basta, en cambio, con la concurrencia objetiva de estos elementos.²¹³

En mi opinión, la idea de que todos los elementos del tipo deben ser abarcados por el dolo también ejerce una influencia negativa en la concepción de otros autores, hasta convertirlas en total o parcialmente incorrectas. Tal es el caso de MITSCH. Afirma este autor que los elementos de la autoría son elementos del tipo porque en caso contrario deberían ser reconocidos como condiciones objetivas de punibilidad. Y esto último seguro que es incorrecto, porque los elementos de autoría deben ser abarcados por el dolo, y las condiciones objetivas de punibilidad se caracterizan precisamente por no serlo.²¹⁴ Desde mi punto de vista, la conclusión de MITSCH —los elementos

²¹² En este sentido ROXIN, *Offene Tatbestände...*, cit., p. 74.

²¹³ *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 10/70; 6ª ed., cit., 10/71.

²¹⁴ *Vid.* MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/31.

de autoría son elementos del tipo— es correcta. Pero no lo es, en cambio, una parte de su razonamiento. MITSCH parece partir del presupuesto de que todos los elementos *fundamentales* de la antijuricidad penal se encuentran contenidos en el tipo objetivo del delito. Como ya se ha indicado *supra*, este último presupuesto es correcto.²¹⁵ Según esto, no es posible afirmar —como hacen, en cambio, WELZEL o Armin KAUFMANN— la existencia de elementos fundamentales de la antijuricidad no pertenecientes al tipo. Porque todos los elementos que fundamentan el injusto ya se encuentran presentes en el tipo. Pero tampoco es correcto —y esta es la parte del razonamiento de MITSCH que no comparto— defender que las condiciones objetivas de punibilidad no forman parte del tipo. Que el tipo incluya todos los elementos fundamentales del injusto no significa que su contenido quede agotado por éstos. Al contrario, en el tipo se dan cita también los elementos que condicionan su punibilidad.²¹⁶ Y entre ellos se encuentran, sin duda, las condiciones objetivas de punibilidad.

Merece ser puesto de relieve, por lo demás, que MITSCH acaba concluyendo para los delitos de funcionario que en ellos “la tentativa inidónea no es posible” pese a partir de la consideración del elemento “funcionario” como elemento perteneciente al tipo. Y merece la pena porque no se entiende cómo es posible afirmar que el elemento “funcionario” es un elemento del *tipo*, y estimar seguidamente que la creencia errónea de que se dan sus presupuestos objetivos constituye, en cambio, un error de *prohibición* al revés impune.²¹⁷

La conclusión de MITSCH sorprende por su carácter *unitario*. MITSCH comienza reconociendo que el error inverso del sujeto sobre su idoneidad puede dar lugar a dos distintas clases de supuesto: a) aquél que se corresponde con la realización del tipo subjetivo del delito especial (ejemplo del nombramiento ilegal); y b) aquél que no basta para ello (ejemplo del examen de grado suspendido). Parece que lo lógico sería que MITSCH infiriese de esta distinción entre dos clases de supuestos una solución también diferenciada: castigar los primeros (tipo subjetivo de un delito especial sin su tipo objetivo) por tentativa inidónea, y dejar sin castigo, en cambio, los segundos (ausencia de tipo objetivo y tipo subjetivo del delito especial). Pero MITSCH no lo hace. Antes al contrario, después de distinguir los supuestos de referencia no solo en un sentido fenomenológico, sino también normativo-penal (MITSCH llega a decir expresamente que en casos como el del nombramiento ilegal, la creencia errónea es adecuada para “realizar el tipo

²¹⁵ En este sentido, vid., por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 6/30; y recientemente el mismo, *LH-Cerezo Mir*, pp. 14 s.

²¹⁶ Vid., por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 6/30.

²¹⁷ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht*, AT, 10ª ed., cit., § 26/31.

subjetivo de un delito especial intentado),²¹⁸ MITSCH considera, sin embargo, que las diferencias no solo descriptivas, sino también valorativas, existentes entre ellos no deben tener consecuencia alguna en orden a la determinación de su tratamiento.

II. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TEORÍA DEL INJUSTO ESPECIAL (INCAPACIDAD DEL “*EXTRANEUS*” PARA REALIZAR EL INJUSTO DEL DELITO ESPECIAL)

1. Exposición

En opinión de LANGER, también la conducta del sujeto inidóneo que cree erróneamente ser idóneo puede ser considerada —al menos en algunos supuestos— un ataque al bien jurídico. Distinta es, sin embargo, la cuestión de si dicha conducta debe recibir el mismo tratamiento que la cometida por el “*intraneus*”. A juicio de LANGER, ello no es así. Mientras que la conducta del sujeto realmente cualificado es merecedora de pena, la del “*extraneus*”, en cambio, no lo es.²¹⁹ Según este autor, la comparación del contenido de injusto de la conducta del “*intraneus*” con el que corresponde a la conducta del “*extraneus*” pone de manifiesto, en efecto, que el segundo es inferior al primero.²²⁰ Concebido el injusto de los delitos especiales como un compuesto de dos factores, la lesión del bien jurídico y la infracción de un deber específico, el “*extraneus*” que se cree erróneamente “*intraneus*” puede lesionar el bien jurídico, pero no puede infringir —según LANGER— el deber específico. Así, por ejemplo, en el

²¹⁸ Vid. MITSCH, en BAUMANN / WEBER / MITSCH, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., § 26/30.

²¹⁹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 228 s.

²²⁰ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 229.

ya referido delito especial de deslealtad mediante apropiación indebida, si un sujeto se apropia de una cosa ajena en realidad olvidada por su propietario creyendo erróneamente que le ha sido confiada como depositario, su conducta de apropiación lesiona el patrimonio individual ajeno, pero no fundamenta, en cambio, vulneración alguna del deber de fidelidad.²²¹ Si los delitos especiales se caracterizan, según LANGER, por “reclamar atención al bien jurídico de un modo más urgente” solo de determinados sujetos, entonces solo estos sujetos pueden satisfacer o defraudar dicha “reclamación”. No podrá hacerlo, en cambio, el sujeto inidóneo, aunque crea por error encontrarse entre los destinatarios de la “reclamación más urgente” Por ello su castigo por tentativa del tipo del delito especial no solo no resulta indicado, sino que es incluso incompatible con el mandato constitucional “*Nulla poena sine lege*” (art.103.2 GG).²²²

2. Valoración crítica

Las teorías del injusto especial defendida por LANGER tampoco consiguen explicar satisfactoriamente la impunidad del sujeto inidóneo. No es fácil entender, por ejemplo, por qué LANGER no se siente obligado a reconocer como merecedora de castigo la conducta que, desde la perspectiva *ex ante* de un espectador objetivo, se presenta como una conducta peligrosa para el bien jurídico por creer no solo el sujeto “*extraneus*”, sino también el propio espectador objetivo, que la sociedad ha puesto en manos del referido sujeto la protección del bien jurídico. Esto es, que se trata de un “*intraneus*”.²²³ Creo que tiene razón ALCÁCER

²²¹ Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 229.

²²² Vid. LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 230.

²²³ De esta opinión ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 42.

GUIRAO cuando afirma que el fundamento último que explica que LANGER defienda la impunidad del sujeto inidóneo reside en que este autor es de la opinión de que la comprobación de la idoneidad del sujeto activo en un delito especial no debe realizarse desde una perspectiva “*ex ante*”, sino desde un punto de vista exclusivamente “*ex post*”. En mi opinión —también coincidente en esto con la de ALCÁCER—, carece de sentido comprobar la concurrencia del elemento referido a la idoneidad del sujeto activo en los delitos especiales desde una perspectiva “*ex post*” cuando existe consenso en torno a que la comprobación del resto de elementos del tipo objetivo debe ser realizada desde una perspectiva “*ex ante*”. En efecto, ¿cuál es la razón material que justifica este cambio de perspectiva para los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales? LANGER no da respuesta a esta pregunta.²²⁴

III. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA NECESIDAD DE PENA. FALTA DE NECESIDAD PREVENTIVO-GENERAL Y PREVENTIVO-ESPECIAL DE PENA DEL SUJETO INIDÓNEO

1. Teorías de la prevención general

1.1. Exposición

En opinión de un sector de la doctrina alemana, existen razones de naturaleza preventivo-general que abonan la impunidad del sujeto inidóneo. Según esta línea de pensamiento, carece de sentido castigar la conducta del sujeto inidóneo porque su realización no representa un “mal ejemplo” para

²²⁴ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 42.

la colectividad,²²⁵ ni es capaz de conmover la conciencia jurídica de la colectividad social o la confianza en el Derecho penal de sus individuos.²²⁶ Según suele afirmarse desde el sector doctrinal que ahora nos ocupa, carece de objeto, por ejemplo, castigar en los delitos de funcionario al no funcionario que actúa en la íntima convicción de serlo; porque un sujeto que *en realidad* no es un funcionario nunca podrá representar un mal ejemplo para quienes sí lo son. Un funcionario “real” solo podrá ver menoscabada su confianza en el Derecho por una conducta cometida por otro funcionario “real”. Solo una conducta de esta clase —siempre según este sector doctrinal— será contemplado como el funcionario público como un mal ejemplo para su propio desempeño de la Función pública.²²⁷

La impunidad del sujeto inidóneo por falta de necesidad de pena ha sido defendida sobre la base de dos distintas ideas: 1) la teoría de la impresión o conmoción (HARDWIG, SCHÜNEMANN); y 2) la idea de la prevención general positiva (STRATENWERTH).

1.1.1. *La teoría de la impresión o conmoción*

Según la teoría de la impresión o conmoción, el fundamento de la tentativa reside en la voluntad criminal del sujeto. Pero para que la tentativa sea merecedora de pena no basta con que el sujeto persiga la consumación del delito. Para ello es necesario, además, que el hecho produzca una

²²⁵ Vid. HARDWIG, GA 1957, pp. 173 s.

²²⁶ Vid. STRATENWERTH, *FS-Bruns*, pp. 60 s.

²²⁷ Vid. HARDWIG, GA 1957, p. 174; STRATENWERTH, *FS-Bruns*, pp. 60 s. Sobre ello vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 443.

impresión o conmoción de la colectividad.²²⁸ Esto es, que perturbe el sentimiento de seguridad de la comunidad dando lugar a “la defraudación de la confianza de la colectividad en la vigencia del ordenamiento jurídico por medio de la exteriorización de la voluntad”.²²⁹

Como ya ha sido señalado *supra*, un sector de la doctrina alemana ha acudido a la teoría de la impresión para fundamentar la falta de merecimiento preventivo-general de pena de los supuestos de sujeto inidóneo. En mi opinión, los autores que desarrollan de un modo más interesante esta línea de pensamiento son Werner HARDWIG y más recientemente Bernd SCHÜNEMANN.

Aunque no los únicos. También Harro OTTO se ha pronunciado recientemente a favor de la impunidad del sujeto inidóneo que cree serlo apelando a argumentos de merecimiento preventivo-general de pena vinculados a la teoría de la impresión. Según OTTO, “el traspaso de la función de protección constituye, a la vez, tanto la especial posición de deber del afectado como también la confianza especial de la comunidad jurídica en el comportamiento del titular del deber especial. La creencia de una persona de estar encargado de funciones de protección (...) no puede fundamentar una confianza especial de la comunidad jurídica. El autor que se dispone a cometer la tentativa de un delito especial en la creencia errónea de una posición de deber especial, lo único que hace es imaginarse que comete una tentativa merecedora de pena, que pone en peligro la confianza de la comunidad jurídica. (...) Puesto que la comunidad jurídica no deposita en él una confianza especial, tampoco la pone en peligro”.²³⁰

²²⁸ Vid. BRUNS, GA 1979, p. 184, nota 101; JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, p. 702.

²²⁹ Vid. LACKNER, StGB, 19^a ed., 1991, § 22/11. Sobre la teoría de la impresión o conmoción vid., por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6^a ed., 13/15; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 27; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, Madrid, 2001, cit., pp. 26 ss.

²³⁰ Vid. OTTO, *Grundkurs Strafrecht*, AT, 6^a ed., cit., § 18/75 y 76.

a) *La tesis de HARDWIG*

HARDWIG fue uno de los primeros autores en creer que la diferencia entre los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo y los restantes casos de tentativa inidónea (inidoneidad de objeto o de medios) reside en el distinto grado de merecimiento de pena de una y otra clase de conductas. Según HARDWIG, la colectividad tiene interés en evitar que los sujetos actúen creyendo erróneamente realizar la conducta típica con los *medios* idóneos o lesionar el *objeto material* idóneo para su consumación. Pero este interés es nulo cuando de lo que se trata es de evitar la realización de la conducta típica por quien se cree erróneamente sujeto idóneo de un delito especial.²³¹ La razón que justifica esta diferencia de interés social en la punición de los distintos casos de tentativa inidónea es, según HARDWIG, la siguiente: mientras que en los casos de tentativa inidónea por inidoneidad de los medios o del objeto material la conducta representa un *mal ejemplo para la sociedad*, en el caso de la tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo ello, en cambio, no ocurre. Así, por ejemplo, si una mujer que se considera erróneamente embarazada ingiere una infusión de tila existe creyendo que con ello va a abortar merece —en opinión de HARDWIG— ser castigada con pena, porque representa un mal ejemplo para todas las mujeres que se encuentra en estado de embarazo. Esta clase de supuestos puede producir, según HARDWIG, efectos negativos en la sociedad, porque una embarazada “real” podría tratar de imitar la conducta en cuestión utilizando, esta vez, un instrumento idóneo para la consumación.²³² Ello no ocurre, sin embargo, en el caso del sujeto inidóneo que cree serlo. A juicio de HARDWIG, es cierto que el contenido

²³¹ *Vid.* HARDWIG, GA 1957, p. 174.

²³² *Vid.* HARDWIG, GA 1957, pp. 173 s.

de injusto de la apropiación indebida del no funcionario que cree serlo es superior al que corresponde a la apropiación indebida de un particular. Pero también lo es —prosigue HARDWIG— que este contenido de injusto nunca podrá igual al que corresponde a los casos de apropiación indebida en que el deber especial de funcionario concurre efectivamente. Según HARDWIG, “un no funcionario nunca podrá ser un mal ejemplo para un funcionario”.²³³ Con ello se demuestra —concluye HARDWIG— que entre los supuestos de tentativa inidónea por razón de la inidoneidad del sujeto activo y los de tentativa inidónea por inidoneidad en otros elementos del delito existe una diferencia objetiva. Esta diferencia reside en la especialidad del deber del sujeto.²³⁴

b) *La tesis de SCHÜNEMANN*

Para SCHÜNEMANN, un error de tipo al revés solo puede ser considerado una tentativa inidónea punible cuando resulta afectado el *sentimiento de seguridad de la colectividad*. Esta afectación debe ser determinada de acuerdo con las máximas de la teoría de la impresión.²³⁵ Siguiendo a VOGLER, y en un sentido parecido al de STRATENWERTH,²³⁶ afirma SCHÜNEMANN que los únicos casos de

²³³ Vid. HARDWIG, GA 1957, p. 174.

²³⁴ Vid. HARDWIG, GA 1957, p. 174; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 443; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 44 s.

²³⁵ Vid. SCHÜNEMANN, “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars” (2), GA 1986, p. 317.

²³⁶ La diferencia entre el razonamiento de SCHÜNEMANN y el de STRATENWERTH consiste en que mientras el primero pone el acento en argumentos de naturaleza preventivo-general conectados a la teoría de la impresión, el segundo se refiere, en cambio, tanto a argumentos preventivo-generales vinculados a la teoría de la prevención

tentativa que deben quedar impunes son aquéllos en los que la ley se refiere a un *status* jurídico especial al que el autor no puede acceder por sus propios medios. Precisamente por ello, ese *status* no le puede ser imputado al sujeto por el mero hecho de que se haya representado su concurrencia. Estos casos deben quedar impunes porque si el autor no se encuentra en el referido *status*, tampoco podrá devenir peligroso para el bien jurídico. Así las cosas, por mas cambios que se produzcan en el futuro en la situación de hecho, la colectividad nunca podrá contemplar la conducta del sujeto como una amenaza para el bien jurídico. Así, por ejemplo, quien, por un error de tipo al revés, se considera funcionario sin serlo en realidad, y se dispone a cometer, según su representación, una falsificación de funcionario público, por más que mejore sus métodos y cambien las circunstancias, nunca podrá convertirse en peligroso para el bien jurídico.²³⁷ En opinión de SCHÜNEMANN, los casos de sujeto inidóneo son incluso menos peligrosos para el bien jurídico que los de tentativa supersticiosa. Por ello deben permanecer impunes.²³⁸

1.1.2. *Teorías de la prevención general positiva*

De acuerdo con la idea de la prevención general positiva, el Derecho penal no debe buscar la prevención de delitos únicamente por medio de la intimidación. También es posible la realización de este objetivo por medio de la afirmación *positiva* del Derecho penal, “como

general positiva como a argumentos de prevención especial. Para una exposición detallada de la concepción de STRATENWERTH, *vid. infra*.

²³⁷ *Vid.* SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 318.

²³⁸ *Vid.* SCHÜNEMANN, GA 1986, p. 318. Sobre la concepción de SCHÜNEMANN *vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 44.

afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales, de la conciencia social de la norma, o de una actitud de respeto por el Derecho”.²³⁹

Un sector de la doctrina alemana ha acudido a la teoría de la prevención general positiva para fundamentar la impunidad de la conducta del sujeto inidóneo en los delitos especiales. Este es el caso, por ejemplo, de STRATENWERTH. Según el punto de vista de este autor, la función preventivo-general del Derecho penal consiste en una función *positiva* consistente en fomentar la confianza en el derecho. Así, por ejemplo, si la conducta consistente en un delito de cohecho está necesitada de pena, ello se debe, a juicio de STRATENWERTH, a la capacidad de dicha conducta para defraudar la confianza en el ejercicio de las funciones del Estado. El cumplimiento de esta función de prevención general positiva no exige el castigo de los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto. En estos casos, aunque el espectador objetivo crea erróneamente que el sujeto activo es, en realidad, funcionario, su confianza en el ejercicio de las funciones en la Administración —concluye STRATENWERTH— no se ve afectada.²⁴⁰

1.2. *Valoración crítica*

1.2.1. *Valoración crítica de la teoría de la conmoción o impresión*

²³⁹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 3/19.

²⁴⁰ Vid. STRATENWERTH, *FS-Bruns*, pp. 60 s.; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 44.

Pese a constituir doctrina dominante en Alemania,²⁴¹ la teoría de la impresión merece desde el punto de vista aquí adoptado, en cambio, una valoración negativa. Varias son las objeciones que contra esta teoría cabe formular.

Debe indicarse, en primer lugar, que el reconocimiento del que la teoría de la impresión goza en Alemania solo se entiende a la luz de la regulación de la tentativa prevista en el derecho positivo alemán. Con la entrada en vigor del StGB de 1975, que hoy constituye todavía derecho vigente, el ordenamiento jurídico-penal alemán tomó partido expresamente en favor de la teoría subjetiva de la tentativa.²⁴² En efecto, según el § 22 StGB “intenta un hecho delictivo quien se dispone directamente a realizar el tipo según su representación del hecho”. Ante esta regulación de la tentativa, la teoría de la impresión pretende constituir un límite a los posibles excesos de la teoría exclusivamente subjetiva de la tentativa.

Como ya se ha visto *supra*, la teoría de la impresión es una teoría mixta subjetivo-objetiva. Esta teoría comparte con la teoría subjetiva la idea de que el fundamento de la tentativa es subjetivo. No obstante, para que la tentativa sea merecedora de pena no basta con la concurrencia del elemento subjetivo consistente en que el sujeto quiera consumir el delito. Es necesario, además, que la conducta en cuestión represente una perturbación del sentimiento de seguridad de la colectividad, o de la confianza de ésta en el ordenamiento jurídico.

²⁴¹ Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 25.

²⁴² Vid. FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 18.

La finalidad limitadora en atención a consideraciones de naturaleza objetiva que la teoría de la impresión tiene en Alemania es, sin duda, digna de elogio. No obstante, la valoración positiva de esta finalidad limitadora no puede ser considerada como un argumento a su favor “en abstracto” para todo ordenamiento jurídico. La teoría de la impresión solo conduce a una punición restrictiva de la tentativa en aquellos Códigos penales que, como el alemán, establecen un concepto subjetivo de tentativa. En los ordenamientos donde el fundamento de la tentativa sea objetivo, la teoría de la impresión constituirá, en cambio, una extensión de la punición de la tentativa difícilmente asumible. Recuérdese, en efecto, que la teoría de la impresión parte de la premisa de que el fundamento de la tentativa es subjetivo. Teniendo en cuenta esto último, y que en el Código penal español de 1995 el fundamento de la tentativa es *objetivo*,²⁴³ debe concluirse que la defensa de la teoría subjetivo-objetiva de la impresión se encuentra entre nosotros fuera de lugar.

El argumento “*de lege lata*” vinculado a ordenamientos jurídico-penales con un concepto objetivo de tentativa (como el Código penal español) no constituye, sin embargo, la única objeción que cabe formular contra la teoría que ahora nos ocupa. En mi opinión, esta teoría se encuentra expuesta a otras objeciones. A la teoría de la impresión se ha opuesto, en primer lugar, que la pregunta sobre el fundamento de la tentativa obliga a preguntarse por aquello que convierte a una conducta intentada en un comportamiento antijurídico. Esto es, obliga a preguntarse por el injusto de la tentativa. Sin embargo, la teoría de la impresión pone el acento en un elemento de la conducta —la provocación de “impresión” en

²⁴³ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 13/21 ss.; SILVA SÁNCHEZ, “La regulación del iter criminis (artículos 16-18)”, en el mismo, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, 1997, p. 123.

la colectividad— ajeno al injusto específico.²⁴⁴ En mi opinión, esta crítica no siempre se encuentra, sin embargo, completamente fundamentada. Aunque ciertamente ello no siempre es así, es posible imaginar supuestos en que una conducta despierta un elevado grado de alarma social precisamente por su mayor contenido de injusto.

Desde mi punto de vista, la objeción a la crítica de la “impresión” social como elemento ajeno al injusto acabada de exponer revela que esta última no constituye la crítica decisiva contra la teoría de la impresión. A mi juicio, si es altamente discutible que la teoría de la impresión sirva para fundamentar la tentativa, ello es debido a que el criterio de la perturbación o conmoción de la seguridad de la colectividad o de su confianza en el ordenamiento jurídico resulta demasiado vago. Según esta crítica, el criterio de la teoría de la impresión constituye un criterio necesitado de concreción.²⁴⁵ En efecto, ¿cuál es el grado de impresión que debe producir el hecho en la colectividad para ser considerado tentativa merecedora de pena? ¿De acuerdo con qué baremo intersubjetivo debe decidirse si una conducta “impresiona” o no a la colectividad? La teoría de la impresión o conmoción no da respuesta satisfactoriamente a ninguna de estas dos cuestiones. Comparto con un importante sector de la doctrina alemana y española, en suma, la idea de que la teoría de la impresión genera, por su imprecisión y su fundamentación en la idea de “sentimiento jurídico”, un grado de inseguridad sencillamente inaceptable.²⁴⁶

²⁴⁴ Vid. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., p. 177; III, *Teoría jurídica del delito/2*, p. 199.

²⁴⁵ Vid. STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/66; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 27; CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., p. 177; III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2001, cit., p. 199; ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, cit., p. 28.

²⁴⁶ Vid. ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, cit., pp. 28 s.

A la vista de las críticas generales formuladas contra la teoría de la impresión o conmoción, no puede sorprender que dicha teoría deba ser rechazada como concepción explicativa de la tentativa de sujeto inidóneo.²⁴⁷ Si —como ya ha sido apuntado *supra*— el criterio de la impresión debe ser considerado un criterio demasiado general para explicar con precisión cuándo debe ser castigada la tentativa, ¿cómo puede pretenderse distinguir correctamente entre tentativa inidónea y tentativa irreal con la sola referencia a la “alarma social” provocada por la conducta?²⁴⁸ Y si la teoría de la impresión no acierta a determinar cuándo se produce la concurrencia de una tentativa inidónea, es obvio que tampoco puede hacer lo propio con los casos de *tentativa inidónea* por razón de la inidoneidad del sujeto activo. No es recibo, por tanto, fundamentar la impunidad del sujeto inidóneo sobre la base de una supuesta falta de merecimiento preventivo-general del pena por no provocar la conducta un grado suficiente de conmoción social. Las concepciones defendidas por HARDWIG y SCHÜNEMANN son merecedoras, por ello, de una valoración negativa.

Comparto el punto de vista de un sector doctrinal que considera que la fórmula de la teoría de la impresión seguida por HARDWIG y SCHÜNEMANN les conduce a defender la solución de la impunidad del sujeto inidóneo con base sobre todo en intuiciones y peticiones de principio. Tanto HARDWIG como SCHÜNEMANN creen que el criterio del “mal ejemplo” (HARDWIG) o de la “conmoción del sentimiento de seguridad de la colectividad” (SCHÜNEMANN) constituye el punto y final de la discusión relativa al fundamento de la tentativa. Pero con dicho

²⁴⁷ De esta opinión STRATENWERTH, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., cit., § 11/66.

²⁴⁸ *Vid.* CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, PG*, 2ª ed., cit., p. 177; III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2001, cit., p. 199.

criterio, la cuestión, lejos de quedar ya resuelta, apenas si se encuentra, en realidad, planteada.²⁴⁹ La ausencia de un criterio material que permita eludir la argumentación circular a la que se ven condenadas como consecuencia del recurso a las ideas de “impresión” o “conmoción” de la sociedad las concepciones de HARDWIG y SCHÜNEMANN conduce a estos dos autores a defender soluciones incoherentes con los propios postulados de la teoría de la impresión.

El ejemplo más claro de aquello a lo que me estoy refiriendo viene representado por la distinción en merecimiento y necesidad de pena entre la conducta de la no embarazada y la del no funcionario realizada por HARDWIG.²⁵⁰ No alcanzo a comprender exactamente qué es lo que impulsa a HARDWIG a considerar el primer caso como no merecedor de pena por no representar un “mal ejemplo” para la colectividad, y considerar como tal, en cambio, el segundo. HARDWIG fundamenta esta distinción en la existencia de un deber especial en el caso del funcionario. En los delitos consistentes en la infracción de un deber especial, solo puede representar un mal ejemplo para los sujetos en quienes concurre realmente el referido deber jurídico, para HARDWIG, la conducta de otro sujeto en quien éste también concorra en realidad. En los delitos donde ello no ocurre, en cambio, también la conducta de un “*extraneus*” puede ser un mal ejemplo para los “*intranei*”.

²⁴⁹ En este sentido ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 45. No en vano, este mismo autor reconoce en otro lugar que el principal obstáculo teórico con que se encuentra la teoría de la impresión consiste en su “circularidad argumentativa”. *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, *Tentativa y formas de autoría*, cit., p. 28.

²⁵⁰ Recuérdese HARDWIG, GA 1957, p. 174.

Pero ¿qué tiene que ver la existencia “real” o inexistencia de un deber jurídico especial con la idea de “mal ejemplo” a la colectividad? En efecto, si de lo que se trata es de castigar aquellas conductas que, pese a adolecer de inidoneidad en alguno de sus elementos, pueden ser imitadas por terceros, no veo en qué se distingue la conducta de quien no está embarazada pero *se considera* como tal del comportamiento de quien, sin serlo, se tiene por funcionario. O la de quien en realidad es funcionario de la de quien no lo es, pero está convencido de serlo. En mi opinión, lo que puede hacer despertar en un sujeto el ánimo de imitar la conducta realizada por un tercero no es tanto la conciencia de que dicha conducta *ha dado resultado efectivamente* por ser idónea en todos sus elementos, como el conocimiento de que, en caso de idoneidad, la conducta a imitar *podría* haber tenido éxito. En términos análogos a los de HARDWIG, y en referencia concreta al ejemplo del no-funcionario que cree serlo: para que la conducta de un tercero constituya un mal ejemplo para un funcionario, no es necesario que aquélla sea cometida necesariamente por un funcionario. Basta con que el sujeto que la realice esté convencido de serlo. Porque, en ese caso, el funcionario percibirá el suceso en cuestión como un hecho que: a) en caso de haber sido verificado por un funcionario, habría constituido un delito consumado (“idóneo”) en el ejercicio de la función pública; y b) presenta la misma estructura psicológico-subjetiva individual que un delito de funcionario consumado.²⁵¹

A la vista de lo acabado de exponer, ya es posible dar respuesta a la pregunta formulada anteriormente (¿qué tiene que ver la existencia

²⁵¹ También es de esta opinión ALCÁCER GUIRAO. Escribe este autor: “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

“real” o inexistencia de un deber jurídico especial con la idea de “mal ejemplo” a la colectividad?). La existencia “real” o inexistencia de un deber jurídico especial *poco* o *nada* tiene que ver con la idea de “mal ejemplo” a la colectividad. Con la referencia al “deber jurídico especial” y a su concurrencia “real” que se encuentra en su concepción, HARDWIG pretende utilizar el criterio del deber jurídico especial como un instrumento puesto al servicio de la teoría de la impresión. En los delitos de infracción de deber, la infracción de un deber jurídico especial concurrente en realidad constituye el factor determinante para decidir si la conducta “impresiona” o no a la sociedad.

Creo, sin embargo, que esta idea entra incluso en contradicción con la propia lógica interna de la teoría de la impresión, desnaturalizándola y convirtiéndola en una suerte de cajón de sastre donde todo cabe. En mi opinión, de la argumentación de HARDWIG lo que resulta, en definitiva, es una tendencia de este autor hacia las teorías de los “elementos de deber jurídico especial”, y una renuncia, al menos en parte, a la esencia de la teoría de la impresión. En esta medida, la tesis de HARDWIG deviene una suerte de teoría mixta que abraza ideas pertenecientes a ambas concepciones.

Dos son las principales consecuencias que cabe extraer de esta última circunstancia: a) a la concepción de HARDWIG también pueden hacerse extensivas las críticas generales formuladas contra la teoría de los elementos de deber jurídico especial; y b) HARDWIG acude a la idea de deber jurídico especial para explicar la impunidad del no funcionario que cree serlo precisamente porque advierte que la idea de la “impresión” o la

perfectamente a alterar el clima de paz social que pretende mantener la teoría de la impresión” *vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 46.

“conmoción” social no resulta operativa a tales efectos. Después de toda una argumentación basada en la idea del “mal ejemplo”, el factor que acaba decidiendo la cuestión relativa a la punibilidad o impunidad de la conducta del sujeto inidóneo en la concepción de HARDWIG es también la existencia “real” o no de un deber jurídico especial. Porque advierte que la idea de la “impresión” o la “conmoción” social no permite fundamentar de modo satisfactorio la solución que intuitivamente le parece correcta: la impunidad del sujeto inidóneo.

Como con razón ha puesto de relieve recientemente ALCÁCER GUIRAO, la teoría de la impresión no es compartible como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo porque parte de una premisa incorrecta: en los delitos especiales, solo están prohibidas las conductas de los sujetos que se encuentran en una relación especial “real” con el bien jurídico correspondiente. Según esta premisa, en los delitos contra la Administración Pública de funcionario, el Derecho penal solo prohíbe la realización de conductas dirigidas a la lesión del bien jurídico correcto “ejercicio de la Administración Pública” a aquellos sujetos que ostentan formalmente el *status* de funcionario. La exigencia de que solo sean consideradas como prohibidas las conductas de los funcionarios “reales” entra en contradicción con una de las ideas centrales de todo Derecho penal preventivo: la idea de la perspectiva “*ex ante*”.²⁵² En efecto, para un Derecho penal que persigue la protección de bienes jurídicos mediante normas de motivación, lo importante no es la comprobación “*ex post*” de si un sujeto ostenta o no *realmente* el *status* formal de funcionario público. Lo

²⁵² *Vid.*, por todos, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., passim; el mismo, “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, en el mismo, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, pp. 93 ss. (versión alemana en *FS-Jescheck*, 1985, pp. 337 ss.).

relevante es preguntarse si “*ex ante*”, esto es, cuando la norma se dirige al sujeto y puede motivarle, éste es contemplado intersubjetivamente como un funcionario.

Comparto con ALCÁCER la opinión de que la relación entre sujeto activo y bien jurídico protegido que caracteriza a la mayor parte de los delitos especiales no tiene por qué darse *realmente*, sino *socialmente*, esto es, intersubjetivamente. Es decir: cuando el autor encarna en su actividad esa función, aun cuando formalmente el sujeto carezca de ese *status*. Basta, por tanto, con que para un espectador objetivo, el autor *aparezca como* poseedor del *status* de funcionario, aunque *realmente* no lo sea.²⁵³ Para un Derecho penal social preventivo, tiene sentido prohibir aquellas conductas que se presenten como peligrosas para el bien jurídico protegido desde la perspectiva de una persona media puesta en el lugar y momento de su realización con los conocimientos que el autor tiene de la situación. Y no cabe duda de que para una conducta aparezca como peligrosa para la Administración Pública desde la perspectiva acabada de referir, no es necesario que el sujeto activo sea *realmente* un funcionario. No puede negarse que también en los casos en que ello no es así, pero el sujeto, por encontrarse prestando una función *materialmente* pública, es contemplado intersubjetivamente como un funcionario público desde una perspectiva *ex ante*, la conducta aparece desde esta perspectiva como una conducta peligrosa para el bien jurídico cuya realización debe ser evitada.²⁵⁴

²⁵³ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 46 s.

²⁵⁴ En idéntico sentido ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 47.

Es cierto que la comprobación de si el sujeto que realiza la conducta ostenta formalmente o no la condición de funcionario público también puede ser realizada “*ex ante*”. A diferencia de lo que puede ocurrir, por ejemplo, con el resultado del delito en sentido estricto, el dato consistente en la pertenencia formal de un sujeto a un determinado colectivo no constituye un dato comprobable exclusivamente desde una perspectiva “*ex post*”. Pero no es menos cierto que si los supuestos de sujeto inidóneo tienen alguna relevancia teórica, ello es así a partir del presupuesto de que, en el momento en que tiene lugar la realización de la acción, el sujeto incurre en un error al revés no burdo sobre su consideración como funcionario público; y solo posteriormente se advierte que el sujeto no ostenta formalmente esta condición.

No en vano, en las contadas ocasiones en que la práctica jurisprudencial ha tenido la oportunidad de enfrentarse a supuestos de sujeto inidóneo, el descubrimiento de que el sujeto no es en realidad un funcionario siempre se ha producido “*ex post*”.

Paradigmático al respecto es el caso —ya citado *supra*— de la OLG Kiel Schleswig-Holstein 1949, 297 [298]). En este caso, recuérdese, un sujeto que se encontraba en el ejercicio de las funciones propias de un controlador de calidad de carnes desde hacía años emitía certificados de calidad falsos sirviéndose para ello de las ventajas que el proporcionaba el servicio público que prestaba. Una vez descubierto, el sujeto fue procesado por falsificación de funcionario público. Durante la celebración del juicio por dicho delito se comprobó, sin embargo, que el falsificador no ostentaba, en realidad, el *status* formal de funcionario, porque su nombramiento había sido nulo por un defecto de forma: el órgano que realizó el nombramiento era incompetente. Ahora bien: en los supuestos de

sujeto inidóneo solo se da desvalor de acción *ex ante*; no, en cambio, desvalor del resultado *ex post*. Por este motivo, solo podrá ser castigado como autor de un delito consumado el sujeto idóneo. El inidóneo únicamente podrá responder por tentativa. Para que concurra la tentativa de un delito especial basta con que el autor se presente *ex ante* como un sujeto idóneo desde la antes referida perspectiva intersubjetiva. Para que pueda hablarse de un delito especial consumado es necesario, sin embargo, que esta idoneidad no solo se dé *ex ante*, sino también *ex post*.²⁵⁵

1.2.2. *Valoración crítica de la teoría de la prevención general positiva como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo*

Todas las concepciones que fundamentan la pena en la falta de merecimiento de pena por razones de prevención general se apoyan en una doble idea común: a) una de las funciones del Derecho penal consiste en la afirmación de las convicciones jurídicas fundamentales o de la idea del respeto por el derecho; y b) desde esta perspectiva preventivo-general, carece de sentido castigar con pena la conducta del sujeto inidóneo; porque este castigo no es necesario para la «estabilización» o «integración», ya que la conducta de referencia no constituye un cuestionamiento ni de las convicciones jurídicas fundamentales ni de la idea de respeto por el derecho.

Como ya se señaló *supra*, la formulación doctrinal que representa el más claro ejemplo de la conexión entre las concepciones que fundamentan la pena en la falta de merecimiento de pena por razones de prevención general y la idea de la prevención general positiva acabada de referir es, en mi opinión, la concepción defendida por STRATENWERTH.

²⁵⁵ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 47.

Considero correcta la idea de que en un Estado social y democrático de derecho, el Derecho penal debe cumplir una función de prevención general positiva. Ciertamente, un Estado social y democrático de derecho, el Derecho penal no debe quedar limitado a la función de prevención de delitos mediante la intimidación. Es preferible entender que en esta clase de Estado, al Derecho penal también le está encomendado el cumplimiento de una función de prevención general positiva. La concepción de STRATENWERTH tiene la virtud de poner de manifiesto esta circunstancia. Ello no significa, sin embargo, que la función de prevención general positiva deba ser la *única* función del Derecho penal. Antes al contrario: además de la función preventivo-positiva, el Derecho penal de un Estado social y democrático de derecho debe perseguir una función de prevención general de delito mediante la intimidación (prevención general *negativa*), y una función de prevención *especial*.²⁵⁶ Y una concepción que deja impune el comportamiento del sujeto inidóneo intersubjetivamente peligroso *ex ante* parece no tenerlo en cuenta.

Ya se ha dicho que STRATENWERTH defiende la idea de que la tentativa inidónea de cohecho por razón de la condición de no funcionario del sujeto activo no está necesitada de pena porque no lesiona el bien jurídico protegido. La corrección lógica de esta afirmación debe ser, sin embargo, puesta seriamente en tela de juicio. En mi opinión, resulta tautológico afirmar —como hace STRATENWERTH— que la tentativa de un delito no lesiona el bien jurídico protegido en dicho delito. La tentativa es, por definición, la no producción del resultado con intención de producirlo. No existe, por definición, una sola clase de tentativa que *lesione* el bien jurídico. Toda tentativa representa la puesta en peligro (más o menos próxima a la consumación) sin que se produzca la lesión del bien

²⁵⁶ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 3/19 ss.

jurídico por causas ajenas a la voluntad del sujeto. Si esta última tuviera lugar, entonces ya no nos encontraríamos ante una tentativa, sino ante un delito consumado.

Contra la fundamentación preventivo-general de la impunidad del sujeto inidóneo articulada por STRATENWERTH cabe formular, además, otras críticas. Debe señalarse, en primer lugar, que no es compartible la idea de STRATENWERTH que la “confianza en el ejercicio de las funciones del Estado” es el bien jurídico protegido en el delito de cohecho. En mi opinión, si se considera necesario castigar con pena el delito de cohecho, ello no se debe a la voluntad de conseguir que el ciudadano tenga la percepción de que la Administración pública funciona correctamente. Lo que se persigue es conseguir el buen funcionamiento efectivo de aquélla. Lo que sucede es que, para decidir si una determinada conducta pone en peligro o no el correcto funcionamiento de la Administración pública, es necesario analizar esa conducta desde la perspectiva *ex ante* de un espectador *objetivo*. Esto es, del *ciudadano medio*. Y desde una tal perspectiva, igual de peligrosa es la conducta del funcionario que la del no funcionario que cree serlo y se comporta como tal. En efecto, si en ambos casos el ciudadano *percibe* a un funcionario público ejerciendo incorrectamente la función pública, entonces recelará en ambos casos del funcionamiento de la Administración función.²⁵⁷

Pero lo que la argumentación de STRATENWERTH pone realmente de manifiesto es que este autor no reconoce relevancia jurídica alguna al juicio basado en reglas de la experiencia que pueda formular un espectador objetivo desde una perspectiva *ex ante*. Del planteamiento de

²⁵⁷ Así BRUNS, GA 1979, p. 166. En sentido parecido FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 445.

STRATENWERTH se deduce que de nada sirve que el sujeto crea que recae sobre él un deber especial, porque lo único decisivo es —siempre desde su punto de vista— que este deber concurra *en realidad*. Según STRATENWERTH, si el deber se da en realidad, entonces se puede castigar; en caso contrario, ello no será posible, aunque el sujeto crea que la concurrencia de ese deber sí se produce. La creencia errónea de un deber no puede sustituir su concurrencia en la realidad.

Sin embargo, a este argumento, auténtico lugar común entre los partidarios de las concepciones sobre los delitos especiales basadas en la teoría de las normas y la teoría de los elementos de deber jurídico especial, cabe objetar —como ya se ha hecho *supra*— que la referencia a un deber específico que recae sobre el sujeto activo del delito no es capaz de explicar la esencia de todos los delitos especiales.

2. Teorías de la prevención especial

2.1. Exposición

En opinión de un sector de la doctrina alemana, el castigo con pena de la conducta del sujeto tampoco puede ser fundamentado racionalmente desde la perspectiva de la función de prevención especial del Derecho penal. Según esta línea de pensamiento, si desde esta perspectiva el Derecho penal tiene por objeto evitar que el sujeto que ya ha delinquido vuelva a hacerlo en el futuro, entonces no es preventivo-especialmente necesario castigar una conducta que no va a poder ser reproducida en el futuro. De conformidad con esta idea se afirma, por ejemplo, que solo tiene sentido pretender motivar a que no se deje sobornar a quien realmente es funcionario, o a la obediencia militar a quien realmente es soldado.

Carece de lógica intentar disuadir a alguien de algo que nunca va a poder hacer. Defienden este punto de vista STRATENWERTH y SCHÖNKE, entre otros.

También fundamenta la impunidad del sujeto inidóneo en la falta de merecimiento de pena por razones de prevención especial STÖGER. Según este autor, debe distinguirse entre autor *absolutamente inidóneo* y autor *relativamente inidóneo*. Alguien es absolutamente inidóneo como autor cuando no se encuentra comprendido por la amenaza penal, bien por no ser destinatario de la norma penal a causa de su falta de potencialidad lesiva del bien jurídico, bien porque el legislador no quiere castigar a todos los destinatarios de la norma. Sucede lo primero, por ejemplo, en el caso del no funcionario en un delito de funcionario; lo segundo, en el caso del inculpado en relación con el delito de falso testimonio. Un autor es, en cambio, relativamente inidóneo si se encuentra comprendido por la amenaza penal por ser peligroso para el bien jurídico protegido, pero en el caso concreto le ha faltado la relación especialmente tipificada con el objeto del hecho o con otras circunstancias. Ello sucede, por ejemplo, en el caso del viudo que no se ha enterado de la muerte de su mujer, de la cual vivía separado, en relación con el delito de matrimonios ilegales; o en el caso de la no embarazada que, creyendo estarlo, realiza prácticas abortivas.²⁵⁸

2.1.1. *La tesis de STRATENWERTH*

En opinión de STRATENWERTH, la función preventivo-especial solo rige en relación con los delitos “reales”. La prevención especial trata de evitar que un sujeto vuelva a cometer el mismo delito que ya ha cometido. STRATENWERTH considera que los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del objeto o de los medios constituyen casos de delitos “reales”, mientras que las conductas cometidas por sujeto inidóneo son, en cambio, casos de delitos “no reales” putativos. Es cierto —prosigue STRATENWERTH— que ni los primeros ni los segundos constituyen supuestos de tentativa idónea. Pero la razón por la que ello es así no coincide en ambos casos. Así, STRATENWERTH considera que los

²⁵⁸ Sobre la concepción de STÖGER *vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 442; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 44.

supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del objeto o de los medios son “accidentes”, en el sentido de que podrían haber dado lugar perfectamente a una tentativa idónea. Sin embargo, la razón de que los casos de inidoneidad del sujeto no sean tentativas inidóneas “reales”, sino delitos putativos, no consiste, según STRATENWERTH, en un accidente o una eventualidad *externa*. Para este autor, la inidoneidad de estos últimos casos no es una inidoneidad accidental, sino *constitutiva*. Aunque el caso del no funcionario se repitiera en un millón de ocasiones, nunca se produciría el resultado. No es posible “prevenir especialmente” la repetición de una conducta que *en realidad* no se ha producido. La reiteración de una conducta presupone que esa conducta ya se ha llevado a cabo en la realidad. Para ello es necesario que el sujeto en cuestión haya puesto *realmente* en peligro el bien jurídico. Puesto que en la tentativa inidónea ello no sucedería, entonces —concluye STRATENWERTH— el Derecho penal no puede cumplir en estos casos la función preventivo-especial.²⁵⁹

2.1.2. *La tesis de SCHÖNKE*

En un sentido parecido a la concepción de STRATENWERTH se pronuncia SCHÖNKE. Este autor parte, sin embargo, de la teoría subjetiva de la tentativa. En opinión de SCHÖNKE, no es correcto tratar del mismo modo estos casos que el resto de supuestos de inidoneidad (en el objeto o en los medios). La razón de este distinto tratamiento consiste en que en los casos de inidoneidad en el objeto, la voluntad criminal se dirigirá la próxima vez contra el objeto idóneo; mientras que en los casos de

²⁵⁹ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 60. Sobre la concepción de STRATENWERTH, *vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 440; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 44.

inidoneidad del sujeto falta ya la peligrosidad misma de la voluntad criminal del sujeto. El motivo que explica la falta de peligrosidad delictiva de la voluntad del sujeto inidóneo es el siguiente: mientras que en el caso del objeto inidóneo puede temerse que la voluntad delictiva se dirija la próxima vez contra un objeto idóneo, en los supuestos en que un sujeto cree erróneamente pertenecer a un determinado círculo de sujetos, aquel peligro de posible idoneidad futura, sin embargo, no se da. La excepción a este planteamiento viene representada, a juicio de SCHÖNKE, por los casos en que el error inverso sobre el sujeto conduce necesariamente a un error sobre el objeto. Tal es el caso, por ejemplo, de aquellos supuestos en que el sujeto que mantiene relaciones sexuales con una mujer cree erróneamente que se trata de su propia hija.²⁶⁰

2.2. *Valoración crítica*

2.2.1. *Valoración crítica de la tesis de STRATENWERTH*

En mi opinión, ninguno de los argumentos defendidos por STRATENWERTH en favor de la impunidad del sujeto inidóneo por falta de necesidad preventivo-especial de pena logra convencer. El primer argumento de STRATENWERTH es, recuérdese, el siguiente: no tiene sentido intentar evitar, por ejemplo, que un no funcionario cometa un delito de funcionario, porque en realidad ello nunca podrá ocurrir. Frente a este argumento, debe ser formulada la siguiente pregunta: ¿tiene sentido intentar evitar que quien dispara a un cojín mate en el futuro a alguien? Esta pregunta es contestada afirmativamente por la doctrina dominante. Ello pone de manifiesto que de lo que se trata por medio del castigo de la

²⁶⁰ *Vid.* SCHÖNKE, StGB, 5ª ed., 1951, § 43 IV, p. 142. Sobre la concepción de SCHÖNKE, *vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 441.

tentativa inidónea es de evitar que el sujeto concreto vuelva a decidirse a realizar la acción cuando haya “apariencia de peligro” o peligro *abstracto* para el bien jurídico. El castigo de la tentativa inidónea es político-criminalmente aconsejable. Si estos casos no se castigaran, habría más posibilidades de que el sujeto volviera a intentar la consumación del delito y de que, por reiteración de la conducta, en alguna ocasión consiguiera su consumación. Sin el castigo de los casos de tentativa inidónea, se produciría en más ocasiones la lesión del bien jurídico. Como dice MIR PUIG a propósito de los delitos de peligro abstracto —con los que, como podrá comprobarse *infra*, la tentativa inidónea presenta una estrecha vinculación por razón de la clase de peligro (abstracto) concurrente—: “el fundamento político-criminal de los delitos de peligro abstracto (...) ha de verse en la conveniencia de no dejar a juicio de cada cual la estimación de la peligrosidad de acciones que normalmente lo son en alto grado (*peligro estadístico*)”.²⁶¹

Según el segundo argumento de STRATENWERTH, el Derecho penal solo puede cumplir con su función de prevención especial en los delitos *reales*; esto es, en los casos en que el bien jurídico es puesto en peligro *en realidad*. Ello no sucede, sin embargo, en los casos de tentativa inidónea. La idea de que en los supuestos de tentativa inidónea no tiene lugar un delito *real*, de que en estos casos no se produce la puesta en peligro de *real* de un bien jurídico, debe ser, sin embargo, negada rotundamente. La tentativa inidónea es un delito *real* caracterizado por la puesta en peligro *abstracto* de un bien jurídico. Es cierto que, frente a los supuestos de tentativa idónea (*ex ante*), en la tentativa inidónea no se precisa que el peligro para el bien jurídico sea *concreto*. En estos últimos

²⁶¹ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 5ª ed., cit., 9/64; 6ª ed., cit., 9/65.

casos, basta con “la realidad de la *peligrosidad estadística* del hecho. Se trata de un *peligro abstracto*, a diferencia del *peligro* concreto que concurre en la tentativa idónea. Como en todo delito de peligro abstracto, no es preciso que un concreto bien jurídico haya resultado estar en peligro, sino que basta con la «peligrosidad típica» de la conducta”.²⁶² Pero ello en absoluto significa que en los casos de tentativa inidónea baste con un peligro *aparente* o *presunto*. En esta clase de delitos también se requiere, como en todos los demás, la concurrencia de un peligro *real* o *efectivo*. La diferencia entre los supuestos de tentativa idónea (*ex ante*) y tentativa inidónea consiste en lo siguiente: mientras que en esta última clase de tentativa es necesario que la conducta dé lugar a la aparición de un resultado de peligro, consistente en la *proximidad* de la lesión del bien jurídico (*estar a punto* de lesionarlo: peligro concreto), en la tentativa inidónea, en cambio, la conducta es *estadísticamente* peligrosa, pero no se aproxima a la lesión del bien jurídico (no está a punto de lesionarlo).

De acuerdo con el tercer y último argumento de STRATENWERTH, en los casos de inidoneidad por razón del sujeto activo, la inidoneidad no se produce como consecuencia de meros accidentes o eventualidades externas, sino por razones *constitutivas*. En opinión de STRATENWERTH, en los casos en que se produce un error inverso sobre algún elemento constitutivo del delito, entonces no tiene objeto que el Derecho penal intente evitar que el sujeto vuelva a cometer el delito en el futuro, ya que esto último es materialmente imposible. Si el error inverso recae, en cambio, sobre un elemento accidental, entonces sí tendrá sentido castigar al sujeto para evitar que vuelva a realizar la conducta. En el supuesto de tentativa inidónea por inidoneidad de un elemento accidental, es cierto —siempre según STRATENWERTH— que

²⁶² Vid. MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 13/83.

el resultado no se ha producido. Pero no es menos cierto que ello podría haber ocurrido perfectamente. Precisamente por ello, y porque —de acuerdo con este argumento— en caso de que el sujeto volviera a repetir la misma acción, del mismo modo podría producirse perfectamente el resultado, tendría sentido preventivo-especial castigar con pena estos supuestos.²⁶³ La afirmación de estas dos clases de inidoneidad parece corresponderse con la distinción entre inidoneidad por error sobre elementos vinculados al curso causal e inidoneidad por error sobre los que no lo están.

En mi opinión, lo más importante no es decidir si es posible referirse a distintas clases de inidoneidad por razón de la distinta naturaleza de los elementos sobre los que recae el error. Creo que ello puede ser admitido sin dificultad. Lo decisivo es dilucidar si esta distinción debe dar lugar a consecuencias jurídicas.²⁶⁴ Y en caso de que ello sea así, entonces deberá decidirse si estas consecuencias son las consideradas por STRATENWERTH. Esto es: la impunidad como consecuencia jurídica para los casos de error inverso sobre los elementos no vinculados al curso causal, y el castigo para los restantes supuestos de error inverso. Según mi parecer, ello no es, sin embargo, así. Es altamente dudoso que asista la razón a STRATENWERTH cuando afirma que el sujeto no cualificado que erróneamente cree que sí lo está, puede volver a encontrarse en la misma situación de error y plantearse de nuevo la comisión del mismo delito. Ciertamente, no se acaba de advertir dónde reside la diferencia, en términos de necesidad preventivo-especial de pena, entre los supuestos de

²⁶³ *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 60.

²⁶⁴ Este es también el planteamiento defendido por ALCÁCER GUIRAO en RDPC 2001, pp. 17 ss.

inidoneidad del sujeto y los de inidoneidad por otras razones. En mi opinión, la máxima político-criminal “en caso de duda sobre si tu conducta puede lesionar un bien jurídico, no actúes” tiene la misma vigencia en la primera clase de supuestos que en la segunda.

Pero adviértase, además, que el único riesgo futuro existente en los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo no es el que consiste en que el sujeto no cualificado vuelva a encontrarse en la misma situación de error. Existe un peligro hipotético todavía superior. El sujeto *inidóneo* (por ejemplo, el no funcionario) puede devenir *idóneo* (convertirse en funcionario) y plantearse la comisión del correspondiente delito de funcionario, esta vez conducente a la consumación por la ausencia de trabas vinculadas a su inidoneidad. ¿Acaso no constituye éste riesgo razón de suficiente significación preventivo-especial para afirmar la existencia de necesidad de pena en los casos de sujeto inidóneo?²⁶⁵

2.2.2. Valoración crítica de la tesis de SCHÖNKE

Tampoco resulta compartible la concepción defendida por SCHÖNKE. Como ya se ha visto *supra*, este autor, partidario de la teoría subjetiva de la tentativa, considera que el “*extraneus*” nunca podrá ser considerado autor de un delito especial por falta de voluntad delictiva. El razonamiento de SCHÖNKE adolece, en mi opinión, del mismo defecto que caracteriza a todas las concepciones subjetivas de la tentativa. Este defecto consiste en destacar como factor decisivo para la punición de la tentativa el elemento de la voluntad delictiva. Ya se ha mencionado que la referencia a la voluntad del delincuente como fundamento de la tentativa es

²⁶⁵ En sentido parecido ya BRUNS, GA 1979, p. 166.

comprensible a la luz del concepto subjetivo de tentativa previsto en el § 22 StGB. Pero no respondería, por ejemplo, a la esencia de la tentativa tal y como está regulada, por ejemplo, en nuestro Código penal.

La teoría subjetiva de la tentativa parece olvidar, en segundo lugar, que la voluntad siempre debe tener algún objeto. La voluntad del autor debe encontrarse referida a algo. No se quiere en el vacío o en abstracto, sino que se quiere algo objetivo. Lo que debe determinar el inicio de la tentativa punible no es la voluntad delictiva “en sí”, sino el substrato que constituye el referente objetivo de esa voluntad. De este modo, lo que debe distinguir al sujeto idóneo del inidóneo no es tampoco su voluntad, sino, en todo caso, el contenido objetivo de ésta. No en vano, el propio SCHÖNKE acaba reconociendo esta última circunstancia. Advierte este autor, en efecto, que mientras que en el caso del objeto inidóneo puede temerse que la voluntad delictiva se dirija la próxima vez contra un objeto idóneo, en los supuestos en que un sujeto cree erróneamente pertenecer a un determinado círculo de sujetos, aquel peligro de posible idoneidad futura, sin embargo, no se da.

A la teoría subjetiva de la tentativa y a la fundamentación de la impunidad del sujeto inidóneo en esta teoría que se encuentra en la concepción de SCHÖNKE es posible objetarle, por último, un tercer argumento crítico. Simétricamente a lo que se señaló con motivo de la crítica al concepto extensivo-subjetivo de autor, puede afirmarse que la voluntad delictiva no constituye monopolio exclusivo del sujeto idóneo del delito especial, porque son perfectamente imaginables casos en que también un sujeto inidóneo realice una conducta con voluntad delictiva. Ello es precisamente lo que sucede, de hecho, en todos los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo. En términos de

voluntad delictiva, no alcanzo a ver dónde reside la diferencia entre la conducta del sujeto idóneo y la conducta del sujeto inidóneo. Así, por ejemplo, el no-funcionario que creyendo serlo se deja sobornar actúa con la misma voluntad delictiva que quien hace lo propio siendo realmente un funcionario.

La crítica a la tesis subjetivista de SCHÖNKE presenta a esta concepción como una teoría prácticamente inédita en la historia de la teoría del delito. Ciertamente, no solo no es habitual ver en la punición del sujeto inidóneo un atentado contra la supuesta naturaleza subjetiva de la tentativa, sino que, al contrario, suele acusarse a la referida solución precisamente de representar una consecuencia necesaria de la teoría subjetiva de la tentativa,²⁶⁶ o incluso de constituir un instrumento adecuado para el “regreso al Derecho penal de la actitud interna”²⁶⁷ o para castigar un mero *desvalor de la actitud interna (Gesinnungsunwert)*.²⁶⁸

IV. ARGUMENTOS RELATIVOS AL PRINCIPIO DE “RESPONSABILIDAD POR EL HECHO”

1. Exposición

²⁶⁶ Vid. FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 84; KÖHLER, *Strafrecht, AT*, cit., p. 457; FARRÉ, *La tentativa de delito*, cit., p. 434. No en vano, BRUNS pone la RGSt 72, 110, ya citada, en la que —en contra de la doctrina y la jurisprudencia hasta entonces dominantes— se condenó a un no judío como autor de una tentativa inidónea de un delito de la Ley alemana de razas de 1935 como un ejemplo de la extensión de la teoría subjetiva de la tentativa defendida por el RG al ámbito de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo. Vid. BRUNS, *Deutsches Strafrecht 1938*, pp. 162 y 165.

²⁶⁷ Son palabras de SALM, citadas por BRUNS, GA 1979, p. 172.

²⁶⁸ Vid. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., p. 306; SCHMIDHÄUSER, *FS-Gallas*, 1973, pp. 97 s.

En opinión de un sector de la doctrina alemana, la conducta del sujeto inidóneo debe quedar impune porque en estos casos, la voluntad del sujeto frente al ordenamiento jurídico no se manifiesta en el mundo exterior. Castigar con pena al autor inidóneo supondría, por ello, un “regreso al Derecho penal de la actitud interna”, completamente superado en la actualidad.²⁶⁹ Así, por ejemplo, la actitud interna de quien escucha el llanto de un niño pequeño y, creyendo erróneamente que se trata de su hijo que se encuentra en peligro de muerte, permanece completamente inactivo, no acudiendo a ayudarlo, es, a juicio de SCHMIDHÄUSER, altamente inmoral.²⁷⁰

Pero castigar con pena a un sujeto que —como sucede con el sujeto del ejemplo— cree erróneamente encontrarse en una situación que, en caso de darse realmente, fundamentaría un deber de acción, y que, pese a esa creencia, no actúa, supondría castigar, en realidad, una mera actitud interna sin injusto. El Derecho penal —prosigue SCHMIDHÄUSER— no puede castigar las ideas, ni la actitud interna *como tal*, sino que constituye una reacción que solo puede tener lugar contra hechos injustos. Donde falte el injusto, también faltará la pena, por reprochable que sea la actitud interna del sujeto.²⁷¹

Según SCHMIDHÄUSER, el sujeto inidóneo tiene buena suerte, porque la realidad no se ha correspondido con sus representaciones

²⁶⁹ La expresión es de SALM, citado por BRUNS, GA 1979, p. 172. En idéntico sentido SCHMIDHÄUSER, *FS-Gallas*, pp. 97 s.; y WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., p. 306, que extiende su razonamiento a todos los supuestos de tentativa inidónea.

²⁷⁰ *Vid.* SCHMIDHÄUSER, *FS-Gallas*, pp. 97 s.

²⁷¹ *Vid.* SCHMIDHÄUSER, *FS-Gallas*, pp. 97 s.

internas. Si ello hubiera ocurrido, entonces habría sido merecedor de pena.²⁷²

2. Valoración crítica

Es cierto que en alguna ocasión, la doctrina ha defendido en relación con los supuestos de sujeto inidóneo que la punición de su comportamiento constituye la única solución compatible con el “Derecho penal de la voluntad” (“*Willenstrafrecht*”) propio del Estado nacionalsocialista alemán.²⁷³ Este simple dato no demuestra, sin embargo, que la punición del sujeto inidóneo deba ser rechazada por constituir un atentado contra el principio de responsabilidad por el hecho. La punición de la tentativa de sujeto inidóneo no constituye una muestra de Derecho penal de la actitud interna. No es correcto decir —como a veces se hace— que en los casos de tentativa inidónea, el hecho no existe en la realidad social, sino solo en la cabeza del sujeto. Desde el punto de vista del que aquí se parte, el fundamento de castigo de los supuestos de referencia consiste en un fundamento de naturaleza objetiva. Para un Derecho penal del hecho respetuoso con la libertad individual de pensamiento como el que aquí se defiende, solo resulta legítimo castigar los supuestos de tentativa inidónea cuando la conducta del sujeto aparezca, intersubjetivamente y desde una perspectiva “*ex ante*”, como peligrosa para el bien jurídico. No basta con que el sujeto crea en su fuero interno que la conducta entraña peligro, sino que es necesario que este peligro se exteriorice y sea intersubjetivamente perceptible. Si, por ejemplo, un sujeto es sobornado en

²⁷² *Vid.* SCHMIDHÄUSER, “Gesinnungsethik und Gesinnungstrafrecht”, en *FS-Gallas*, pp. 97 s.

²⁷³ Así lo hizo, por ejemplo, BRUNS, *Deutsches Strafrecht* 1938, p. 167.

la convicción de ser funcionario, pero esta convicción carece, sin embargo, de todo fundamento, entonces la conducta no será contemplada intersubjetivamente como un comportamiento peligroso. Se trata de una tentativa irreal impune. Si el fundamento de la punición de la tentativa inidónea —singularmente de la tentativa de sujeto inidóneo— residiera en la inmoralidad de la actitud interna del sujeto, entonces también deberían ser castigados con pena los casos de tentativa irreal. Porque en términos de actitud interna, la tentativa inidónea y la tentativa irreal no se distinguen en nada.

SCHMIDHÄUSER reconoce que al sujeto inidóneo no se le castiga porque tiene suerte. Así, por ejemplo, si el no garante que permanece inactivo creyendo erróneamente serlo no puede ser castigado con pena —como SCHMIDHÄUSER considera acertado—, ello se debe a que el sujeto de referencia tiene la suerte de que su representación de la realidad no coinciden con ésta. La afirmación de SCHMIDHÄUSER parte de la premisa de que la fortuna del sujeto en los casos en que “*ex post*” se comprueba que es inidóneo debe ser *asumida* por el Derecho penal.

Pero, ¿por qué debe quedar sin pena el sujeto que, de acuerdo con una situación en que el hombre medio, desde una perspectiva *ex ante* y con los conocimientos del autor, incurriría en el mismo error inverso, si, solo finalmente, esto es, únicamente “*ex post*”, se comprueba que la situación típica no se ha dado en la realidad *por pura casualidad* o por *suerte*? Desde un punto de vista político-criminal, la impunidad de casos que desde una perspectiva intersubjetiva “*ex ante*” presentan una peligrosidad tan elevada sería, por lo demás, altamente desaconsejable. La falta de castigo de estas conductas daría lugar, a buen seguro, a que el número de sujetos dispuestos a asumir más riesgo en situaciones peligrosas —esto es, a no actuar en

supuestos en que parezca que se da la situación típica, esto es, la posición de garante— se viese incrementado.

V. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TEORÍA DE LA TENTATIVA

1. Exposición

1.1. *Casos de sujeto inidóneo como supuestos de falta de tipo. La teoría de la “falta de tipo” (“Mangel am Tatbestand”)*

Según la teoría de la falta de tipo (*Mangel am Tatbestand*), la ausencia de cualquier elemento del tipo distinto del resultado dará lugar a la falta de tipo correspondiente y, con ello, a la impunidad. Si se produce la concurrencia de todos los elementos del tipo y lo único que falta es el resultado, entonces nos encontraremos ante una tentativa. Pero si lo que se encuentra ausente es, en cambio, otro elemento, entonces faltará ya el tipo mismo. La conducta no podrá ser castigada, entonces, ni siquiera como tentativa. De acuerdo con este planteamiento, en los supuestos en que la conducta típica de un delito especial es realizada por un sujeto inidóneo falta uno de los elementos del tipo distintos al resultado, la cualidad del autor, aunque el sujeto crea erróneamente que se produce su concurrencia. Para la teoría de la falta de tipo, la falta de este elemento típico distinto del resultado conducirá, pese a su creencia errónea, a la impunidad.²⁷⁴

²⁷⁴ Han defendido la impunidad del sujeto inidóneo desde la teoría de la falta de tipo, entre otros autores, GRAF zu DOHNA (*vid.* CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal, PG, III, Teoría jurídica del delito/2*, 2001, p. 198; y ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 20 s.); FRANK, StGB, 18ª ed., cit., pp. 83 ss.; SCHOETENSACK, *FG-Frank*, II, pp. 59 ss.; M. E. MAYER, *Lehrbuch, AT*, 2ª ed. (reimpresión), 1923, p. 363; y JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., pp. 787 s. Parecen hacer lo propio en la actualidad, aunque *de lege lata* y en relación con la regulación prevista en

La idea de que la ausencia de todo elemento típico distinto al resultado debe conducir necesariamente a la impunidad, auténtica tesis central de la teoría de la falta de tipo, se asentó, sobre todo, en dos distintas clases de fundamento: a) una concepción causalista “*ex post*” del delito; y b) una teoría *objetiva* de las normas. De acuerdo con el primer fundamento (a), desde una concepción causalista “*ex post*” del delito no resulta posible calificar como tentativa de delito una conducta en la que falte algún elemento del tipo, pero no se produzca, en cambio, la ausencia del resultado por alguna causa sobrevenida al inicio de la acción. Según este argumento, en caso de ausencia de algún elemento típico ya desde el principio, entonces faltará ya el tipo mismo. La teoría de la falta de tipo se fundamenta también, en segundo lugar, en una concepción objetiva de las normas (b). En opinión de un sector doctrinal, la concepción objetiva de las normas que mayor influencia ha ejercido sobre la teoría de la falta de tipo ha sido la teoría de las normas de Karl BINDING. Para este autor, el contenido de las normas es de naturaleza exclusivamente objetiva. Se trata de mandatos o prohibiciones de causación. Los elementos objetivos exigidos por la norma deben concurrir en la acción desde el inicio mismo de su ejecución. No están prohibidas por la norma aquellas conductas que en el momento de iniciarse la ejecución no presentan todos los elementos de aquélla. Las conductas que ya *a priori* se presentan como inidóneas para consumir el delito, esto es, para causar el resultado, no están prohibidas por

el ÖStGB, HAGER / MASSAUER. Según estos autores, de acuerdo con el § 15.3 ÖStGB (“La tentativa y la participación en ella no son punibles cuando la consumación del hecho no era posible bajo ninguna circunstancia por la falta de cualidades o relaciones personales que la ley presupone para el que actúa, o atendiendo a la modalidad de la acción o del objeto sobre el que el hecho fue cometido”), los casos de sujeto inidóneo deben quedar impune por atípicos, porque en estos casos faltaría ya el tipo mismo de la tentativa. *Vid.* HAGER / MASSAUER, en HÖPFEL / RATZ, *WK* 1999, §§ 15-16/71. Sobre la teoría de la falta de tipo como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo *Vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 437.

la norma. Si concurren todos los elementos del tipo, se dará un delito *completo* (consumado). Si no se llega a la causación del resultado, pero se ha comenzado a realizar el delito, concurriendo en la conducta en ese momento todos los elementos del tipo, entonces se da para BINDING un delito *parcial* (tentativa).²⁷⁵

Varias han sido las formulaciones que la teoría de la falta de tipo ha conocido. Las versiones más conocidas de esta teoría fueron las defendidas en Alemania por GRAF ZU DOHNA y FRANK, y en Argentina por JIMÉNEZ DE ASÚA.

1.1.1. *La tesis de GRAF ZU DOHNA*

Para la fundamentación de la falta de tipo en los supuestos de conducta de sujeto inidóneo, GRAF ZU DOHNA parte de la idea de que los elementos del delito se dividen en dos distintas clases: a) elementos del delito típicos que se encuentran en relación causal con la acción del sujeto; y b) elementos del delito que no se hallan en una tal relación. DOHNA llama a los primeros “elementos causales”, y a los segundos “elementos conceptuales”. Para DOHNA, la ausencia de algún elemento causal del delito dará lugar a tentativa. Si lo que está ausente es, en cambio, un elemento conceptual, entonces faltará ya el tipo mismo. En opinión de DOHNA, la cualificación exigida en algunos tipos para el sujeto activo constituye un elemento conceptual del delito. Esta cualificación debe estar presente ya en el momento en que se inicia la acción típica. Desde esta

²⁷⁵ Sobre la teoría de las normas de BINDING como fundamento de la teoría de la falta de tipo, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 25.

perspectiva, los casos de inidoneidad del sujeto activo son, por tanto, impunes por falta de tipo.²⁷⁶

Rechazada la solución de la tentativa, en los supuestos en que el sujeto inidóneo ha realizado todo lo abarcado por su voluntad, esto es, ha producido el resultado del delito, DOHNA reconoce como única alternativa el castigo como delito consumado. Según este autor, no puede calificarse de tentativa un comportamiento que produce el resultado del delito, porque para la teoría de la falta de tipo de DOHNA, la tentativa consiste precisamente en la no producción del resultado del delito. Así, por ejemplo, el no-funcionario que recibe dádivas en la convicción de que realmente es funcionario no puede ser castigado, según DOHNA, como autor de una tentativa, porque el resultado del delito (la obtención de la dádiva) se ha producido efectivamente. Pero puesto que a la conducta del sujeto inidóneo le falta un elemento conceptual del delito, esta conducta no solo no puede ser castigada como un delito consumado, sino que ni siquiera puede ser considerada una conducta típica.²⁷⁷

1.1.2. *La tesis de FRANK*

Afirma FRANK que “un delito se consuma cuando, en correspondencia con la culpabilidad del autor, se han realizado todos los elementos de su tipo externo. Si ello sucede, solo es posible decidirlo de la

²⁷⁶ Para una exposición de la versión de la teoría de la falta de tipo defendida por GRAF ZU DOHNA, así como de sus consecuencias en relación con los casos de sujeto inidóneo, *vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 20 s.

²⁷⁷ Sobre esta tesis de GRAF ZU DOHNA *vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 22.

mano de cada tipo en particular”.²⁷⁸ Según ello, habrá tentativa, en cambio, cuando falte el “resultado externo típico previsto en la ley”.²⁷⁹ No en vano, el propio § 43 del antiguo StGB exige para la tentativa la concurrencia de un elemento negativo consistente en la ausencia de *consumación* del delito.²⁸⁰ En opinión de FRANK, no tendría lugar, en cambio, un supuesto de tentativa, sino de “falta de tipo”, cuando lo que falta no es el resultado, sino otro elemento del tipo cuya concurrencia el sujeto creyó erróneamente que se producía. La diferencia entre los supuestos de tentativa y los de falta de tipo residiría —siempre según FRANK— en que mientras que los casos de tentativa no se produce ningún error, en los de falta de tipo, en cambio, sí.²⁸¹

En opinión de FRANK, desde el punto de vista del uso de la lengua u otras consideraciones materiales, casos como el del viudo que contrae matrimonio convencido de que su primera esposa está viva, cuando en realidad no lo está (a), o el del no funcionario que, considerándose erróneamente como tal, abusa sexualmente de la persona que tiene bajo su custodia (b), no pueden ser considerados tentativa. La tentativa consiste en la realización de una acción con la intención de producir un resultado sin que éste se produzca. Para FRANK, en los casos de referencia, el sujeto realiza, ciertamente, una acción; pero no *intenta* cometer el delito. Así, en el primer caso (a), el sujeto *cree* que comete un delito de bigamia, pero, en

²⁷⁸ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 83.

²⁷⁹ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., pp. 83 s.

²⁸⁰ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 84. Según el § 43 del antiguo StGB “quien ha resuelto cometer un delito o una falta por medio de acciones que implican el inicio de la ejecución del delito o la falta, debe ser castigado por tentativa si el delito o la falta deseado no ha llegado a la consumación” (cursiva añadida).

²⁸¹ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 84.

realidad, ni lo comete, ni *intenta* cometerlo. Y en el segundo (b), el sujeto *crea* cometer el delito de abusos sexuales de funcionario, pero tampoco lo hace ni lo *intenta*.²⁸²

Según FRANK, aceptar que tales supuestos deben ser tratados como casos de tentativa punible presupone reconocer la supremacía de la teoría subjetiva de la tentativa. Este último extremo no puede ser, sin embargo, aceptado. Y ello por dos motivos: a) la teoría subjetiva de la tentativa atenta contra el principio “*nullum crimen sine lege*”, ya que la punibilidad de la tentativa dejaría de depender de la ley pasando a hacerlo de la voluntad del sujeto; y b) cuando el § 43 StGB alude a los términos “delito” y “falta”, lo hace en un sentido *objetivo* (“delito” y “falta” según la *ley*), no en un sentido *subjetivo* (“delito” y “falta” según el *sujeto*).²⁸³ FRANK aclara, por fin, que los casos de falta de tipo por ausencia de la cualidad del autor no son supuestos de delito putativo. Ésta última denominación se reserva para aquellos supuestos en que el sujeto no incurre en un error a revés sobre la cualidad de la autoría, sino sobre el derecho.²⁸⁴

1.1.3. *La tesis de JIMÉNEZ DE ASÚA*

Al igual que FRANK, también JIMÉNEZ DE ASÚA considera que los casos de sujeto inidóneo no constituyen supuestos de error de prohibición al revés (delito putativo impune), sino de error de tipo al revés. Falta uno de los elementos del *tipo* (la cualidad del autor), pero el sujeto

²⁸² *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 83.

²⁸³ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 84.

²⁸⁴ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 85.

Cree, erróneamente, que concurren todos. La impunidad de esta clase de conducta obedece para JIMÉNEZ DE ASÚA a que falta el tipo. Allí donde la ley exige del autor una cualidad especial, si esta cualidad no se da, entonces falta el tipo mismo, aunque el sujeto crea erróneamente que se produce su concurrencia.²⁸⁵ Así, aunque JIMÉNEZ de ASÚA empieza su análisis sobre los supuestos de sujeto inidóneo señalando que “la falta de idoneidad del agente acaso deba mirarse como un caso de específica atipicidad más que de delito imposible o carencia de tipo”,²⁸⁶ en un momento posterior de su exposición afirma el penalista español que “esos supuestos en que el sujeto activo es inidóneo, más que delitos putativos, son en todo caso carencia de tipo”, así como que “lo que se da es una falta de tipo, si no es un caso de tipicidad”.²⁸⁷

1.2. Rechazo de la teoría de la “conclusión inversa” (“Umkehrschluß”)

En su importante trabajo monográfico *Der untaugliche Täter im Strafrecht* (1955),²⁸⁸ así como en su artículo “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes” (1979),²⁸⁹ Hans-Jürgen BRUNS defendió la punición del sujeto inidóneo a partir de una idea de naturaleza esencialmente lógica: la idea de la “conclusión inversa” (“Umkehrschluß”).

²⁸⁵ Sobre la teoría de la falta de tipo de JIMÉNEZ DE ASÚA, Vid. ROMERO, *LH-Jiménez de Asúa*, p. 240.

²⁸⁶ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 787.

²⁸⁷ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788.

²⁸⁸ Este trabajo consistió en la transcripción en el cuaderno 17 de la Revista de la Asociación de Estudios Jurídicos de Karlsruhe del Tribunal Supremo alemán de la conferencia pronunciada en esta sede en 1955. Vid. BRUNS, GA 1979, p. 163.

²⁸⁹ Publicado en GA 1979, pp. 161-189.

De acuerdo con esta idea, si el error sobre un elemento del tipo objetivo sirve para descargar al sujeto de responsabilidad penal (antiguo § 59, actual § 16.1 StGB),²⁹⁰ la creencia errónea de su concurrencia debe ser considerada, entonces, en su contra. Así, si el error sobre un elemento del tipo puede eximir de responsabilidad penal, cuando la situación es la inversa, esto es, cuando el sujeto cree erróneamente que concurre un elemento del tipo, la consecuencia jurídica debe ser también la inversa: la punibilidad. El sujeto inidóneo es, de este modo, autor de una tentativa inidónea punible. Debe ser tratado, por tanto, exactamente igual que todos los restantes casos de tentativa inidónea.²⁹¹

En su trabajo “Zur Frage der Strafbarkeit des “Versuchs” eines untauglichen Subjekts”,²⁹² BRUNS señala que hasta la RGSt. 72, 110, la jurisprudencia alemana había aplicado la conclusión inversa del § 59 StGB referida por BRUNS para todos los supuestos de creencia errónea de la concurrencia de un elemento del tipo a excepción de los supuestos de sujeto inidóneo en los delitos especiales. Hasta la RGSt. 72, 110, el RG castigaba todos los casos de tentativa inidónea a excepción de los de sujeto inidóneo. BRUNS critica esta tesis y alaba la nueva jurisprudencia instaurada por la sentencia de referencia, porque: a) también las cualidades de autoría de los delitos especiales son elementos del tipo a los efectos de la conclusión inversa del § 59 StGB; b) la impunidad del sujeto inidóneo contradecía la teoría subjetiva de la tentativa defendida por el propio RG.²⁹³

En ocasiones, el elemento típico objeto del error inverso del sujeto consiste en un elemento de naturaleza normativa. Tal es el caso, por ejemplo, de la cualidad de funcionario del sujeto activo en los delitos de

²⁹⁰ Según este precepto “Quien en la comisión del delito no conoce una circunstancia que pertenece al tipo doloso, no actúa dolosamente. Queda intacta la punibilidad por comisión imprudente”.

²⁹¹ *Vid.* BRUNS, GA 1979, pp. 168 ss.

²⁹² Publicado en *Deutsches Strafrecht* 1938, pp. 161 ss.

²⁹³ Sobre la teoría de la conclusión inversa *vid.* ENGISCH, “Der «umgekehrte Irrtum» und das «Umkehrprinzip»”, en *FS-Heinitz*, 1972, p. 194; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 435; SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, pp. 622 s.

funcionario. BRUNS distingue entre dos aspectos de la posición de funcionario: a) su fundamento (*Grundlage*); y b) su significado (*Bedeutung*) o sentido social. Según BRUNS, para que pueda hablarse de error inverso en el sentido antes referido es necesario que el sujeto incurra en la creencia errónea de ambos aspectos. Cuando ello suceda, habrá tentativa. Es el criterio de la “valoración paralela inversa del autor en la esfera del profano” (“*ungekehrte Parallelwertung in der Laiensphäre*”).²⁹⁴

Sin embargo, la teoría de la “conclusión inversa” de BRUNS no ha recibido el beneplácito unánime de la doctrina. La principal acusación que se ha formulado contra la teoría que ahora nos ocupa la presenta como una concepción dotada de un contenido exclusivamente lógico-formal sin referente valorativo-material alguno. Según esta crítica, la teoría de la “conclusión inversa” vendría a constituir un claro ejemplo de la denostada jurisprudencia de conceptos.²⁹⁵ De acuerdo con esta línea de pensamiento, se afirma que no es correcto resolver la cuestión relativa a la punibilidad de la tentativa atendiendo a un criterio exclusivamente formal como el del error al revés. Así, por ejemplo, SÁINZ DE ROBLES señala entre nosotros que la aplicación de un tal criterio conduce a BRUNS a la errónea afirmación de que “todo error de tipo al revés constituye una tentativa inidónea”. SÁINZ DE ROBLES reconoce que, ciertamente, toda tentativa inidónea consiste en un error de tipo al revés. Pero de ello no se infiere, sin embargo, que, como dice BRUNS, todos los casos de error de tipo al revés deban ser considerados supuestos de tentativa inidónea punible.²⁹⁶

²⁹⁴ Vid. BRUNS, GA 1979, pp. 186 s.

²⁹⁵ En este sentido HARDWIG, GA 1957, p. 172; LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., p. 232; SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 624, nota 11.

²⁹⁶ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 625.

2. Valoración crítica

2.1. *Valoración crítica general de la teoría de la falta de tipo.* *Valoración crítica de las concepciones de FRANK y JIMÉNEZ DE ASÚA*

Tal y como se ha expuesto *supra*, solo existe tentativa para los defensores de la teoría de la falta de tipo cuando concurren todos los elementos del tipo excepto el resultado típico. El concepto de tentativa exige la ausencia de la producción del resultado típico. Su aparición impedirá —según la teoría de la falta de tipo—, por definición, hablar de tentativa. Esta es la razón por la que la teoría de la falta de tipo no solo no reconoce la punibilidad de la tentativa inidónea, sino que niega, en realidad, que la tentativa inidónea sea auténtica tentativa. La definición de tentativa de la que parte la teoría de la falta del tipo deja fuera de este concepto a todos los supuestos en que, ya desde el principio, queda excluida la posibilidad de que se produzca el resultado por cualquier motivo. La teoría de la falta del tipo no distingue, por tanto, entre tentativa inidónea por razón del objeto y los medios, por una parte, y tentativa inidónea por razón del sujeto activo, por otra, considerando a las primeras tentativas punibles, y a la segunda, en cambio, impune. Desde la perspectiva de la teoría que ahora nos ocupa, ni los supuestos con objeto material o medios inidóneos, ni aquéllos en que la inidoneidad afecta al sujeto activo son subsumibles en el concepto de la tentativa típica. La teoría de la falta de tipo no es una concepción de la atipicidad de la tentativa de sujeto inidóneo, sino de la atipicidad de la tentativa inidónea en sentido amplio.

La teoría de la falta de tipo llega a la conclusión de que los supuestos de tentativa inidónea no caben, en realidad, en el concepto de

tentativa a partir de un concepto de consumación y tentativa de naturaleza estrictamente causal. Para la concepción objeto de la presente valoración crítica, la consumación del delito se produce cuando el curso causal se desarrolla hasta el final, hasta desencadenar, en su caso, en el resultado final exigido por el tipo. Desde esta perspectiva causal, la tentativa consiste en el inicio del curso causal sin la producción del resultado típico.

Sin embargo, los conceptos exclusivamente causales de tentativa y consumación defendidos desde la teoría de la falta de tipo se encuentran hoy completamente superados. La doctrina moderna ha advertido que el concepto causal de tentativa y consumación resulta demasiado estrecho para comprender todos los supuestos que merecen la calificación y la pena del delito intentado. Por este motivo, se ha impuesto un concepto *formal*, más amplio, de tentativa y de consumación. De acuerdo con este concepto, nos encontraremos ante un delito consumado cuando concurren todos los elementos del tipo objetivo del delito. Se dará, en cambio, una tentativa de delito cuando falte alguno de ellos. El concepto de tentativa no tiene como elemento negativo la ausencia de *resultado*, sino la ausencia de *consumación*. Y ésta puede provenir de la falta de cualquiera de los elementos del tipo: del resultado, o de cualquier otro elemento de la descripción típica.²⁹⁷ Si se parte de un concepto formal de tentativa, entonces puede ser afirmada sin dificultad —en caso de que se considere que dicho comportamiento es merecedor de pena— la existencia de tentativa en los supuestos de sujeto inidóneo que ejecuta el curso causal hasta producir el resultado típico. Desde esta perspectiva, también la calificación como tentativa, y no solo la solución de la impunidad, se

²⁹⁷ Definen la tentativa y la consumación en este sentido formal, entre otros, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 13/46 y 79; BACIGALUPO ZAPATER, *Principios de Derecho penal*, PG, 5ª ed., cit., p. 336; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 22.

presenta en los supuestos acabados de exponer como alternativa válida al inaceptable castigo por delito consumado.²⁹⁸

Claramente representativo del abandono del concepto clásico de tentativa circunscrito a la ausencia de producción causal del resultado por un concepto de tentativa y consumación que permita referirse a una u otra en función de si se produce, o no, la concurrencia de todos los elementos del tipo objetivo del delito correspondiente es el concepto de tentativa defendido en la actualidad por JESCHECK. Según este autor, “existe tentativa inidónea cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal no puede llegar a la consumación por razones fácticas o jurídicas”.²⁹⁹ De acuerdo con esta definición, la falta de consumación del delito puede obedecer a dos posibles clases de razones: a) razones *fácticas*; b) razones *jurídicas*. La referencia a la tentativa como falta de consumación por razones de naturaleza *fáctica* enlaza con el concepto *histórico* de tentativa. En efecto, en el origen del concepto de tentativa, lo que decidía era, exclusivamente, la falta de consumación por razones exclusivamente *fácticas*.³⁰⁰ Si se define la tentativa como la falta de consumación del delito, además, por razones de orden *jurídico*, entonces se está abriendo la puerta —en contra del origen histórico del concepto de tentativa— también al castigo de los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo.³⁰¹

Sin embargo, la referencia de JESCHECK a los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo no constituye, en mi opinión, una expresión especialmente afortunada. En efecto, varias son las dudas que la terminología empleada por JESCHECK viene a suscitar. En primer lugar, la decisión de castigar los casos de falta de consumación por razones jurídicas parece insinuar que en supuestos distintos a la tentativa inidónea, la punibilidad podrá depender de razones de orden estrictamente *fáctico*. Nada está, sin embargo, más lejos de la realidad. La decisión sobre si debe o no debe ser castigada la tentativa (singularmente, la tentativa inidónea) siempre consistirá en una decisión de carácter *valorativo*; esto es: en una decisión que debe ser adoptada atendiendo a razones de naturaleza *jurídica*. Ello también ocurre

²⁹⁸ El concepto causal de tentativa y consumación defendido por la doctrina clásica tampoco coincidió, por lo demás, con el concepto de tentativa previsto en el antiguo § 43 StGB. En contra de lo afirmado por FRANK, el referido precepto no definía la tentativa de un delito como “falta de un acontecimiento futuro abarcado por el dolo” (*vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 84), sino como falta de “consumación”.

²⁹⁹ *Vid.* JESCHECK, *Tratado de Derecho penal*, PG, cit., p. 725.

³⁰⁰ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 632.

³⁰¹ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 630.

cuando se decide castigar la tentativa en los casos donde el resultado no se ha producido por alguna razón de carácter fáctico.

En segundo lugar, la equiparación de los casos de falta de consumación del delito por razones jurídicas con los supuestos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo parece presuponer que la cualidad objeto del error inverso debe tener siempre naturaleza jurídica. Esto es: que debe consistir en un error sobre el derecho. Ello no es, sin embargo, así. El fundamento de esta negativa es doble. Por una parte, ya se ha mencionado *supra* que no todos los elementos que sirven para limitar la autoría en los delitos especiales son de naturaleza normativa, ni describen destinatarios de deberes específicos. Tal es el caso, por ejemplo, del elemento “hombre” del delito de acciones exhibicionistas (§ 183 StGB), o del —más discutible— del “deudor” del delito de alzamiento de bienes (§ 266 StGB). Por otra parte, también es posible que el error del sujeto inidóneo no recaiga sobre las facultades que el derecho otorga a quien ostenta la condición de funcionario, sino sobre su substrato fáctico. Esto es, sobre el *hecho* de ser funcionario. El sujeto inidóneo, por tanto, puede creer erróneamente que se encuentra en una situación que le convierte en funcionario. Si ello —como parece innegable— es así, entonces es obligado preguntarse si también en estos supuestos la falta de consumación se debe a las “razones jurídicas” esgrimidas por JESCHECK. En mi opinión, esto es más que dudoso. Una respuesta afirmativa a esta pregunta solo puede ser compartida si se parte de una concepción de los delitos especiales como la defendida, por ejemplo, por SÁINZ DE ROBLES. Ya se ha visto *supra* que para esta autora, los delitos especiales consisten en delitos con una estructura “fuertemente normativizada”,³⁰² así como que esta concepción no es completamente de recibo. También resulta altamente dudoso, por lo demás, que asista la razón a SÁINZ DE ROBLES cuando afirma que definir la tentativa como “falta de consumación del delito por razones de orden fáctico o *jurídico*” representa abrirle la puerta de par en par al castigo de los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo.³⁰³ Ello lo pone de manifiesto el hecho de que alguno de los autores que se ha mostrado partidario de un tal concepto de tentativa, no ha visto óbice en ello para defender la *atipicidad* de los supuestos de sujeto inidóneo.³⁰⁴

La conexión de la teoría de la falta de tipo con la teoría de las normas de BINDING convierte a la primera en una concepción

³⁰² Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 629.

³⁰³ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 630.

³⁰⁴ Tal es el caso, por ejemplo, de RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Curso de Derecho penal*, PG, 18ª ed., cit., p. 789 (donde se adhieren al concepto de tentativa de JESCHECK) y 793 (donde consideran atípica la conducta del sujeto inidóneo).

difícilmente compatible con las ideas de prevención y perspectiva *ex ante*. La teoría de las normas no enjuicia la cuestión relativa a si la conducta del sujeto inidóneo infringe la norma prohibitiva desde una perspectiva *ex ante*, sino únicamente desde un punto de vista *ex post*. Como con razón apunta ALCÁCER, la teoría de la falta de tipo contempla la acción del sujeto inidóneo a partir de lo ontológicamente existente, ignorando la perspectiva cognitiva del destinatario de las normas.³⁰⁵

Tiene razón FRANK cuando afirma que la punibilidad de una conducta no puede ser decidida por su autor, sino por la ley. Éste constituye, sin duda, uno de los principales argumentos invocables en favor de la teoría objetiva de la tentativa y en contra de la subjetiva. También aquí se considera preferible partir de la primera teoría en detrimento de la segunda. Pero no es en absoluto cierto que la fundamentación de la tentativa desde los presupuestos de una teoría objetiva sea, por principio, incompatible con la punibilidad del sujeto inidóneo. No es cierto que esta última tan solo pueda ser coherente con los presupuestos de una teoría subjetiva de la tentativa. Desde el punto de vista adoptado en la presente investigación, el enjuiciamiento de la tentativa inidónea debe realizarse teniendo en cuenta, ciertamente, elementos de naturaleza *subjetiva*, tales como el plan del autor o su nivel de conocimiento de los hechos en el momento en que se dispone a realizar la acción. Pero esta valoración debe consistir, ante todo, en un juicio intersubjetivo de peligrosidad *objetiva* de la conducta formulado desde una perspectiva *ex ante* por un espectador objetivo provisto de los conocimientos del autor. De lo contrario, resultaría completamente imposible distinguir la tentativa inidónea —que debe ser

³⁰⁵ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 26 s. y 33.

castigada— de la tentativa irreal —que debe permanecer, en cambio, impune.

Ya se ha señalado *supra* que uno de los fundamentos de la teoría de la falta de tipo de FRANK consiste en el uso habitual del término “tentativa” en el lenguaje convencional. Baste recordar que FRANK considera que el uso normal del lenguaje no permite afirmar del viudo que contrae matrimonio creyendo erróneamente que su primera esposa todavía está viva que *intenta* cometer bigamia; o del sujeto que, creyéndose erróneamente funcionario público, que *intenta* cometer el delito de abusos sexuales de funcionario.³⁰⁶

A la argumentación de FRANK resultan oponibles, sin embargo, dos objeciones. La primera objeción consiste en que —como ya fue puesto de manifiesto con motivo de la exposición y crítica de la doctrina de los “*Delicta sui generis*”— el recurso al uso normal del lenguaje como forma de resolución de los problemas que plantea el Derecho penal resulta de una operatividad altamente dudosa.³⁰⁷ La segunda crítica a la referencia al uso normal del lenguaje que se encuentra en la concepción de FRANK descansa en la siguiente idea: la remisión al uso normal que el término “tentativa” tiene en el lenguaje popular sume a FRANK en una argumentación circular, sin salida. FRANK asegura, en efecto, que el viudo que contrae matrimonio en el erróneo convencimiento que su primera mujer todavía vive, debe quedar impune. Ello se debería a que el sujeto *no*

³⁰⁶ *Vid.* FRANK, StGB, 18ª ed., cit., p. 83.

³⁰⁷ Para un análisis más detallado de la fundamentación metodológica de esta conclusión, *vid. supra*.

intenta cometer bigamia, sino que solo *crea cometerla*.³⁰⁸ Lo que FRANK no dice *expresamente* es, en cambio, por qué la conducta del sujeto no puede ser considerada un *intento* de cometer bigamia. Esta ausencia *expresa* de fundamentación conduce a una petición de principio. En efecto, de nada sirve limitarse a decir que la conducta del viudo es impune por que, de acuerdo con el uso habitual del término “tentativa” en el lenguaje convencional, así como de acuerdo con otras consideraciones materiales, el sujeto “no intenta” cometer el delito de bigamia. Porque de lo que se trata es, precisamente, de saber *por qué* puede decirse que ello es así.

Es posible, con todo, reconocer que el planteamiento de FRANK descansa sobre la base de una fundamentación *tácita*. La fundamentación es la siguiente: la conducta del viudo debe permanecer impune porque un Derecho penal respetuoso con el principio “*nullum crimen sine lege*” no puede castigar por lo que el sujeto *crea*, sino solo por lo que el sujeto *hace*.³⁰⁹ En mi opinión, tan indiscutible como la idea de que los pensamientos no delinquen es, sin embargo, que para la resolución de la problemática de la tentativa de sujeto inidóneo no basta con una mera remisión a los principios de legalidad y responsabilidad por el hecho. Ello serviría para fundamentar la impunidad de la tentativa *irreal*, carentes de toda peligrosidad objetiva, pero no, en cambio, para los supuestos de tentativa inidónea. Porque en esta última constelación de casos, el sujeto no solo *crea* erróneamente estar cualificado, sino que también *actúa* poniendo en peligro el bien jurídico protegido.

³⁰⁸ *Vid.* FRANK, StGB, 18^a ed., cit., p. 83.

³⁰⁹ *Vid.* FRANK, StGB, 18^a ed., cit., p. 84.

Por lo que respecta a la teoría de la falta del tipo defendida por JIMÉNEZ DE ASÚA, a ésta debe ser objetado el empleo de las expresiones “atipicidad”, “carencia de tipo” y “falta de tipo” con una enorme dosis de ambigüedad. En efecto, mientras que al inicio de su argumentación JIMÉNEZ DE ASÚA distingue entre “atipicidad” y “carencia de tipicidad” como dos causas de exención de la responsabilidad con contenido aparentemente distinto (“la falta de idoneidad del agente acaso deba mirarse como un caso de específica atipicidad más que de delito imposible o carencia de tipo”),³¹⁰ en un momento posterior de su exposición parece insinuar, en cambio, que aquellas dos expresiones son sinónimas (“esos supuestos en que el sujeto activo es inidóneo, más que delitos putativos, son, en todo caso, carencia de tipo”)³¹¹ y de la tercera expresión “falta de tipo” (“lo que se da es una falta de tipo, si no es un caso de atipicidad”).³¹²

A la vista de la exposición de JIMÉNEZ DE ASÚA, no es posible discernir si para el autor español la conducta del sujeto inidóneo debía quedar impune por “falta de tipo”, por “atipicidad” o por “carencia de tipo”. O si en realidad su impunidad obedece indistintamente tanto a una como a otra por tratarse de expresiones sinónimas. Cuando JIMÉNEZ DE ASÚA distingue, por ejemplo, entre “atipicidad” y “carencia de tipo”, el autor no dice expresamente dónde reside esta distinción. Del mismo modo, cuando cambia de expresión y pasar a aludir a la “falta de tipo” en lugar de referirse a la “carencia de tipo” antes empleada, tampoco aclara si ambas expresiones son utilizadas o no en idéntico sentido. A falta de mayor

³¹⁰ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 787.

³¹¹ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788.

³¹² Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788.

claridad expositiva, estimo preferible considerar que todas las expresiones en juego (“atipicidad”, “falta de tipo” y “carencia de tipo”) son sinónimas entre sí.

La afirmación de JIMÉNEZ de ASÚA de que “no podemos aceptar que al sujeto que creyéndose soldado deserta, se le pueda imponer la pena de tentativa de deserción, ya que un paisano, no llamado al servicio de las armas, es imposible que cometa el delito de deserción, ni consumado, ni intentado” conduce, por lo demás, a una argumentación circular. Es una petición de principio, en efecto, contestar a la pregunta de si puede castigarse por tentativa de deserción al sujeto no soldado afirmando que “es imposible que cometa el delito de deserción, ni consumado, ni intentado”. Y lo es porque el contenido de esta respuesta no resuelve el problema, sino que se limita a plantearlo. No puede darse respuesta a la pregunta relativa a la punibilidad de la deserción del no soldado contestando que el sujeto inidóneo no puede cometer dicho delito, porque es precisamente esto último lo que pretende conocerse. De lo que se trata es, precisamente, de conocer si el no soldado puede cometer el delito de deserción. Como ya se ha expuesto más arriba, la crítica al carácter tautológico de la argumentación de JIMÉNEZ de ASÚA constituye, en realidad, una crítica a la teoría de la falta de tipo misma. La presencia de argumentos meramente formales en apoyo de la solución de la impunidad del sujeto inidóneo evidenciada en el razonamiento de JIMÉNEZ de ASÚA (“en los delitos propios o especiales se reclama que el agente sea “funcionario”, “soldado”, etc., y el autor no lo es, aunque él crea serlo, lo que se da es una falta de tipo si no es un caso de atipicidad”³¹³ es absolutamente extensible a las argumentaciones defendidas en Alemania

³¹³ Vid. JIMÉNEZ de ASÚA, *Tratado de Derecho penal*, VII, cit., p. 788.

desde la más ortodoxa teoría de la falta de tipo por autores como FRANK o GRAF zu DOHNA.

2.2. Valoración crítica del rechazo a la teoría de la conclusión inversa

Es posible que la teoría de la conclusión se presente, a primera vista, como una concepción estrictamente lógica carente de todo substrato material o valorativo. No obstante ello, mi opinión es que esta primera valoración no hace completa justicia a la tesis que ahora nos ocupa. También desde un punto de vista material tiene pleno sentido defender la corrección de la conclusión inversa.

Puesto que no está justificado someter a los elementos de la autoría a un tratamiento diferente del que merecen los restantes elementos del tipo objetivo,³¹⁴ negar la existencia de una tentativa por la ausencia del elemento de la autoría supondría un regreso a la ya superada teoría de la falta de tipo.³¹⁵ El efecto inverso al que se refiere la teoría que ahora nos ocupa no se produce, sin embargo, en todos los casos en que el sujeto cree erróneamente que concurre un elemento del tipo; sino solo cuando esta creencia errónea es compartida intersubjetivamente. En un sentido parecido al punto de vista defendido entre nosotros por ALCÁCER GUIRAO, podría decirse que también en los casos de error inverso sobre un elemento

³¹⁴ Dice BRUNS: “(...) por encima de todo no debería seguirse haciendo depender la decisión [*scil.* sobre la punibilidad] de las contingencias de si la inidoneidad de la tentativa tiene su fundamento en la inidoneidad del sujeto, del objeto, del medio o de una modalidad de la acción. Para la inversión del [antiguo] § 59 StGB son todas las circunstancias del hecho equivalentes”. *Vid.* BRUNS, *Der untaugliche Täter*, cit., p. 42, citado por LANGER, *Das Sonderverbrechen*, cit., pp. 231 s., nota 74. En idéntico sentido MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., cit., § 40/174.

³¹⁵ *Vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 435.

del tipo puede producirse la concurrencia social o intersubjetiva del elemento del tipo objeto de la creencia errónea del sujeto. Creo que este planteamiento se encuentra en la base de la idea de la conclusión inversa, constituyendo, en realidad, el fundamento (objetivo) no solo del merecimiento de pena de la tentativa de sujeto inidóneo, sino de la punición de la tentativa inidónea en general. No en vano, una de las voces que más críticamente se ha pronunciado entre nosotros contra la teoría de la conclusión inversa de BRUNS, SÁINZ DE ROBLES, ha reconocido expresamente “es el mismo BRUNS quien subraya que su posición —el tratamiento del sujeto inidóneo como autor de una tentativa inidónea— se sustenta en específicas razones derivadas de la tentativa y no se funda en que lo permita u obligue a ello el principio de la inversión”.³¹⁶

Como ya se ha apuntado *supra*, SÁINZ DE ROBLES estima que la afirmación de que “todo error de tipo al revés constituye una tentativa inidónea” —cuya autoría le corresponde a BRUNS— es incorrecta. Para SÁINZ DE ROBLES, no es cierto que todos los errores de tipo al revés deban ser considerados supuestos de tentativa inidónea punible. A mi juicio, SÁINZ DE ROBLES no explica suficientemente, sin embargo, cuál es el motivo por el que debe entenderse que no todos los supuestos de error de tipo al revés conducen a una tentativa inidónea punible. El escepticismo de esta autora estaría plenamente justificado si estuviera pensando en los casos de error de tipo al revés que para un espectador objetivo no constituyen, desde una perspectiva *ex ante*, una puesta en peligro del bien jurídica. En efecto, no puede negarse en estos casos la presencia de un error de tipo al revés. No obstante ello, tampoco podrá ser afirmada su condición

³¹⁶ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 625.

de supuestos merecedores de pena, por lo que se tratará, en suma, de casos de *tentativa irreal impune*.

VI. ARGUMENTOS RELATIVOS A LA TIPICIDAD

1. Exposición

1.1. *Imposibilidad de formular un juicio de peligro “ex ante” sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y las leyes de la ciencia*

Según un sector de la doctrina alemana y española, los elementos del tipo que no se encuentran vinculados al curso causal no constituyen objeto idóneo del juicio de peligrosidad “*ex ante*” de la conducta.³¹⁷ En opinión de FRISCH, mientras que en relación con los elementos vinculados al curso causal es posible formular un juicio de pronóstico *futuro* sobre las probabilidades existentes de que se acabe produciendo el resultado, ello no es posible, en cambio, respecto de los elementos que no lo están. Estos últimos elementos o se dan ya desde el momento de inicio de la acción, o no se dan. Según este razonamiento, no tiene sentido formular sobre ellos un juicio de pronóstico con criterios de probabilidad futura.³¹⁸

Idénticas observaciones, esta vez sobre los supuestos de inidoneidad del sujeto, ha formulado entre nosotros SÁINZ DE ROBLES.

³¹⁷ La importancia que la distinción entre los elementos vinculados al curso causal y los que no lo están tiene para la teoría del error ya fue puesta de manifiesto por FINGER y Graf zu DOHNA. *Vid.* M. E. MAYER, *Lehrbuch, AT*, 2ª ed., 1923, p. 363.

³¹⁸ *Vid.* FRISCH, *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983, pp. 346 ss. y 351 ss.

Para esta autora, no es posible determinar la concurrencia o no de la condición de funcionario del autor por medio de un juicio de pronóstico basado en reglas de la experiencia y las leyes de la ciencia. Según SÁINZ DE ROBLES, “la decisión de que el sujeto es inidóneo no la ha tomado la experiencia, sino la ley”.³¹⁹

Las tesis de FRISCH y SÁINZ DE ROBLES conducen a afirmar, por ejemplo, que carece por completo de sentido la formulación de un juicio de pronóstico sobre la concurrencia del elemento “ajenidad de la cosa” del delito de hurto. Si este elemento no se da efectivamente, entonces no podrá hablarse de una tentativa de hurto. Del mismo modo, la aplicación del tipo de abusos sexuales correspondiente exige la concurrencia efectiva del elemento de la minoría de doce años de la víctima.³²⁰

1.2. *Falta de desvalor de acción en la conducta del sujeto inidóneo por ausencia de peligrosidad para el bien jurídico protegido. La tesis de WOLTER*

Algunos penalistas alemanes afirman que la conducta del sujeto inidóneo no puede ser castigada con pena por constituir un comportamiento falto de toda peligrosidad. Esta ausencia de peligrosidad ha sido fundamentada a partir tanto de teorías objetivas como de teorías subjetivas (SCHÖNKE) de la tentativa. Para los partidarios de la primera opción, la conducta del sujeto inidóneo debe quedar impune por falta de peligrosidad

³¹⁹ Vid. SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 632. Sobre las concepciones de FRISCH y SÁINZ DE ROBLES vid. ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 29.

³²⁰ Vid. ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 29.

objetiva. Pertenece a este grupo de autores, entre otros,³²¹ Jürgen WOLTER.

Para WOLTER, los casos de tentativa de sujeto inidóneo se distinguen de los restantes supuestos de tentativa inidónea en que mientras que en estos últimos la conducta del sujeto activo pone en peligro el bien jurídico protegido, en los casos en que la conducta es realizada por un sujeto inidóneo ello, sin embargo, no ocurre. El comportamiento de quien cree erróneamente que recae sobre él un deber especial no realiza, a juicio de WOLTER, desvalor de acción alguno. En un sentido similar a uno de los argumentos que STRATENWERTH utiliza para fundamentar la falta de necesidad preventivo-especial de pena de la conducta del sujeto inidóneo,³²² WOLTER considera que la ausencia de desvalor de acción del comportamiento del sujeto inidóneo se debe al siguiente motivo: a diferencia de lo que sucede en los casos de inidoneidad en el objeto o en los medios, la inidoneidad de la tentativa no es en estos casos algo ocasional, accidental, en el sentido de que podría haber sido idónea. La tentativa de sujeto inidónea no pone en peligro al bien jurídico en ningún momento porque, en realidad, nunca habría podido ser idónea. Esto último ocurre, por ejemplo, en el caso de quien dispara con un arma que considera cargada con una munición potente, pero que en realidad no está cargada.³²³

³²¹ BRUNS cita también entre los autores que defienden la impunidad de la conducta del sujeto inidóneo con base en su ausencia de peligrosidad objetiva a STÖGER. *Vid.* BRUNS, GA 1979, p. 183.

³²² *Vid.* STRATENWERTH, *FS-Bruns*, p. 60.

³²³ *Vid.* WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., p. 307.

2. Valoración crítica

2.1. *Valoración crítica de la teoría de la imposibilidad de formular un juicio de peligro “ex ante” sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y la leyes de la ciencia*

La idea de que no es posible formular un juicio de peligrosidad *ex ante* sobre los elementos del tipo que no inciden en el curso causal, defendida por FRISCH en Alemania y por SÁINZ DE ROBLES entre nosotros, ha encontrado entre nosotros la reciente oposición de ALCÁCER GUIRAO. En opinión de ALCÁCER, FRISCH y SÁINZ DE ROBLES aciertan al contemplar la cuestión relativa a la edad de la víctima del delito de abusos sexuales como una cuestión que no da lugar, desde una perspectiva *ex post*, a respuestas intermedias: o es mayor de doce años o no lo es. Ello no significa, sin embargo, que sobre este extremo resulte imposible emitir un juicio de probabilidad *ex ante* basado en reglas de la experiencia.³²⁴ Más difícil es para ALCÁCER el enjuiciamiento de aquellos elementos cuya existencia depende de otras disposiciones propiamente jurídicas. Tal es el caso, por ejemplo, de la condición de funcionario del autor. Tiene razón SÁINZ DE ROBLES cuando afirma que es la ley, y no la experiencia, la que establece estos requisitos formales. Pero ello no quiere decir que la ley no pueda llevar a cabo la determinación de estos requisitos prescindiendo por completo de las reglas de la experiencia resultantes de ciertas representaciones sociales intersubjetivamente compartidas. Es más: ello ocurre con cierta frecuencia. En estos casos, los elementos normativos del tipo así elaborados tienen un substrato fáctico aprehensible por los actores sociales no solo sensorialmente, sino también

³²⁴ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 29 s.

cognitivamente a partir de un juicio basado en la experiencia.³²⁵ Se trataría de un juicio de pronóstico *ex ante* basado en una “valoración paralela desde la esfera del profano”.³²⁶ Desde esta perspectiva, resulta perfectamente posible imaginar —prosigue ALCÁCER— supuestos en que la no concurrencia del elemento “funcionario público” no sea advertida por un profano del derecho. Es más: la propia realidad forense se ha encargado de demostrar que, en algunos casos, la ausencia del elemento normativo ni siquiera es advertida por quienes conocen los concretos requisitos jurídicos precisos para ello, por deberse a un error burocrático formal y ejercer socialmente el autor como funcionario. Ello es lo que sucedió, por ejemplo, en el caso del OLG Kiel en 1949.³²⁷

Solo admitiéndose la posibilidad de formular un juicio de probabilidad basado en la experiencia sobre la concurrencia del elemento “funcionario” es posible explicar, según ALCÁCER, que uno de los más acérrimos defensores de la impunidad de los supuestos de inidoneidad del sujeto, STRATENWERTH, niegue la coincidencia estructural de los supuestos que nos ocupan con los casos de tentativa irreal.³²⁸ En realidad, la tesis que impide someter a los elementos normativos del tipo a un juicio de peligrosidad *ex ante* basado en las reglas de la experiencia incurre —acaba ALCÁCER— en el mismo error cometido por la teoría clásica de la

³²⁵ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 30 s. En un sentido parecido, refiriéndose al sentido “social” del elemento normativo del tipo, *vid.* MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., cit., § 40/174.

³²⁶ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 30 s. Ya se habían referido con anterioridad a este criterio en relación con la materia que nos ocupa BRUNS, GA 1979, pp. 186 s. (*vid. supra*) y JESCHECK, *Tratado de Derecho penal, PG*, cit., p. 732.

³²⁷ *Vid. supra*.

³²⁸ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 31.

falta de tipo: someter a los elementos normativos y a los elementos fácticos del tipo a un tratamiento distinto. Es preferible, sin embargo, tratar a una y otra clase de elementos del tipo de acuerdo con las mismas reglas. La ausencia de un tratamiento unitario de los elementos del tipo carece de todo fundamento dogmático.³²⁹

¿A qué concepción asiste la razón? ¿A la “diferenciadora” de FRISCH y SÁINZ DE ROBLES o a la “integradora” de ALCÁCER GUIRAO? Desde mi punto de vista, convence en mayor medida la argumentación sostenida entre nosotros por este último autor. En mi opinión, debe convenirse con ALCÁCER —en contra de lo afirmado por SÁINZ DE ROBLES— que la experiencia sí puede ayudar en la determinación de si un sujeto es o no funcionario. Ciertamente, la naturaleza de esta cuestión no es ni exclusivamente *fáctica* —la cualidad de funcionario se da o no se da en el sujeto— ni exclusivamente *jurídica* —requisitos y procedimiento legal necesarios para la incorporación efectiva a la función pública—, sino también *empírica*. No obstante ello, es obligado reconocer que el juicio *ex ante* que trata de decidir si el *objeto material* o los *medios* con que se realiza la acción típica son idóneos para la consumación del delito tiene una naturaleza *distinta* al juicio (también *ex ante*) que debe resolver la idoneidad o inidoneidad del *sujeto activo*. En efecto, mientras que el primero de estos dos juicios consiste en un juicio de pronóstico *dinámico*, el segundo es, al contrario, un juicio *estático* de subsunción. La valoración relativa a la idoneidad del objeto material o los medios de la acción típica consiste en un juicio de pronóstico que se emite en el momento en que se inicia la acción y que *se orienta hacia el futuro*. Es un pronóstico relativo al devenir *futuro* del curso causal. Distinto es, sin

³²⁹ Así ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 34.

embargo, el juicio sobre la idoneidad del sujeto activo. En efecto, aquí ya no se trata de predecir cuál va a ser la evolución en el futuro de un determinado elemento vinculado al curso causal. Se trata de decidir *en estático*, de acuerdo con los conocimientos proporcionados por la experiencia, si un sujeto es, o no, idóneo para cometer un determinado delito.

La disparidad existente entre estos dos juicios se encuentra determinada por la también diferente naturaleza del objeto del juicio. Así, mientras que el objeto material y los medios de la acción consisten en elementos del delito vinculados al curso causal, esta vinculación no existe, en cambio, en el caso del sujeto activo. El criterio que permite distinguir entre uno y otro juicio de idoneidad trae causa, por tanto, de las diferencias *naturalísticas* existentes entre el objeto de ambos juicios. El objeto material y los medios de la acción están vinculados al curso causal, mientras que la idoneidad del sujeto, en cambio, no. No obstante, lo esencial no son estas diferencias naturalísticas, sino si a éstas debe serle reconocida alguna clase de relevancia jurídica. A partir de la función preventiva que al Derecho penal le está reservada en un Estado social y democrático de derecho, parece que ello debe ser, cuando menos, puesto en tela de juicio. Desde la perspectiva acabada de mencionar, tendrá sentido prohibir mediante una norma de motivación toda conducta que aparezca intersubjetivamente *ex ante* como peligrosa para bienes jurídicos. Y ello será así aunque con posterioridad no se produzca el resultado, sea cual sea la razón por la que ello ocurra.

2.2. *Valoración crítica de la fundamentación de la impunidad del sujeto inidóneo en la falta de peligrosidad de la conducta. Valoración crítica de la concepción de WOLTER*

Como ya se ha puesto de relieve, WOLTER cree que en los casos de tentativa de sujeto inidóneo, la inidoneidad del sujeto no es casual u ocasional, “en el sentido de que (la tentativa) también aquí habría podido ser idónea”.³³⁰ WOLTER pone como ejemplo de supuesto de tentativa inidónea donde la inidoneidad no es, en cambio, ocasional un caso de inidoneidad en los medios: el del arma sin munición. ¿Qué es lo que impulsa a WOLTER a creer que, en el caso del sujeto inidóneo, la tentativa nunca habría podido ser idónea, y en el caso en que la inidoneidad está en los medios, en cambio, ello habría podido ocurrir? En mi opinión, lo que acaba determinando la diferente percepción que WOLTER tiene de ambas constelaciones de casos viene representado por una circunstancia de naturaleza meramente *fenomenológica* carente de toda relevancia para el contenido de injusto penal de la conducta. Mientras que en los casos de inidoneidad en los medios, la inidoneidad tiene por objeto algo —los medios con que el sujeto realiza la acción— que se encuentra implicado en el *curso causal* del hecho, los supuestos de inidoneidad del autor se caracterizan, en cambio, por que lo que es inidóneo es algo —o mejor, alguien: el sujeto— que no forma parte del curso causal de la acción mismo. Parece pensarse, en suma, que, puesto que el curso causal no siempre es dominable, y que, en no pocas ocasiones, el resultado surge de éste como un mero producto del azar, el curso causal podría desarrollarse en el futuro de una forma completamente distinta. Y también se cree, en contrapartida, que todo elemento ajeno al curso causal que sea inidóneo para la consumación de un delito siempre lo será, porque su naturaleza presuntamente inmutable convierte a su inidoneidad en algo *esencial*, y no meramente accidental. Pero nada de ello se encuentra, sin embargo,

³³⁰ Vid. WOLTER, *Objektive und personale Zurechnung ...*, cit., p. 307.

suficientemente fundamentado. Es cierto que en el plano de lo fenomenológico puede afirmarse, sin temor a equivocaciones, que la creencia errónea de que concurre en el sujeto la cualidad de autor consiste en un error inverso sobre un elemento no vinculado al curso causal. Lo contrario sucede, en cambio, en los casos de error inverso sobre el objeto material o los medios empleados. Pero también lo es que todavía se halla indemostrado que esta diferencia fenomenológica deba ser tenida en cuenta por el Derecho penal a algún efecto. Y más concretamente para la cuestión relativa a la punibilidad o impunidad de la tentativa de sujeto inidóneo. A falta de ello, hay numerosas razones para pensar, en cambio, que los supuestos de error inverso sobre la cualidad de autor debe recibir el mismo tratamiento que el resto de casos de tentativa inidónea. A pesar de sus diferencias fenomenológicas.

VII. ARGUMENTOS RELATIVOS AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD: LA IMPUNIDAD DEL SUJETO INIDÓNEO SE DESPRENDE DE LA LEY

1. Exposición

Se encuentra extendida tanto entre la doctrina alemana como entre la española la idea de que es el propio derecho positivo el que resuelve, *expresa* o *tácitamente*, el problema que plantean el comportamiento del sujeto inidóneo.

1.1. *Regulación de la tentativa de sujeto inidóneo como argumento a favor de su impunidad en el derecho alemán*

Un sector de la doctrina alemana ha defendido la solución de la impunidad del comportamiento del sujeto inidóneo a partir, sobre todo, de dos preceptos: a) el § 25. 3. 1 del Proyecto Alternativo de la Parte General del StGB (en adelante AE); y b) el § 23. 3 del StGB vigente en la actualidad.

1.1.1. *Referencia al § 25.3.1 AE como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo*

Según el § 25.3.1 AE, “la tentativa es impune cuando se fundamenta en la creencia errónea de una especial posición de deber”. A la vista de este precepto, autores como KAUFMANN o LANGER no dudaron en afirmar que el referido Proyecto Alternativo resolvió expresamente el problema del sujeto inidóneo tomando partido en favor de su impunidad.³³¹ Asimismo, KAUFMANN y LANGER se apoyaron en el precepto que nos ocupa para defender la impunidad como la solución correcta al problema del sujeto inidóneo.³³²

1.1.2. *Referencia al § 23.3 AE como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo*

La Segunda Ley de Reforma Penal de 4 de julio de 1969, por la que se aprobó el StGB vigente en Alemania desde el 1 de enero de 1975, no acogió, sin embargo, la regulación de la tentativa de sujeto inidóneo prevista en el § 25. 3. 1 AE. Según el § 23. 3 StGB, regulador de la

³³¹ *Vid.* KAUFMANN, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, en ZStW (80), 1968, p. 48; LANGER, *FS-Lange*, p. 244, nota 18.

³³² *Vid.* KAUFMANN, ZStW (80), 1968, p. 48; LANGER, *FS-Lange*, p. 244, nota 18.

tentativa inidónea, “si el autor ha ignorado por grave desconocimiento que la tentativa, en atención a la clase de objeto sobre el que, o de los medios con que el hecho debería ser cometido, en realidad no podía haber llegado a la consumación, el tribunal puede prescindir de la pena o reducirla en su medida (§ 49. 2)”.

A juicio de algunos autores, si la ley ha decidido referirse expresamente a la tentativa inidónea por inidoneidad del *objeto* y de los *medios* como casos de tentativa punible, y no, en cambio, a la tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo, ello no es debido a que se pretenda castigar estos supuestos como casos de tentativa. Según este sector doctrinal, lo que persigue la ley es precisamente lo contrario: dejar esta última constelación de supuestos sin castigo.³³³ Si el StGB no declara expresamente la impunidad del comportamiento inidóneo es porque: a) los casos de referencia se dan con escasa frecuencia en la práctica;³³⁴ y b) el legislador partió de la presunción de que a falta de una regulación expresa del problema, los jueces dejarían sin castigar los supuestos de sujeto inidóneo.³³⁵ En efecto, pese a que en la fundamentación de la Segunda Ley de reforma alemana no se encuentra explicación alguna de por qué motivo el comportamiento del sujeto inidóneo debe quedar impune,³³⁶ la Comisión especial encargada de la redacción del proyecto definitivo del Código penal alemán se mostró expresamente convencida —señala el sector doctrinal que ahora nos ocupa— de que su silencio sería interpretado por los jueces

³³³ Vid. LACKNER, StGB, 19^a ed., 1991, § 23/5. Se refiere a este argumento entre nosotros ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 48.

³³⁴ Vid. MEYER, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.

³³⁵ Vid. LANGER, *FS-Lange*, pp. 244 s.; MEYER, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.; LACKNER, StGB, 19^a ed., 1991, § 22/13.

³³⁶ Vid. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7^a ed., cit., § 40/171 s.

como una declaración tácita de la impunidad del comportamiento del sujeto inidóneo.³³⁷

1.2. Regulación de la tentativa de sujeto inidóneo en el derecho positivo español como argumento a favor de su impunidad

Un importante sector de la doctrina española ha defendido *de lege lata* la impunidad del sujeto inidóneo tanto desde la perspectiva del anterior CP (art. 52. 2 CP 1973) como desde la del CP actualmente en vigor (art. 16. 1 CP 1995).

1.2.1. Referencia al art. 52.2 CP 1973 como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo. Las tesis de RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO

De acuerdo con el art. 52.2 CP 1973 “la misma regla (*scil.* la disminución en uno o dos grados de la pena prevista para el delito consumado) se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”.

Según un sector de la doctrina española, el art. 52.2 CP se pronunciaba expresamente a favor de punición de la tentativa inidónea por inidoneidad del objeto y de los medios. Pero nada decía, en cambio, sobre los casos de sujeto inidóneo. Así, cuando el art. 52.2 CP 1973 se refería a los “casos de imposibilidad de ejecución” aludía, en realidad, a los supuestos de inidoneidad en los medios; mientras que la referencia a los

³³⁷ *Vid.* RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), cit., § 22/28; BRUNS, GA 1979, pp. 161 y 169; VOLK, en BOCKELMANN / VOLK, *Strafrecht, AT*, 4ª ed., 1987, cit., p. 211; BLEI, *Strafrecht, AT*, 10ª ed., cit., p. 151; FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 443.

casos de “producción del delito” guardaba relación, en cambio, con los supuestos de inidoneidad por razón del objeto. Puesto que la Ley habría podido pronunciarse a favor del castigo del sujeto inidóneo y, en contra de lo que sucedía con los casos de inidoneidad en el objeto o en los medios, ello, sin embargo, no sucedía, debía llegarse a la conclusión de que la ley había decidido excluir el comportamiento del sujeto inidóneo del régimen general de la tentativa inidónea: la punición. Según esta opinión doctrinal, el CP 1973 declaraba tácitamente la impunidad del sujeto inidóneo. Defendieron este punto de vista RODRÍGUEZ DEVESA,³³⁸ RODRÍGUEZ MOURULLO³³⁹ y SÁINZ CANTERO.³⁴⁰

En opinión de RODRÍGUEZ DEVESA, la cuestión de si una conducta da inicio o no a la ejecución no debe ser valorada desde el punto de vista *subjetivo* del autor, sino *objetivamente*. Solo serán constitutivas de tentativa aquellas conductas de las que pueda decirse, desde una perspectiva *ex ante* y un punto de vista *objetivo*, que puede producir como resultado el delito. Según este razonamiento, el sujeto que no es funcionario jamás podrá dar comienzo a una malversación. Tampoco puede decirse que se da comienzo a la ejecución con la conducta consistente en buscar un objeto en realidad inexistente para su sustracción. Aunque el plan

³³⁸ Vid. RODRÍGUEZ DEVESA, en RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español*, PG, 18^a ed., cit., pp. 791 ss. Sobre ello *vid.* también FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 444; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal*, PG, 2^a ed., cit., p. 178.

³³⁹ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRIGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., pp. 227 s.; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (Dtor.), *Comentarios al Código penal*, 1997, pp. 76 s. Sobre ello *vid.* también FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 444; CERESO MIR, *Curso de Derecho penal*, PG, 2^a ed., cit., p. 178.

³⁴⁰ Vid. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, p.790; el mismo, *Lecciones de Derecho penal*, PG, III, cit., p. 165.

del autor también deba ser tenido en cuenta, la ejecución del delito ha de medirse con módulos objetivos. Por este motivo —concluye RODRÍGUEZ DEVESA—, la tentativa inidónea no es, en realidad, tentativa, a no ser que la ley diga lo contrario. Esto es precisamente lo que sucede en el segundo párrafo del art. 52 CP 1973, según el cual “la misma regla se observará en los casos de imposibilidad de ejecución o de producción del delito”.³⁴¹ Según RODRÍGUEZ DEVESA, este precepto “excluye tácitamente, pero claramente, la punición cuando la idoneidad radica en el sujeto. Se limita incriminar los casos de inidoneidad relativa por razón de los medios o del objeto”.³⁴²

Para RODRÍGUEZ MOURULLO, no estaba tan claro como RODRÍGUEZ DEVESA pretendía que el art. 52 CP 1973 excluyera la punibilidad del sujeto inidóneo. No obstante ello, RODRÍGUEZ MOURULLO también se mostró partidario de entender que del precepto en cuestión puede inferirse que el sujeto inidóneo debía quedar impune. Como RODRÍGUEZ DEVESA, también RODRÍGUEZ MOURULLO consideró que el art. 52 CP 1973 se refería expresamente a la tentativa inidónea por inidoneidad de los *medios* (“imposibilidad de ejecución”) y del *objeto* (“imposibilidad de producción”); pero nada decía, en cambio, sobre la inidoneidad por razón del sujeto activo.³⁴³ De ello se infería que para el CP 1973, la conducta del sujeto inidóneo debía quedar impune.

³⁴¹ *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, en RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PG*, 18^a ed., cit., p. 791.

³⁴² *Vid.* RODRÍGUEZ DEVESA, en RODRÍGUEZ DEVESA / SERRANO GÓMEZ, *Derecho penal español, PG*, 18^a ed., cit., p. 793.

³⁴³ *Vid.* RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., p. 227; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 76 s.

A diferencia de RODRÍGUEZ DEVESA, que permaneció aferrado a la literalidad de las expresiones legales “imposibilidad de ejecución” e “imposibilidad de producción”, RODRÍGUEZ MOURULLO fundamentó su posición en: a) los antecedentes legislativos del art. 52 CP de 1973; y b) la jurisprudencia del TS. Por lo que respecta al primer argumento (a), el autor que ahora interesa consideró que el art. 41 CP 1928 se refería a los casos de imposibilidad debida a que “el hecho en sí mismo fuere de imposible realización o porque los medios empleados para lograrlo fueren por su naturaleza inadecuados al fin propuesto”.³⁴⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO citó también como argumentos legislativos de su posición el art. 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 4 de agosto de 1933³⁴⁵ y el art. 5 de la Ley de 24 de enero de 1941.³⁴⁶ Por lo que respecta a la jurisprudencia del TS (b), RODRÍGUEZ MOURULLO se encargó de recordar que el TS no aplicó nunca el art. 52 CP 1973 en casos de imposibilidad por inidoneidad del autor.³⁴⁷

³⁴⁴ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., p. 227; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 76 s.

³⁴⁵ También SÁINZ CANTERO se refirió a esta ley en idéntico sentido que RODRÍGUEZ MOURULLO. Vid. SÁINZ CANTERO, *Lecciones de Derecho penal*, PG, cit., p. 792.

³⁴⁶ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., pp. 227 s.; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 76 s.

³⁴⁷ Vid. RODRÍGUEZ MOURULLO, en CÓRDOBA RODA / RODRÍGUEZ MOURULLO / DEL TORO MARZAL / CASABÓ RUIZ, *Comentarios al Código penal*, II, cit., p. 228; el mismo, en RODRÍGUEZ MOURULLO (dtor.), *Comentarios al Código penal*, cit., pp. 76 s.

1.2.2. Referencia al art. 16.1 CP 1973 como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo

Según el art. 16. 1 CP 1995, “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”. A juicio de un sector de la doctrina española, la exigencia legal de que el sujeto haya practicado “todos o parte de los actos que *objetivamente* deberían producir el resultado” impide castigar con pena los supuestos de tentativa inidónea.³⁴⁸ De este modo, también los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo deberían quedar impunes, porque faltan en el autor los elementos que objetivamente lo convierten en sujeto cualificado. Desde este punto de vista, de nada importa para este sector doctrinal que el sujeto se crea autor idóneo del delito, porque los elementos que lo cualifican como autor de un delito especial no solo deben concurrir en su mente, sino *objetivamente*.

2. Valoración crítica

2.1. Introducción

El recurso al derecho positivo no constituye, especialmente en los casos alemán y español, un argumento definitivo a favor de la validez de la solución de la impunidad del sujeto inidóneo. Ello se debe, en primer lugar, a que no todos los Códigos penales resuelven expresamente el problema

³⁴⁸ De esta opinión COBO DEL ROSAL / VIVES ANTÓN, *Derecho penal*, PG, 4ª ed., cit., p. 656; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Comentarios al Código penal*, PG, 1997, cit., p. 77.

que plantea el sujeto inidóneo. Es más: los textos legales que no se refieren expresamente al sujeto inidóneo constituyen, en realidad, amplia mayoría. Los Códigos penales que sí lo hacen —como, por ejemplo, el ÖStGB (según el § 15. 3 ÖStGB de 1974 “(...) la tentativa y la participación en ella no son punibles si la consumación del hecho no es posible en ningún caso por falta de las cualidades o relaciones personales que la ley presupone en el sujeto por la índole de la acción o del objeto”)—³⁴⁹ pueden ser considerados, por tanto, excepcionales. Predominan ampliamente en derecho comparado los Códigos penales que se refieren en el marco de la tentativa inidónea únicamente a los supuestos de inidoneidad en el objeto y en los medios. Este es el caso, por ejemplo, de los Códigos penales suizo, portugués o alemán.³⁵⁰

Pero es que pese a que, ciertamente, algunos ordenamientos jurídicos recogen expresamente los supuestos que ahora nos interesan, lo cierto es, sin embargo, que no es razonable entender sin más la regulación prevista en los mismos como un argumento de peso en favor de la impunidad del sujeto inidóneo. Ello es así, principalmente, por dos distintos motivos. El primero constituye un argumento *de lege lata*, esto es, solo es invocable en relación con el correspondiente ordenamiento jurídico. El segundo consiste en que las referencias legales al sujeto inidóneo son, en la mayor parte de las ocasiones, confusas y de contenido indeterminado. Comprobemos este último extremo mediante el análisis crítico de las conclusiones que el sector partidario de la impunidad del sujeto inidóneo

³⁴⁹ Sobre la existencia de este precepto como argumento a favor de la corrección de la impunidad del sujeto inidóneo *vid.* MEYER, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.; BRUNS, GA 1979, p. 161; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 47; SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, pp. 621 s.

³⁵⁰ *Vid.* SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 621.

extrae en Alemania de los §§ 25. 3. 1 AE y 23. 3 StGB, y en España de los arts. 52. 2 CP 1973 y 16 CP 1995.

2.2. Valoración crítica a la luz del Derecho penal alemán

Pese a haber sido citado como uno de los preceptos que de un modo más inequívoco resolvían el problema del sujeto inidóneo en favor de la solución de la impunidad, lo cierto es, sin embargo, que la cuestión relativa al auténtico contenido del § 25.3.1 AE resulta más dudosa de lo que en general se ha querido ver. Debe señalarse, en primer lugar, que la referencia a la “creencia errónea de deberes especiales” que se encuentra en el precepto que nos ocupa no permite saber con certeza si el Proyecto Alternativo estaba pensando en todos los casos de sujeto inidóneo, o solo en los casos de error de subsunción al revés (delito putativo) impune. Tampoco es seguro que el § 25. 3. 1 AE se refiriera a todos los delitos especiales, y no solo a los delitos especiales consistentes en la infracción de un deber —singularmente a los delitos de funcionario—. Que esto es así es reconocido por el propio KAUFMANN.³⁵¹

El § 25.3.1 AE, además, no configura la condición de sujeto inidóneo como causa de atipicidad, sino como causa de exclusión de la punibilidad. En efecto, el precepto que nos ocupa comienza reconociendo que el comportamiento del sujeto inidóneo realiza el tipo de injusto de la tentativa del correspondiente delito especial. Ello sucede cuando “la tentativa (...) se fundamenta en la creencia errónea de una especial posición de deber”. Pero en estos supuestos, el legislador del Proyecto Alternativo consideró que la conducta típicamente antijurídica del sujeto inidóneo no

³⁵¹ *Vid.* KAUFMANN, “Die Dogmatik im Alternativ-Entwurf”, en ZStW (80), 1968, pp. 48 s.

era, sin embargo, *punible*. La naturaleza jurídica que el Proyecto Alternativo reconoció al comportamiento del sujeto inidóneo como conducta típicamente antijurídica, pero no punible, no coincidió, sin embargo, con la calificación de delito putativo —esto es, conducta *atípica*— que aquel comportamiento merecía para la práctica totalidad de los defensores de la impunidad del sujeto inidóneo. No en vano, defensores del § 25.3.1 AE como argumento a favor de la impunidad de los casos de sujeto inidóneo se han mostrado muy críticos con la consideración de estos supuestos como casos de tentativa no punible, al creer preferible concebirlos como conductas atípicas.³⁵²

Por lo que respecta al § 23.3 StGB, la doctrina dominante en Alemania es del parecer de que el silencio que guarda este precepto en relación con los supuestos de sujeto inidóneo no significa que estos casos deben quedar impunes. Al contrario, el § 23. 3 StGB también permite castigar —siempre según este sector doctrinal— los casos de tentativa de sujeto inidóneo. Es cierto que el referido precepto solo declara *expresamente* la punición de los supuestos de tentativa con objeto o medios inidóneos.³⁵³ Pero desde el punto de vista de la doctrina dominante, no existe inconveniente alguno en aplicar *analógicamente* la consecuencia jurídica prevista expresamente para los casos de tentativa de objeto o medios inidóneos también a los casos de sujeto inidóneo. Esto es: que en los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo, el juez

³⁵² *Vid.* KAUFMANN, ZStW (80), 1968, p. 48; LANGER, *FS-Lange*, p. 244.

³⁵³ Los supuestos de tentativa irreal deben ser excluidos del ámbito de aplicación del § 23.3 StGB. Aunque el tenor literal de este precepto parece comprender también los casos de tentativa irreal, lo cierto es, sin embargo, que la impunidad de aquellos supuestos ya se deriva, según la doctrina ampliamente dominante en Alemania, de principios generales. En este sentido ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, 26^a ed., cit., § 23/13.

pueda decidir entre dejar el comportamiento sin castigo, o bien castigarlo con una pena inferior a la pena prevista para la tentativa.³⁵⁴

Desde mi punto de vista, la solución de la doctrina dominante es correcta. El § 23.3 StGB no puede aplicarse directamente a los casos de sujeto inidóneo. Por más extensivamente que sean interpretadas las expresiones “clase de objeto sobre el que el hecho debería ser cometido” o “medios con que el hecho debería ser cometido”, ambas contenidas en el § 23.3 StGB, la tentativa de sujeto inidónea nunca podrá quedar comprendida —a excepción de la que se presenta en los mal llamados supuestos de “delitos especiales delimitados subjetivamente”— en el tenor literal posible de dicho precepto. Si la consecuencia jurídica prevista para la tentativa inidónea quiere hacerse extensiva también a los casos de sujeto inidóneo, ello solo podrá lograrse, por tanto, aplicando analógicamente a estos supuestos el § 23.3 StGB. Y esto último no solo es algo admisible, sino incluso obligado a la vista de la inexistencia de diferencias relevantes entre la tentativa de sujeto inidóneo y los restantes supuestos de tentativa inidónea.

Frente a la aplicación analógica del § 23.3 StGB a los supuestos de sujeto inidóneo no cabe invocar que la aplicación analógica del § 23.3 StGB a los supuestos de sujeto inidóneo no puede ser admitida por constituir analogía “*in malam partem*”, ya que de no aplicarse

³⁵⁴ Defienden este punto de vista, entre otros, ESER, en SCHÖNKE / SCHRÖDER, StGB, 26ª ed., cit., § 23/16; TRÖNDLE, StGB, 48ª ed., cit., 23/4; RUDOLPHI, SK, 5ª ed. (abril 2001), cit., § 23/9; MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., cit., § 40/174; LACKNER, StGB, 19ª ed., cit., § 23/7. En contra de la aplicación analógica del § 23.3 StGB a los casos sujeto inidóneo, por entender que la expresión “por falta burda de entendimiento” (“*aus grobem Unverständnis*”) no refleja exactamente lo específico de los casos de sujeto inidóneo, BRUNS, GA 1979, p. 167. Sobre todo ello FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 444.

analógicamente el § 23.3 StGB, el comportamiento del sujeto inidóneo quedaría impune. Y no cabe por dos motivos: a) no es cierto que en defecto de la aplicación analógica del § 23.3 StGB al comportamiento del sujeto inidóneo, éste quedaría impune, o que su pena sería inferior; y b) aunque ello fuera así, la aplicación analógica del § 23.3 StGB podría no dejar al sujeto inidóneo en peor condición de la que ostentaría en defecto de aquélla, porque este precepto permite al tribunal “*prescindir de la pena o reducirla en su medida*”³⁵⁵ de acuerdo con el § 49.2 StGB. Interesa aquí profundizar en el primero de estos dos motivos.

Como acaba de indicarse, no es acertado entender que, en defecto de la aplicación analógica del § 23.3 StGB al comportamiento del sujeto inidóneo, la pena prevista para el referido supuesto sería inferior, o incluso no existiría. A la luz del derecho positivo alemán, en caso de no aplicarse analógicamente el § 23.3 StGB, el comportamiento del sujeto inidóneo debería ser castigado, de todos modos, con la pena de la tentativa idónea (§ 23.2 en relación con § 49.1 StGB). Como sucede con todos los supuestos en que *ex post* se comprueba que la consumación del delito era desde el principio imposible, también el comportamiento del sujeto inidóneo constituye un caso de tentativa. Se encuentra comprendido en este concepto. Todos los supuestos de tentativa inidónea son, a la vez, supuestos de tentativa. La previsión en el § 23.3 StGB de la punibilidad de la tentativa inidónea no tiene carácter *constitutivo*, sino *declarativo*. Aunque el § 23.3 StGB no existiera, los casos de tentativa inidónea seguirían siendo castigados con la pena de la tentativa. Es más: el § 23.3 StGB presupone el concepto de tentativa del § 22 StGB. El § 23 StGB es un precepto cuya función consiste en establecer reglas de determinación de la pena de los

³⁵⁵ Cursiva añadida.

supuestos subsumibles en el concepto de tentativa punible previsto en el § 22 StGB, así como en aclarar que esto último también ocurre en ciertos casos dudosos, como el de la tentativa inidónea. Pero el fundamento de la punibilidad de la tentativa inidónea no se encuentra en el § 23.3 StGB, sino en el § 22 StGB. Según este segundo precepto, “intenta un hecho penal aquél que de acuerdo con su representación del hecho da principio a la realización del tipo”. A la vista del tenor literal de este precepto, salta a la vista que los casos de sujeto inidóneo encajan perfectamente en el concepto de tentativa previsto en el mismo. En efecto, no cabe duda de que también el sujeto inidóneo “se dispone a realizar el tipo de forma directa de acuerdo con su representación del hecho”.³⁵⁶ No en vano, uno de los máximos valedores de la impunidad del sujeto inidóneo, LANGER, se vio obligado a reconocer que el derecho positivo alemán contempla el comportamiento del sujeto inidóneo como un caso de tentativa no punible.³⁵⁷ Así las cosas, pese a que el § 23.3 StGB no se refiere expresamente a los casos de sujeto inidóneo, cabe pensar razonablemente que el legislador también tiene estos

³⁵⁶ De esta opinión ya BRUNS, *Deutsches Strafrecht* 1938, p. 165. De idéntica opinión en la actualidad RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), cit., § 22/28. Al argumento de que la conducta del extraneus se encuentra completamente ausente de desvalor de la acción, porque no le afecta el deber especial —defendido por STRATENWERTH—, RUDOLPHI opone lo siguiente: es evidente que en los casos de sujeto inidóneo, el desvalor del sujeto no es el propio del intraneus que comete un delito especial consumado; esto es, el de quien infringe el deber especial; pero es que aquí se parte precisamente de la premisa de que el resultado no se ha producido —porque no puede producirse—, y de que el desvalor de la acción de deriva de los §§ 22 y 23 StGB. Según estos preceptos, tanto la tentativa idónea como la inidónea son punibles. Y ello también será así para los delitos especiales. Sólo habrá delito putativo cuando el “*extraneus*” subsuma erróneamente su conducta en un delito especial. *Vid.* RUDOLPHI, *op.cit.*, *loc.cit.*

³⁵⁷ *Vid.* LANGER, *FS-Lange*, p. 245. Con ello, LANGER viene a admitir, en realidad, que el derecho positivo no certifica la consideración de los supuestos que nos ocupan como delitos putativos, sino como delitos “reales” sin pena. Que el derecho positivo no reconoce, en suma, su tesis según la cual en el comportamiento sujeto inidóneo no sólo se da merecimiento de pena, sino que ni siquiera se encuentran presentes los presupuestos fundadores de la pena de la tentativa típica. *Vid.* LANGER, *op.cit.*, *loc.cit.*

casos por supuestos de tentativa. Incluso aunque se crea que los supuestos de referencia deben quedar sin pena, no hay razón para pensar que el legislador ha reconocido a los casos de inidoneidad de objeto y de medios la calificación de tentativa (“si el autor ha ignorado por grave desconocimiento que la *tentativa*, en atención a la clase de objeto sobre el que, o de los medios con que el hecho debería ser cometido, en realidad no podía haber llegado a la consumación [...]”) y ello no sucede, en cambio, con los casos de sujeto inidóneo.

Defiende la punición del sujeto inidóneo en un sentido parecido al del texto HAFT.³⁵⁸ En mi opinión, el planteamiento de HAFT no es, sin embargo, completamente compatible. De la exposición de HAFT se deduce que este autor considera que el § 23. 3 StGB puede ser aplicado directamente al sujeto inidóneo. Que es preferible entender que la aplicación de este precepto a los supuestos de referencia solo puede tener lugar por vía analógica ya ha sido expuesto y fundamentado en el texto. Considero innecesario, por ello, abundar aquí sobre dicho extremo.

Como ya se apuntó *supra*, la fundamentación de la Segunda Ley de Reforma del StGB basó su silencio sobre el sujeto inidóneo en la creencia de que, ante dicha falta de pronunciamiento, la doctrina y la jurisprudencia se decidirían en favor de la impunidad del sujeto inidóneo.³⁵⁹ Si ello es así, como parece indudable, lo cierto es que la técnica legislativa empleada por el legislador del StGB no puede dejar de resultar sorprendente. Porque si la ley pretende dejar sin castigo al sujeto inidóneo, entonces debería haber declarado expresamente su impunidad, dejando definitivamente zanjada la cuestión. Porque tanto para la doctrina como para la jurisprudencia, la cuestión relativa a la calificación jurídica de la conducta del sujeto inidóneo se encuentra lejos de ser tan incontrovertida como el legislador de 1975

³⁵⁸ Vid. HAFT, *Strafrecht, AT*, 3ª ed., cit., p. 229.

³⁵⁹ Vid. RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), cit., § 22/28; SCHLÜCHTER, *JuS* 1985, p. 529.

parece suponer. Teniendo en cuenta esta última circunstancia, la falta de pronunciamiento legal sobre el particular no contribuye a arrojar luz sobre el problema, sino, antes al contrario, a oscurecerlo todavía más.³⁶⁰

En contra de esta opinión se muestra LANGER. Para este autor, del § 23.3 StGB se desprende la impunidad “en general” del sujeto inidóneo. El legislador ha dejado el supuesto del autor inidóneo fuera del § 23.3 StGB de una forma plenamente consciente. Por este motivo, LANGER prefiere la regulación de la tentativa de sujeto inidóneo del StGB de 1975 a la que se encontraba prevista en el Proyecto Alternativo. En opinión de este autor, puesto que la impunidad del sujeto inidóneo constituye algo incuestionable, lo mejor que puede hacer el legislador es no pronunciarse al respecto. Si lo hace, corre el riesgo de confundir en una cuestión que en realidad no requiere de aclaración. A juicio de LANGER, en suma, el legislador vigente rechazó conscientemente la posibilidad del incorporar al StGB un precepto como el § 25.3.1 del Proyecto Alternativo porque la impunidad del sujeto inidóneo es evidente sin necesidad de aquella referencia.³⁶¹

Porque aunque en la fundamentación de la ley se afirme que la doctrina y la jurisprudencia deben interpretar el silencio legal sobre el problema del sujeto inidóneo como una declaración tácita de su impunidad, lo cierto es, sin embargo, que ni la doctrina ni, por supuesto, los jueces quedarán vinculados por esta afirmación.³⁶²

2.3. Valoración crítica a la luz del Derecho penal español. Las concepciones de MIR PUIG y FARRÉ TREPAT

Frente a la tesis de que el art. 52.2 CP 1973 excluía la punibilidad de la tentativa de sujeto inidóneo frente a la del resto de supuestos de tentativa, defendida por RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ

³⁶⁰ De esta opinión MEYER, ZStW (87) 1975, pp. 614 s.

³⁶¹ Vid. LANGER, *FS-Lange*, pp. 244 s.

³⁶² Vid. RUDOLPHI, *SK*, 5ª ed. (abril 2001), § 22/28.

MOURULLO, un sector doctrinal minoritario defendió la idea de que de aquel precepto no cabía deducir, en cambio, tal conclusión. Representaron esta segunda línea de pensamiento MIR PUIG y FARRÉ TREPAT. Ambos consideran que no existen diferencias materiales entre la inidoneidad del sujeto y las demás incluidas en el art. 52 CP 1973.³⁶³

En opinión de MIR, no es correcto entender —como hacen RODRÍGUEZ DEVESA y RODRÍGUEZ MOURULLO— que la “imposibilidad de ejecución” referida por el art. 52.2 CP 1973 alude únicamente a la inidoneidad de los medios empleado para ejecutar la acción. Para MIR, la utilización de medios inidóneos puede ser, en efecto, una de las causas que provoquen la imposibilidad de ejecución a la que se refiere la ley. Pero no es, sin embargo, la única. Otra de las causas por las que la ejecución puede resultar “imposible” es la inidoneidad del sujeto activo. Lo decisivo para el art. 52. 2 CP 1973 era que la ejecución resultase imposible, fuera cual fuera la causa que provocase esta imposibilidad.³⁶⁴

En opinión de MIR, el Proyecto de CP 1980, al referirse como formas de tentativa inidóneas exclusivamente a las procedentes de la “falta de idoneidad de los *medios empleados*” y de “ausencia de *objeto*”, partió, sin embargo, del planteamiento opuesto. Según mi parecer, la alusión del Proyecto de CP 1980 a los supuestos de inidoneidad por “falta de idoneidad de los *medios empleados*” y de “ausencia de *objeto*” puede ser interpretada en un sentido no excluyente de la tentativa de sujeto inidóneo. La regulación del Proyecto de CP 1980 es prácticamente idéntica a la que se encuentra en el § 23. 3 StGB. Y en la doctrina alemana domina el sector que defiende la punibilidad de la tentativa del autor inidóneo también *de lege lata* a partir del expediente de la aplicación analógica del § 23.3 StGB a los casos de tentativa de sujeto inidóneo.

³⁶³ De acuerdo con MIR PUIG y FARRÉ TREPAT se muestra CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, PG, 2ª ed., cit., p. 178. Sobre las concepciones de MIR y FARRÉ *vid.* también SÁINZ DE ROBLES, *LH-Beristain*, p. 622; ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 48.

³⁶⁴ *Vid.* MIR PUIG, *Adiciones...*, cit., p. 735, citando la STS 22 marzo 1955 en apoyo de sus tesis.

FARRÉ TREPAT tercia en la discusión relativa al contenido del art. 52.2 CP 1973 para mostrar su acuerdo con la tesis defendida por su maestro MIR PUIG. FARRÉ reconoce que de los antecedentes legislativos del art. 52.2 CP de 1973 bien podría deducirse que el legislador de 1973 probablemente quiso referirse expresamente solo a los casos de inidoneidad en los medios y en el objeto. Pero la redacción del art. 52.2 CP 1973 no fue, en su opinión, afortunada, porque no consiguió materializar satisfactoriamente este objetivo. Según FARRÉ, a la luz de este precepto, en efecto, la inclusión en el mismo de los casos de sujeto inidóneo resultaba perfectamente posible. El tenor literal del art. 52.2 CP 1973 puso de manifiesto que el legislador quiso someter los casos de sujeto inidóneo al mismo tratamiento que el resto de supuestos de tentativa inidónea. En palabras de la propia FARRÉ TREPAT, “deberá afirmarse la existencia de una acción peligrosa y, por consiguiente, punible, cuando el espectador objetivo situado en el lugar del autor y con los conocimientos que él mismo posee, juzga como probable la lesión del bien jurídico”.³⁶⁵

Los argumentos de MIR PUIG y FARRÉ TREPAT no son, sin embargo, los únicos que cabe esgrimir en favor de una interpretación del art. 52.2 CP 1973 no excluyente de los casos de tentativa de sujeto inidóneo. Cabe invocar, además, otros argumentos críticos contra la interpretación excluyente que constituyen, además, objeciones a la concepción defendida a la luz del anterior Código penal por RODRÍGUEZ MOURULLO.

Como ya se ha observado *supra*, RODRÍGUEZ MOURULLO fundamenta su tesis de la no inclusión de la tentativa de sujeto inidóneo en

³⁶⁵ *Vid.* FARRÉ TREPAT, *La tentativa de delito*, cit., p. 445.

el art. 52.2 CP 1973, en primer lugar, en el contenido de uno de sus antecedentes legislativos: el art. 41 CP de 1928. El tenor literal de este último está lejos, sin embargo, de ser inequívoco. Es cierto que parece difícil negar que la referencia del precepto en cuestión a los supuestos de imposibilidad “porque los *medios* empleados para lograrlo fueren por su naturaleza inadecuados al fin propuesto” parece aludir directamente a los casos de tentativa inidónea por inidoneidad de los *medios* empleados. Más dudoso resulta, sin embargo, que cuando el art. 41 CP 1928 se refiere a que “el hecho en sí mismo fuere de imposible realización”, el texto legal pretenda circunscribirse a los supuestos donde la inidoneidad trae causa del *objeto material* del hecho y no, en cambio, de su autor. Es razonable pensar, en mi opinión, que si el precepto hubiese pretendido referirse únicamente a la inidoneidad de objeto se habría referido *expresamente* a éste. Baste recordar que esto es exactamente lo que el legislador hace cuando se trata de tipificar los supuestos de inidoneidad de *medios* (“porque los *medios* empleados para lograrlo fueren por su naturaleza inadecuados al fin propuesto”). El tenor literal posible de la expresión “el hecho en sí mismo” empleado por el art. 41 CP 1928 supera ampliamente, por ello, el correspondiente al término “objeto material”. Ciertamente, sería necesario conocer, en este punto de la cuestión, si el término “hecho” fue empleado por el legislador penal de 1928 en un sentido *naturalístico* —esto es, en el de curso causal desprovisto de su carácter jurídico-penal— o bien, en cambio, en un sentido ya *normativo* —“hecho” entendido como “hecho penal”—. Pero creo posible afirmar que ni en el segundo caso —de modo evidente— ni tampoco en el primero —en este caso con más reservas— hay motivos para pensar que la realización “el hecho en sí mismo” solo puede hacerla “imposible” la inidoneidad de *uno* de sus elementos, el objeto material, y no, en cambio, la de *otro* de ellos, *el sujeto activo*.

También se ha mencionado que RODRÍGUEZ MOURULLO señala, en segundo lugar, que el TS nunca ha aplicado el art. 52 CP 1973 en casos de imposibilidad por inidoneidad del autor. Desde mi punto de vista, este argumento no constituye, sin embargo, un argumento decisivo en contra de la *aplicabilidad* del art. 52 CP a los supuestos de sujeto inidóneo. La efectiva falta de aplicación efectiva del art. 52 CP a los casos que nos ocupan no se debe a la supuesta inaplicabilidad jurídica del precepto para los mismos, sino a la ausencia de supuestos de sujeto inidóneo en la realidad forense. Estos casos conforman una constelación de supuestos que muy rara vez se presenta en la práctica forense. Baste como muestra de ello el ejemplo de la jurisprudencia alemana: en un país cuya legislación permite fundamentar la punibilidad del sujeto inidóneo aún en mayor medida que la española, prácticamente pueden ser contados con los dedos de una mano los supuestos de hecho de tales características que han sido juzgados por el RG, el BGH, el RKG o la jurisdicción militar a lo largo de todo el siglo XX.

Por lo que respecta al actual art. 16.1 CP 1995, podría argumentarse que el referido precepto proporciona al menos *dos* argumentos en favor de la impunidad del sujeto inidóneo: a) el adverbio “objetivamente” excluye del concepto de la tentativa todos los casos de tentativa inidónea; y b) incluso en el supuesto de que cupiera aceptar que los supuestos de tentativa inidónea pueden verse comprendidos por el concepto de tentativa, la referencia del art. 16.1 CP a los “*actos* que objetivamente debería *producir el resultado*” parece circunscribir aquella posibilidad a los casos de inidoneidad *objetiva* —esto es, por razón de elementos típicos vinculados al curso causal, como el *objeto* o los *medios*—, dejando fuera del concepto de tentativa, en cambio, los casos de

inidoneidad por razón del *sujeto*. Sin embargo, ninguno de estos dos argumentos debe prosperar.

Por lo que se refiere al argumento a) (el adverbio “objetivamente” excluye del concepto de la tentativa todos los casos de tentativa inidónea), es obligado reconocer, ciertamente, que el art. 16.1 CP 1995 no se refiere específicamente a los supuestos de tentativa inidónea. No obstante ello, esta constelación de supuestos se encuentra comprendida en el tenor literal del referido precepto. El concepto de tentativa del CP de 1995 abarca también los supuestos de tentativa inidónea. El CP de 1995 castiga la tentativa inidónea.³⁶⁶ Cuando el art. 16 CP exige para la concurrencia de tentativa que el sujeto realice “todos o parte de los actos que objetivamente

³⁶⁶ Discrepa de esta idea, en cambio, CEREZO MIR. Según el parecer de este autor, el CP 1995 acoge un concepto objetivo de la tentativa (*vid.* CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal*, PG, III, *Teoría jurídica del delito*/2, 2001, cit., pp. 201 ss.). Según CEREZO, el CP 1995 sólo castiga la tentativa idónea. CEREZO entiende por tentativa idónea la acción peligrosa para el bien jurídico de acuerdo con un juicio *ex ante* (*vid. op.cit., loc.cit.*). Nótese, sin embargo, que pese a la distinta terminología empleada por CEREZO, su concepto de tentativa idónea incluye también todos los supuestos que, en opinión de un segundo sector doctrinal (así, por ejemplo, MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., cit., 13/81 y nota 59), pertenecen a la tentativa inidónea (peligrosa). Aunque CEREZO no se refiere expresamente a los supuestos de sujeto inidóneo (sólo lo hace en relación con los supuestos de inidoneidad del objeto: *vid.* CEREZO MIR, *op.cit., loc.cit.*), debe concluirse que este autor también los considera constitutivos de tentativa idónea (en su terminología) cuando la conducta del sujeto inidóneo se presente desde una perspectiva *ex ante* como peligrosa para un espectador objetivo. Ello es así porque CEREZO sólo exige para admitir la idoneidad de una tentativa la posibilidad de afirmar su peligrosidad *ex ante*. Y puesto que CEREZO no dice expresamente que la conducta de un sujeto inidóneo nunca pueda ser contemplada *ex ante* como una conducta peligrosa, deberá concluirse que, en opinión de este autor, también los casos de sujeto inidóneo caben en el concepto de la “tentativa idónea”. Tal y como CEREZO lo entiende, fuera del concepto de tentativa idónea —y, por ende, del tenor literal del art.16 CP de 1995— sólo quedarían, por tanto, los supuestos de tentativa irreal. Se refieren a la polémica terminológica entre CEREZO MIR y MIR PUIG sus respectivos discípulos GRACIA MARTÍN, “El “*iter criminis*” en el Código penal español de 1995”, en *El sistema de responsabilidad en el nuevo Código penal*, CDJ 1996 (27), pp. 257-280; y SILVA SÁNCHEZ, “Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación”, en CDJ 1996 (2), pp. 145-184; y el mismo, “La regulación del *iter criminis*”, en el mismo, *El nuevo Código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, p. 133, nota 343.

deberían producir el resultado”, la exigencia del adverbio “objetivamente” no impide castigar aquellas conductas que *ex ante* constituyen un peligro para el bien jurídico, pese a que *ex post* se advierte su inidoneidad desde el principio para producir el resultado. Como dice MIR PUIG, la exigencia legal de que la idoneidad de los actos para producir el resultado deba concurrir *objetivamente* no significa, sin embargo, que todos aquellos casos en que esta idoneidad falte ya desde el principio no puedan ser castigados por tentativa. En efecto, no todos los supuestos en que el sujeto, el objeto y los medios son inidóneos ya en el momento en que se inicia la ejecución del delito son iguales. Debe distinguirse entre dos clases de supuestos: 1) casos en que la referida inidoneidad solo puede ser percibida *ex post*, mientras que, desde la perspectiva *ex ante* de un espectador objetivo ésta habría pasado inadvertida; y 2) casos donde esta inidoneidad ya resulta advertible *ex ante* por un espectador objetivo. Pues bien: si el adverbio “objetivamente” es entendido, como hace MIR, “en el sentido de *intersubjetividad* que supone el criterio del hombre medio situado *ex ante*”,³⁶⁷ entonces solo tendrá sentido castigar con pena los casos de tentativa inidónea en sentido estricto (1). Los supuestos donde esta inidoneidad ya resulta advertible *ex ante* por un espectador objetivo (2), integrarían, por el contrario, la categoría de la llamada “tentativa *irreal*”, y no serían merecedores de pena.

Tampoco el argumento b) (la expresión “*actos que objetivamente deberían producir el resultado*” dejaría fuera del concepto de tentativa a los supuestos de inidoneidad por razón del sujeto activo) merece correr mejor suerte que el argumento a). En efecto, cuando la ley se refiere a “*todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado*”, cabe

³⁶⁷ Vid. MIR PUIG, *Derecho penal, PG*, 6ª ed., cit., 13/85.

pensar que no solo está aludiendo al objeto o los medios del delito, sino también al sujeto. En aquellos delitos donde la consumación depende de la concurrencia en el sujeto activo de la cualidad exigida por el tipo, la lesión del bien jurídico protegido —esto es, el resultado típico— solo podrá “producirse”, ciertamente, si los “actos” conducentes a la producción del resultado son realizados por el sujeto cualificado. Pero también de un sujeto no cualificado que realice la conducta típica en la convicción de que lo está, y que aparezca como tal desde la perspectiva *ex ante* de un espectador objetivo puede afirmarse sin dificultades que practica “todos o parte de los actos que objetivamente (en el sentido de *intersubjetividad* referido por MIR PUIG) deberían producción el resultado”. En conclusión: el ámbito de vigencia de la expresión “actos que objetivamente deberían producir el resultado” prevista en el art. 16. 1 CP no puede entenderse referido —en contra de lo que pretendía la teoría de la falta de tipo— únicamente a los supuestos de creencia errónea de concurrencia de elementos típicos vinculados al curso causal, como el objeto o los medios de la conducta típica. Antes al contrario, también se extiende a los elementos desvinculados de aquél, como, por ejemplo, la cualidad del sujeto activo en los delitos especiales.³⁶⁸ Desde esta perspectiva social, no causal, puede afirmarse que el funcionario que formalmente no ostenta el *status* de funcionario, pero que, creyendo serlo, es contemplado intersubjetivamente como un funcionario porque materialmente actúa como

³⁶⁸ Así lo entiende MIR PUIG, quien también en la actualidad sigue creyendo que los supuestos de sujeto inidóneo deben seguir siendo tratados como supuestos de tentativa de acuerdo con la regulación que el CP 1995 dispone para esta última institución. En opinión de MIR, “hay delito imposible (o «tentativa inidónea») cuando por inidoneidad del objeto, de los medios o del sujeto, no podía llegarse a la consumación del delito efectivamente intentado”. *Vid.* MIR PUIG, *Derecho penal*, PG, 6ª ed., 13/81. En idéntico sentido ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, p. 48.

si lo fuera es, *objetivamente*, esto es, intersubjetivamente, un auténtico funcionario.³⁶⁹

³⁶⁹ *Vid.* ALCÁCER GUIRAO, RDPC 2001, pp. 46 s.

CONCLUSIONES

1. Desde el punto de vista del que parte la presente investigación, una definición de cuya conformidad los delitos especiales sean entendidos como delitos que tan solo pueden ser cometidos a título de autor por aquellos sujetos en quienes concurren las condiciones o cualidades exigidas por el tipo aprehende íntegramente la característica más importante de los delitos especiales, en realidad, el único rasgo común a todos ellos: la circunstancia de que no pueden ser cometidos por cualquier sujeto. En la presente investigación, se ha estimado preferible proceder, en primer lugar, a definir los delitos especiales, para posteriormente, averiguar su fundamento. De este modo, se rechaza la perspectiva asumida, entre otros autores, por SCHMIDHÄUSER, LANGER o DEICHMANN, que pretenden integrar en el proceso de elaboración del concepto de delito especial la cuestión de su fundamento.

Un segundo argumento en contra del punto de partida metodológico de las concepciones de estos autores, debe verse en la imposibilidad de encontrar un fundamento único para todos los delitos especiales, ya que esta imposibilidad conduciría irremisiblemente a una multiplicidad de conceptos de delito especial —tantos conceptos como fundamentos distintos—. A SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN, este inconveniente, sin embargo, no se les plantea, porque estos autores consideran posible reconducir la esencia de todos los delitos especiales a un único fundamento, posibilidad ésta que, en cambio, se niega en la presente investigación.

2. Como creo haber demostrado en la presente investigación, es ampliamente preferible un concepto de delito especial dependiente de la

autoría que un concepto de delito especial construido autónomamente de esta categoría. Ello se apoya, recuérdese, sobre la base de dos clases de fundamento: un fundamento de naturaleza terminológico-material y un fundamento de naturaleza dogmática.

2.1. Por lo que respecta al primero, debe señalarse que desde la óptica de la que parte la presente investigación, no es correcto concebir los binomios comisión-omisión, autoría-participación y tentativa-consumación como meras “formas especiales de aparición del delito”. Así, la distinción entre tipos de acción y tipos de omisión expresa las dos distintas modalidades que puede presentar el tipo legal dependiendo de su estructura y de su significado normativo; la distinción entre tipos de autoría y tipos de participación representa las dos distintas clases de tipos a partir de la posición de sus sujetos, del mismo modo que puede decirse que el sujeto que participa en el hecho típico y antijurídico ejecutado por el autor comete también el tipo de participación en el tipo de autoría principal; y, por último, la distinción entre tentativa y consumación de un delito tampoco pone únicamente de manifiesto la existencia de distintos grados de ejecución en que puede cometerse un delito. Antes bien, debe partirse de la premisa de que el sujeto que intenta realizar un tipo, por ejemplo, el del delito de homicidio, no será castigado únicamente por haber realizado el tipo de homicidio (art. 138 CP) en un grado imperfecto de ejecución, sino, además, por la realización de otro tipo: el tipo de tentativa de homicidio (art. 16 CP en relación con el art. 138 CP).

La primera consecuencia que tiene la asunción de la referida premisa en este lugar de la presente investigación es la imposibilidad de compartir la terminología empleada por SCHMIDHÄUSER, LANGER y DEICHMANN, cuando se refieren a la autoría como una forma autónoma

de aparición del delito, o a las definiciones de delito especial que incorporan referencias a la autoría como conceptos dependientes que lo configuran como una “agrupación típica dentro de una forma autónoma de aparición del delito”. Sería preferible, por ello, designar estas definiciones con el término “modelos conceptuales dependientes de otro delito no autónomo”, o mejor, con el más sencillo y preciso de “modelos conceptuales dependientes de la autoría y de la consumación”.

2.2. En segundo lugar, considero que un modelo conceptual autónomo de delito especial, al obviar referirse en su definición a la autoría, olvidaría referirse, en realidad, al elemento esencial al que debe aludirse cuando está en litigio esta constelación del delitos. En efecto, si algo caracteriza a los delitos especiales por encima del resto de sus particularidades es, precisamente, que constituyen una restricción de la esfera de los posibles autores del delito. Los delitos especiales no pueden ser cometidos a título de autoría por cualquier sujeto, sino tan solo por aquéllos en quienes concurren las cualidades, relaciones o propiedades exigidos por el tipo. Una definición no ya completa, sino incluso mínima de delitos especial, debe tener necesariamente en cuenta este aspecto, ya que del mismo se derivan, en realidad, todos o gran parte de los problemas dogmáticos que, en materia de participación, error y concurso de leyes, plantea esta tipología delictiva.

3. La razón principal de que, frente a aquellos conceptos de delito especial que ignoran las especificidades de la teoría de la autoría y la participación en el delito, resulte preferible un modelo de concepto de delito especial que atienda a aquéllas reside, principalmente, en, para la determinación de la autoría en estos delitos, no resulta idóneo cualquier concepto de autor. En la presente investigación se considera posible partir

de un concepto de autor válido para toda clase de delitos, incluyendo, por tanto, los delitos especiales. Se trata de un concepto restrictivo de autor, de acuerdo con el cual deberá ser calificado como tal aquel sujeto que ostente el “dominio del riesgo típico”.

4. Según entiendo, cabe defender un tal concepto de autor también para los delitos especiales. Sin embargo, entiendo que ello no es posible si se parte de un concepto unitario o extensivo de autor. En efecto, en los delitos especiales, autor no es todo aquel sujeto que interviene en el hecho, sino solo aquel interviniente que domina el riesgo típico.

4.1. Por lo que respecta al concepto unitario de autor es incapaz de reconocer la diferencia de merecimiento de pena supuestamente existente entre la conducta realizada por el “*intraeus*” y la realizada por el “*extraneus*”; olvida el carácter accesorio de la intervención del “*extraneus*” en relación con la del “*intraeus*” en los delitos especiales; se muestra incapaz de explicar la esencia de la autoría en los delitos especiales; y, por último, en los delitos especiales, la defensa de un concepto unitario de autor produciría inseguridad jurídica, pues conduciría a una enorme disparidad de resultados.

Asimismo, la presente investigación revela que no constituye un argumento a favor de la idea de que el concepto unitario de autor aprehende correctamente la esencia de los delitos especiales el hecho de que la OWiG, el Código penal italiano y el ÖStGB incorporen, “*de lege lata*”, un concepto unitario de autor. Antes al contrario, estos los conceptos unitarios legales acreditan, precisamente, que debe seguir distinguiéndose, de algún modo, entre conductas de autoría y conductas de participación. Así, aunque formalmente se estime preferible referirse a unas y otras como aportaciones

de autoría, desde un punto de vista material sigue considerándose necesario practicar la referida distinción en ámbitos tales como la determinación de la pena, la regulación de la participación intentada y la intervención en delitos de propia mano y delitos especiales.

4.2. En cuanto al concepto extensivo de autor, debe rechazarse una interpretación de los delitos especiales que se asiente sobre un tal concepto de autor principalmente debido a tres motivos. En primer lugar, a la luz de un análisis crítico de los conceptos extensivos defendidos por von LISZT, von HIPPEL y MEZGER salta a la vista que el concepto extensivo-subjetivo de autor preconizado por estos autores conduce, en los delitos especiales, a una vulneración del principio de legalidad. En segundo lugar, creo poder afirmar que, en los delitos especiales, el concepto extensivo-subjetivo de autor es, como concepto, incoherente con sus propias premisas lógicas. Y, por último, el concepto extensivo de autor también fracasa en los delitos especiales debido a que la premisa según la cual solo el “*intraeus*” puede actuar “con ánimo de autor” en aquella clase de delitos, defendida en Alemania, entre otros, por Jürgen BAUMANN, es incorrecta.

Del mismo modo que sucedía con el concepto unitario de autor, algunos textos legales de nuestro entorno cultural han optado por tipificar los delitos especiales (o bien disponer esta posibilidad por medio de una cláusula general) de tal modo que también un sujeto no cualificado interviniente en el hecho pudiera ser también su autor. Ello sucedió, por ejemplo, en el art. 30 del Proyecto alemán de Código penal de 1919, que permitía expresamente la posibilidad de castigar al “*extraneus*” en un delito especial como autor mediato del mismo. No obstante ello, esta solución también está lejos de presentarse como una solución óptima. La expresa previsión legal de la posibilidad de castigar a un “*extraneus*” como autor de

un delito especial permitiría salvar, ciertamente, la objeción de que defender un concepto extensivo-subjetivo de autor en los delitos especiales es contrario al principio de legalidad. Sin embargo, con dicha previsión legal expresa no se consigue resolver legalmente del modo más satisfactorio posible la determinación de la autoría y la participación en los delitos especiales. El concepto *legal* de autor plasmado en el referido art.30 del Proyecto alemán de Código penal de 1919 es manifiestamente contrario al concepto doctrinal de autor que resulta preferible. En efecto, aunque el legislador tuviera a bien disponer que el sujeto no cualificado pueda ser autor de un delito especial, lo cierto es que, a pesar de ello, tanto desde un punto de vista ontológico como desde un punto de vista normativo, debe seguir afirmándose que el castigo de la intervención en el hecho del “*extraneus*” solo se entiende partiendo de la idea de que el sujeto no cualificado *se adhiere* al hecho cometido por el “auténtico” autor, esto es, el “*intraneus*”. Así, por ejemplo, para que pueda decirse que un sujeto no cualificado interviene en un delito de funcionario, se precisa indefectiblemente, como afirma GALLAS, de la intervención de un funcionario. La intervención del “*extraneus*” en el delito especial sería, así, una especie de forma *accesoria* de intervención, rasgo éste que, lejos de caracterizar a las conductas de autoría, caracteriza, antes bien, a las de participación.

La presente investigación pone igualmente de manifiesto que un sujeto no cualificado que crea erróneamente serlo puede ser calificado, en algunos casos, como autor de una tentativa inidónea del correspondiente delito especial. Desde la perspectiva aquí adoptada, este descubrimiento representa un condicionante del concepto de delito especial. Porque, a la vista la punibilidad del sujeto inidóneo en el delito especial, será preferible definirlo —aunque, ciertamente, no obligatorio desde un punto de vista

lógico—, no como aquel delito del que solo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo, sino como aquél del que, como delito consumado e intentado idóneamente, solo un “*intra-neus*” puede ser autor. En relación con la problemática que plantean los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo y su posible incidencia en la elaboración del concepto de delito especial, tres son las principales conclusiones alcanzadas en este trabajo: la conveniencia de someter todos los casos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la idoneidad del sujeto a un tratamiento unitario; la corrección metodológica de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución; y, por último, la necesidad de analizar la punibilidad de la conducta del sujeto inidóneo como presupuesto de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución.

5. Como pudo comprobarse a través de la exposición y valoración crítica de las posiciones defendidas en España y Alemania en relación con la naturaleza jurídica de los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales, esta cuestión, así como la concerniente a la participación de “*extranei*” en delitos especiales, ha sido abordada por la doctrina y la jurisprudencia de uno y otro país de un modo metodológicamente diferente. Así, son pocos autores y resoluciones judiciales los que en España se han ocupado del fundamento de los delitos especiales y la naturaleza jurídica de los delitos especiales a partir del análisis de los elementos que limitan la autoría en esta clase de delitos. En nuestro país, los delitos especiales han sido objeto de interés, sobre todo, en relación con los problemas de codelincuencia que generan, que han intentado ser resueltos, especialmente, mediante la aplicación de los principios generales de la participación en el delito, las reglas generales sobre la comunicabilidad de las circunstancias y, por último, la teoría de los concursos de leyes. En Alemania, en cambio, la

existencia en el derecho positivo de un párrafo directamente aplicable a los delitos especiales, el § 28 StGB y la necesidad de interpretar este precepto ha obligado a la doctrina y la jurisprudencia de aquel país a pronunciarse con mayor profundidad sobre la naturaleza jurídica de los elementos que restringen la autoría en los delitos especiales. En mi opinión, la aportación alemana a esta materia resulta de gran utilidad también para el análisis de la cuestión en España, tanto “*de lege lata*” como “*de lege ferenda*”, ya que muchos de los delitos especiales previstos en el StGB también son delitos especiales de acuerdo con nuestro CP.

6. Es posible explicar la relación de autoría en todos los delitos, también, por tanto, en los delitos especiales, a partir de un concepto restrictivo de autor que lo defina como el sujeto que ostenta el dominio del riesgo típico del delito.

7. Desde mi punto de vista, uno de los escasos autores españoles que ha profundizado con acierto en la naturaleza jurídica de los elementos de autoría a los que nos estamos refiriendo como método para conocer su fundamento es GRACIA MARTÍN. En opinión de este autor, la mayor parte de los delitos especiales consisten en “delitos de dominio social”, porque, en ellos, el bien jurídico protegido se encuentra ínsito en una estructura social cuyo titular es el autor del delito. Así, por ejemplo, en los llamados “delitos de funcionario”, el bien jurídico protegido se halla en una esfera social dominada por el funcionario, de tal modo que aquél se caracteriza por encontrarse en una posición de especial vulnerabilidad con respecto al funcionario. De modo análogo a lo que ocurre en las concepciones de algunos penalistas alemanes, como SCHÜNEMANN o HERZBERG, el autor que ahora nos ocupa considera que el autor del delito

especial se distingue, frente al resto de intervinientes en el hecho, por ostentar el “dominio social de la vulnerabilidad del bien jurídico”.

Las esferas sociales en que se encuentra el bien jurídico protegido en los delitos especiales pueden ser —prosigue GRACIA— cerradas o abiertas. Determinados bienes jurídicos solo pueden ser lesionados en el marco de una esfera social cerrada. Ello ocurre en los delitos especiales. Otros bienes jurídicos, en cambio, gozan de una mayor “movilidad”, ya que pueden estar presentes en distintas estructuras sociales. Es lo que sucede en los delitos especiales impropios.

En los delitos especiales propios, que se caracterizan por estar representados por una estructura social cerrada, el autor del delito es el sujeto que tiene el dominio de la estructura social mediante el ejercicio de su cargo. Así, por ejemplo, en los delitos especiales de funcionario público, el titular del dominio de la estructura social es, normalmente, el funcionario dentro de las competencias específicas de su cargo.

8. También asiste la razón a GRACIA MARTÍN cuando afirma que en los delitos especiales, el tipo no solo limita el ámbito de protección de la norma mediante la limitación del círculo de autores, sino también la redacción de la conducta típica. En efecto, no es correcto entender que solo nos encontramos ante un delito especial cuando el tipo exige expresamente la concurrencia en el autor del delito de alguna cualidad, propiedad o relación, porque, en ocasiones, la limitación del círculo de posibles autores que caracteriza a los delitos especiales frente a los comunes no tiene lugar a través elementos especiales de autoría, sino por medio de la propia conducta típica. En algunos delitos especiales, aunque de la literalidad del tipo parezca deducirse que autor del delito puede serlo cualquiera, porque

el legislador ha acudido a la fórmula “el que” propia de los delitos comunes, lo cierto es, sin embargo, que ello no es así. Porque en dichos delitos, tal y como está descrita la conducta típica, el dominio del riesgo típico no puede tenerlo cualquiera, sino únicamente determinados sujetos. No puede ser autor del delito cualquier sujeto, sino solo algunos. Por ello puede afirmarse que en los delitos especiales, no solo se produce una limitación del círculo de posibles autores, sino también una restricción del injusto típico a determinadas esferas o estructuras sociales.

Así, por ejemplo, en el delito de alzamiento de bienes, según el art. 257.1º CP “será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses: El que se alce con sus bienes en perjuicio de sus acreedores”, aunque la ley no exija que el autor del delito sea el “deudor”, la redacción de la conducta típica, que está descrita mediante la utilización del verbo reflexivo “alzarse”, obliga a entender a aquél como el único autor posible del delito, como el único sujeto que puede dominar el riesgo típico previsto por la ley. Con esta restricción de la esfera de posibles riesgos típicos para las expectativas de realización del derecho de crédito del acreedor, el legislador parece declarar típicamente irrelevantes, de forma tácita, el resto de posibles riesgos para aquél. Parece declarar típicamente irrelevante, por ejemplo, el riesgo consistente en que un tercero, por ejemplo un amigo del deudor a quien ha sido confiada la custodia de la casa de este último en su ausencia, distraiga en perjuicio del acreedor una importante colección de sellos del deudor (ejemplo de HERZBERG). Aunque ello puede resultar discutible, esta limitación del círculo de autores podría no estar completamente justificada en términos de adecuada protección del bien jurídico.

Es cierto que, en la realidad fenomenológica, los riesgos para el derecho de crédito de un acreedor proceden, normalmente, del propio deudor, porque es quien “domina”, quien puede disponer de su patrimonio, y quien puede tener más interés en que el acreedor no pueda cobrar su crédito. Sin embargo, es dudoso que en los casos —sin duda más excepcionales— en que la distracción en perjuicio del acreedor no proceda del deudor, sino de un tercero, la conducta sea menos grave. En términos de dañosidad social, dicha conducta podrá ser igual de nociva para el acreedor, o incluso más, que un hipotético alzamiento del deudor.

Como acaba de advertirse, en el delito de alzamiento de bienes, el legislador se ha limitado a tipificar el riesgo principal para el bien jurídico, el que sin duda planeará con mayor fuerza sobre el derecho de crédito del acreedor: que el propio deudor se alce con sus bienes en su perjuicio. Aunque probablemente no descarta otros posibles riesgos, probablemente los considera tan poco frecuentes que no los contempla como merecedores de ser tipificados. Sin embargo, en otros ámbitos en que el dominio del riesgo típico lo tenga un sujeto distinto al titular de la estructura social de la que proceden los principales riesgos para el bien jurídico que pretende protegerse se produzcan en la práctica con mayor frecuencia, el legislador suele tipificar los delitos especiales en que ello ocurre ampliando el espectro de posibles autores del delito a terceras personas que se incorporan ocasionalmente a la estructura social antes referida. Esto último sucede, por ejemplo, en algunos delitos especiales de funcionario.

GRACIA MARTÍN entiende —creo que nuevamente con acierto— que para analizar correctamente estos últimos supuestos resulta de utilidad distinguir entre dos conceptos. Se trata de los conceptos de *status* y función. El primero se refiere a la posición jurídica, económica o

social que el sujeto ocupa en la sociedad, mientras que el segundo guarda relación con la función social o institucional que le corresponde desarrollar. Si en la mayoría de los delitos especiales es correcto afirmar que el autor tiene el dominio del riesgo típico, ello no obedece al dato formal consistente en que el sujeto tenga un *status* determinado, sino al dato *material* relativo a la función que desarrolla. En los delitos especiales, la esencia del dominio del riesgo típico no reside en la formalidad del *status*, sino que es material, y se basa en la función que realiza el sujeto. Lo que al sujeto le confiere dominio, capacidad de disposición sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, no es el *status*, sino el ejercicio de la función en que se encuentra implicado el bien jurídico.

La implicación de un bien jurídico en la función que realiza el sujeto puede ser esencial u ocasional. Es esencial cuando en un delito especial de funcionario, el incumplimiento mismo de la función institucional que desempeña el autor cualificado representa la lesión del bien jurídico protegido en el delito correspondiente. Ello sucede, por ejemplo, en el delito de prevaricación judicial (art. 446 CP), ya que los únicos autores posibles del mismo, el Juez o Magistrado y el Secretario judicial, tienen como función institucional la de dictar resoluciones conforme a derecho, y la lesión del bien jurídico protegido en este delito se produce, precisamente, cuando se dicta “a sabiendas” una “sentencia o resolución injusta”. El bien jurídico se implica en una función solo de forma ocasional, en cambio, cuando la conducta típica no representa el incumplimiento mismo de la función específica desempeñada por el funcionario, pero, no obstante, el sujeto cualificado tiene el dominio social sobre la vulnerabilidad del bien jurídico, porque su competencia le facilita el acceso al bien jurídico por las mayores posibilidades de las que dispone. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito previsto en el art. 444 CP.

9. En mi opinión, la distinción de GRACIA MARTÍN entre los delitos especiales en que el bien jurídico incide esencialmente en la función desempeñada por el sujeto, y aquellos en que ello ocurre solo ocasionalmente puede resultar de utilidad en otro ámbito. Me estoy refiriendo a la delimitación entre delitos especiales impropios de funcionarios y tipos agravados por razón de la condición de funcionario del sujeto activo. Según GRACIA, cuando el sujeto realiza la conducta típica *en* el ejercicio de sus funciones, o *con ocasión* de ellas, puede suceder, como ya se ha señalado, que la lesión del bien jurídico sea, respectivamente, esencial u ocasional al incumplimiento de la función del autor. En cualquiera de los dos casos, el autor se encuentra en una relación de dominio social con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. Se trata de un delito especial “distinto”. En cambio, cuando la conducta típica de un delito *no* es realizada en el ejercicio de sus funciones, ni siquiera con ocasión de aquélla, entonces el delito en cuestión consistirá en un simple tipo agravado por razón de la mayor facilidad de ejecución de la que se favorece el funcionario público.

Así, por ejemplo, en la discusión sobre si los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP constituyen delitos especiales impropios o bien simples tipos agravados por la condición de funcionario público del autor, un argumento a favor de esta segunda alternativa podría ser el siguiente: puesto que, a diferencia de lo que sucede en los delitos “cometidos por los funcionarios públicos contra la libertad individual” (arts. 529 ss. CP) y los delitos “cometidos por los funcionarios públicos contra la inviolabilidad domiciliaria y demás garantías de la intimidad” (arts. 534 ss. CP), en los delitos tipificados en los arts. 167, 198 y 204 CP la autoridad o funcionario público comete la conducta típica “fuera de los casos permitidos por la Ley, y sin mediar causa por delito”, esto es, como si de un particular se tratase,

estos últimos delitos consisten en simples tipos agravados de los delitos de detenciones ilegales, descubrimiento y revelación de secretos, y allanamiento de morada, mientras que aquéllos constituyen, en cambio, delitos especiales propios.

Considero dudoso, en cambio, que los elementos “autoridad o funcionario público” de los arts. 167, 198 y 204 CP deban ser calificados como elementos típicos accidentales personales y, por tanto, no comunicables al particular que intervenga en aquellos delitos. En mi opinión, se trata de un elemento de naturaleza objetiva, que guarda una evidente analogía con la circunstancia genérica agravante prevista en el art. 22.7ª CP, y cuyo fundamento reside en el incremento de la peligrosidad “*ex ante*” de la conducta por la mayor facilidad de ejecución que aquella condición proporciona al sujeto que la ostenta. Según entiendo, la diferencia esencial del elemento “autoridad o funcionario público” como elemento de los delitos previstos en los arts. 167, 198 y 204 CP y como elemento de los delitos contra la Administración pública reside, no en que en los primeros tenga naturaleza personal y en los segundos naturaleza “objetiva”, sino en lo siguiente: como elemento accidental de los arts. 167, 198 y 204 CP, el elemento que ahora se analiza no da lugar a un cambio de delito, sino que aquéllos siguen representando, exclusivamente, la lesión de los correspondientes intereses individuales, esto es, la libertad ambulatoria, la intimidad y la intimidad domiciliaria. En cambio, como elemento esencial de los delitos especiales impropios de funcionario, el elemento que nos ocupa da lugar a la aparición de un nuevo delito, que representa la lesión de un bien jurídico supraindividual: el correcto funcionamiento de la Administración pública. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de falsedad en documento público cometido por funcionario público (art. 390.1 CP).

10. Sobre todo desde principios de los años 90, la doctrina y la jurisprudencia españolas defienden que los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales deben ser resueltos aplicando dos reglas básicas. La primera consiste en que el “*extraneus*” debe responder por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. La segunda, que la pena del partícipe debe ser atenuada. En mi opinión, la primera regla es completamente atendible. También lo es, en principio, la segunda, aunque ello debe ser, sin embargo, matizado.

10.1. Por lo que respecta a la primera regla, la cuestión resulta ociosa en relación con los delitos especiales propios. Es obvio que, puesto que el extraño que participa en esta clase de delitos no podría ser castigado por ningún otro delito, si tampoco respondiera como partícipe en el delito especial cometido por el “*intraneus*”, su conducta quedaría impune. Y, aunque algunos autores alemanes (SCHMIDHÄUSER y LANGER) han defendido la impunidad del extraño que participa en un delito especial, la presente investigación se ha encargado de evidenciar que esta solución es completamente incorrecta. Mucho mayor es, en cambio, la discusión que suscitan los supuestos de participación de “*extranei*” en los delitos especiales impropios. Desde el punto de vista adoptado en la presente investigación, la solución que se presenta como preferible es la solución unitaria, porque es la única que respeta plenamente los principios de unidad de título de imputación y accesoriedad de la participación, y que permite resolver *todos* los casos de participación en delitos especiales, propios e impropios, de un modo *unitario*.

10.2. En cuanto a la atenuación de la pena del partícipe extraño en un delito especial, en aquellos ordenamientos jurídico-penales donde la cuestión se encuentra expresamente resuelta por la ley, aquella atenuación

no resulta discutible. Ello sucede, por ejemplo, en Alemania, donde la doctrina y la jurisprudencia dominantes entienden —en mi opinión con razón— que, tanto en los delitos especiales propios (§ 28.1 StGB) como en los impropios (§ 28.2 StGB), la pena del “*extraneus*” debe ser, en principio, atenuada. De más difícil solución es la cuestión ahora planteada a la luz del CP español.

A pesar de que nuestro texto legal no resuelve expresamente los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios o impropios, un sector de la doctrina y la jurisprudencia españolas se muestran favorables a castigar al partícipe por el delito especial, aunque con una atenuación en la pena. Defienden esta posición en la doctrina BACIGALUPO ZAPATER, PÉREZ ALONSO, CHOCLÁN MONTALVO, CALDERÓN CEREZO / CHOCLÁN MONTALVO, MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS y RUEDA MARTÍN. En la jurisprudencia, el TS la ha defendido en las SSTs 12 febrero 1992 (Ar. 471), 21 marzo 1992 (Ar. 973), 18 enero 1993 (Ar. 6482), 2 febrero 1994 (Ar. 759), 24 junio 1994 (Ar. 5031), 20 mayo 1996 (Ar. 3838), 12 febrero 1997 (Ar. 1362), 12 julio 1999 (Ar. 6215), 21 diciembre 1999 (Ar. 9436), 28 marzo 2001 (Ar. 751) y 11 junio 2002 (Ar. 6817), entre otras.

Según este sector doctrinal y jurisprudencial, especiales necesidades político-criminales, de justicia material y proporcionalidad exigen la atenuación de la pena del “*extraneus*” en todo delito especial. Tres son los mecanismos por los que este propósito atenuador pretende articularse. El primero consiste en la aplicación de una circunstancia genérica atenuante analógica del art. 21.6ª CP (antiguo art. 9.10 CP 1944). El segundo, la aplicación analógica del art. 65 CP (antiguo art. 60 CP 1944). Y el tercero, en castigar al partícipe “*extraneus*” con la pena

correspondiente a la participación en un delito intentado. De estas tres soluciones, la adoptada por la mayor parte de los autores y las sentencias que integran este sector doctrinal y jurisprudencial es la primera. La segunda solución, consistente en la aplicación analógica del actual art. 65 CP, solo ha sido defendida, en lo que alcanzo a ver, por CHOCLÁN MONTALVO. Y la tercera, en cuya virtud corresponde imponer al partícipe la pena de la tentativa, solo lo ha sido por PÉREZ ALONSO.

En mi opinión, existen argumentos para afirmar que la solución planteada por la doctrina y el TS es una solución correcta. Sin embargo, ni aquella ni éste los dan. Bajo la afirmación de un “menor merecimiento de pena” o de una “menor necesidad de pena” para el partícipe “*extraneus*”, o de que la solución atenuante que ahora se analiza viene impuesta por “necesidades de justicia material”, tanto la doctrina como las resoluciones citadas *supra* eluden explicar por qué es necesario practicar dicha atenuación. Hasta la fecha, ésta se ha aplicado de un modo altamente intuitivo y escasamente fundamentado. Desde mi punto de vista, resulta decisivo aportar algún criterio dogmático que sirva para explicar aquella atenuación como una solución satisfactoria y racional. Considero que este criterio también puede ser aportado a partir del concepto de autor como sujeto que domina el riesgo típico defendido en la presente investigación. En mi opinión, es posible afirmar, partiendo de dicho concepto, que, al menos en gran parte de los delitos especiales, la participación del extraño “necesita” menos pena, porque tiene menor contenido de injusto. Veamos por qué razón ello es así.

En los delitos especiales en que las estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico consisten en estructura institucionalizada, como por ejemplo sucede en los delitos contra la Administración pública, el

titular de dicha esfera o fuente de riesgos para el bien jurídico, normalmente la autoridad o funcionario público, será el interviniente en el hecho con mayor facilidad de ejecución o mayor control sobre los riesgos típicos que se ciernen sobre el bien jurídico.

No cabe duda de que también en estos delitos, el particular que participa en el hecho también accede, indirectamente, al bien jurídico protegido. El no funcionario que ayuda al funcionario competente a malversar caudales públicos también pone en peligro, indirectamente, la confianza del ciudadano en el correcto funcionamiento de la Administración de justicia. Sin embargo, debe advertirse que, en estos casos, el no funcionario no solo *no tiene* el dominio del riesgo típico que caracteriza al funcionario público, sino que, como dice ROXIN, *no puede tenerlo*, porque dicho dominio procede de la función pública que desempeña el funcionario, y a la que el partícipe “*extraneus*” es ajeno.

En los delitos de funcionario, el tipo exige, normalmente, que el autor sea una autoridad o funcionario público en el ejercicio de su función. Sin embargo, nada dice sobre el partícipe. Ante esta circunstancia, parece difícil negar que éste último puede ser tanto un funcionario, por ejemplo, uno cuyas competencias específicas no lo conviertan en autor, como un particular. En mi opinión, la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” tendrá la virtud de atender también a la diferencia de desvalor de la acción que probablemente existe entre la conducta del partícipe “*extraneus*” y la del partícipe funcionario. En efecto, para este segundo sujeto, pese a no ser competente para realizar el tipo como autor, la ejecución de su aportación como partícipe sin duda se verá facilitada frente al “*extraneus*” por su condición de funcionario.

No obstante, creo que ninguna de las tres vías articuladas para satisfacer las pretendidas necesidades de justicia material respeta por completo el principio de legalidad.

La primera posibilidad, la que consiste en la aplicación de una supuesta atenuante analógica (art. 21.6ª CP) de “no funcionario”, ya fue rechazada en 1966, con razón, por GIMBERNAT ORDEIG, por entender que difícilmente podía aplicarse tal atenuante cuando —a diferencia de lo que, en su opinión, sucedía con la circunstancia genérica de parentesco— no existía ninguna otra respecto de la que pudiera predicarse la “análoga significación” exigida por la ley. Ya que de todas las circunstancias atenuantes previstas en el art. 21 CP, no existe ninguna que afecte a la categoría que se encuentra implicada cuando nos referimos a la concurrencia o la ausencia de los elementos de autoría de los delitos especiales: la antijuricidad.

En mi opinión, la pretendida analogía solo podría predicarse en relación con la eximente incompleta del art. 21.1ª CP en relación con alguna de las causas de justificación previstas en el art. 20 CP. Sin embargo, pretender la existencia de una analogía relevante a efectos de pena entre el menor contenido de injusto de la participación del “*extraneus*” en un delito especial con el menor contenido de antijuricidad que caracteriza, por ejemplo, a una conducta típica cometida en legítima defensiva con un exceso intensivo (art. 20.4ª CP en relación con art. 21.1ª CP) parece oponerse a la forma de analogía que, probablemente, tiene más sentido para la aplicación del art. 21.6ª CP: la analogía con el *efecto* modificativo del injusto y la razón específica que fundamenta la circunstancia atenuante. Parece claro que en el caso que nos ocupa, la pretendida analogía solo puede ser afirmada en relación con el primero de

estos dos efectos. Solo una aplicación del art. 21.6^a CP que se conforme con ello puede conducir a la solución atenuante que aquí se considera materialmente justa.

Tampoco puede convencer en mayor medida el segundo mecanismo, consistente en la aplicación analógica del art. 65 CP. En contra de lo que afirma CHOCLÁN, me parece evidente que sí existen importantes argumentos no solo político-criminales, sino también de legalidad, que pueden ser opuestos convincentemente a la solución que él propone. En mi opinión, de estos últimos argumentos, el más importante es el siguiente: en los delitos especiales propios, la aplicación analógica del art. 65 CP no llevaría (en el ya negado supuesto de que el elemento de autoría de estos delitos fuera contemplado como un elemento de naturaleza “personal” en el sentido del art. 65.1 CP) a la atenuación de la pena del “*extraneus*”, sino a su impunidad. En efecto, puesto que el elemento de autoría solo sería imputable al sujeto en quien concurriera, en los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales propios dicho elemento solo podría ser imputado al autor, mientras que al partícipe “*extraneus*” no se le podría hacer responder por ningún otro delito.

Por último, tampoco la tesis que toma como base de la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” en un delito especial propio una supuesta analogía entre estos supuestos y la tentativa, defendida entre nosotros por PÉREZ ALONSO, puede ser contemplada como una solución defendible “*de lege lata*”. Según entiendo, los casos que ahora se analizan ninguna analogía guardan con la tentativa. Y en el caso de que esta analogía existiera en los supuestos de delitos especiales propios que ahora se discuten, no se entiende, entonces, por qué razón PÉREZ ALONSO no la considera también concurrente en los supuestos de participación de

“*extranei*” en delitos especiales impropios, y estima preferible en estos segundos casos, en cambio, la solución diferenciadora. Por lo demás, tampoco es cierto, como afirma PÉREZ ALONSO, que al partícipe le falta “alguno de los elementos objetivos del tipo que impide la plena consumación del mismo”. En efecto, para consumación del tipo que realiza el partícipe en un delito especial, el tipo de la participación en dicho delito, no es necesaria la concurrencia del elemento *de la autoría* en su persona. Nadie en la doctrina o la jurisprudencia españolas niega la punibilidad de la participación del “*extraneus*” en un delito especial.

11. A la vista de lo insatisfactorio de estas tres soluciones, y de lo atendible que resulta la atenuación de la pena del partícipe “*extraneus*” en estos supuestos, creo que es conveniente formular alguna propuesta, tanto “*de lege lata*” como “*de lege ferenda*”, que sirva para dar respuesta al problema planteado.

11.1. Por lo que respecta a las consideraciones “*de lege lata*”, dos son, al menos, las soluciones que cabría adoptar. La primera, que ya ha sido mencionada, consistiría en la sin duda forzada aplicación del art. 21.6ª CP antes sugerida. La segunda solución pasaría por entender que en los delitos especiales en que la participación del “*extraneus*” tenga un menor contenido de injusto, deberá entenderse que la aportación del sujeto no cualificado nunca podrá ser lo suficientemente importante como para ser calificada como una conducta de participación necesaria o inducción. Frente a esta solución podría oponerse que, con ella, se estaría obviando la diferenciación penológica entre el inductor y el cooperador necesario, por una parte, y el cómplice, por otra, que el legislador realiza en los arts. 28, 29, 61 y 63 CP. No obstante, este argumento quizá podría ser replicado afirmándose que, puesto que los juicios de autoría y participación no

constituyen juicios descriptivos, sino juicios de naturaleza *adscriptiva* o de imputación orientados a consideraciones político-criminales, podría pensarse que cuando la aportación del partícipe necesite o merezca menos pena por ser menos importante cabrá una atenuación de su pena.

11.2. Sin embargo, creo que lo más aconsejable resultaría —ya en un plano “*de lege ferenda*”— la introducción en el CP español de un precepto que regulase expresamente los supuestos de participación de “*extranei*” en delitos especiales disponiendo para ello una doble consecuencia. En mi opinión, la primera consecuencia debería consistir en disponer un tratamiento unitario para todos los supuestos de participación de “*extranei*” en un delito especial, de acuerdo con el cual el extraño respondiera, tanto en los delitos especiales propios como en los impropios, por el delito especial cometido por el “*intraneus*”. La segunda consecuencia de un tal precepto debería ser la previsión de una atenuación, al menos facultativa, de la pena del partícipe extraño en un delito especial, con independencia de que se trate de un delito especial propio o de uno impropio. Un precepto como el que acaba de ser propuesto tendría, además, la virtud de armonizar el tratamiento de todos los delitos especiales, haciendo completamente innecesaria, de este modo, una de las más perniciosas clasificaciones que ha conocido —y sigue conociendo—, en mi opinión, la teoría de los delitos especiales: la distinción entre delitos especiales propios y delitos especiales impropios.

12. Como ya se señalado *supra*, una gran parte de los delitos especiales pueden ser contemplados como delitos en que el autor tiene una posición de dominio sobre la vulnerabilidad del bien jurídico. Algún autor alemán, como HERZBERG o SCHÜNEMANN, y también alguno español, como el ya citado GRACIA MARTÍN, extraen de esta circunstancia la

consecuencia de que todos estos delitos especiales pueden ser contemplados, igualmente, como “delitos especiales de garante”. Se trataría, en suma, de delitos en que el autor cualificado también deberá responder, por omisión, por la no evitación dolosa o, en su caso, imprudente de la lesión del bien jurídico. No en vano, en algunos delitos el propio legislador parece haber partido de este presupuesto. Tal es el caso de los delitos previstos en los arts. 414.1 y 415 CP.

13. Sin embargo, los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función institucionalizada, como, por ejemplo, la función pública de los funcionarios, no son los únicos delitos especiales imaginables. En mi opinión, es posible referirse a la existencia de otras dos clases de delitos especiales. Cabe referirse, en primer lugar, a los delitos especiales fundamentados en el incumplimiento de una función social no institucionalizada dimanante de una determinada posición social no institucional. En estos delitos, el fundamento del dominio del riesgo típico reside en el ejercicio de una función social que coloca al autor del delito especial en una *posición* especial de dominio respecto del bien jurídico, de modo que éste se presenta, frente a aquél, como especialmente vulnerable. Ello sucede, por ejemplo, en los delitos previstos en los arts. 152.3, 158, párr. 2º, 180. 4º, 184.2, 196, 197.4, 199, 250.1.7ª, 257.1.1ª o 290-295 CP, entre otros. Desde mi punto de vista, también en estos delitos especiales de posición cabe afirmar que la aportación del partícipe extraño probablemente tendrá también un menor contenido de injusto, ya que su falta de dominio del riesgo resulta difícilmente “subsanable” en el caso concreto por no ocupar, a diferencia del “*intra-neus*”, una posición especial de garante con respecto a la vulnerabilidad del bien jurídico. No obstante, considero que el “alejamiento” (“*Entfernung*”) que, según ROXIN, existe entre el “*intra-neus*” funcionario y el partícipe “*extra-neus*” en los delitos de

responsabilidad por incumplimiento de una función institucional es, en los delitos especiales de posición, inferior. En esta clase de delitos, las esferas o estructuras sociales en que se encuentra el bien jurídico no son tan cerradas ni están tan formalizadas como en los delitos “institucionales”, por lo que resultan más “penetrables” por terceros extraños, de modo que éstos últimos podrán realizar aportaciones al hecho más relevantes que en aquéllos. En segundo lugar, también es posible aludir a la existencia de otros *delitos especiales en que la limitación legal del círculo de autores no se fundamenta en el incumplimiento de función institucional o social alguna*. Me estoy refiriendo a delitos como el de alzamiento de bienes o el de exhibicionismo masculino en Alemania (§ 183 StGB), en los que (siguiendo en este extremo a HERZBERG, entre otros autores) la ausencia del elemento de autoría en el partícipe no determina que su conducta tenga necesariamente un menor contenido de injusto que la del autor cualificado.

14. Desde mi punto de vista, esta clasificación tripartita de delitos especiales puede producir importantes efectos en orden a la solución del problema consistente en si el partícipe “*extraneus*” debe ser castigado con la misma pena que el autor cualificado o bien con una pena inferior. Según entiendo, tanto en los delitos especiales consistentes en el incumplimiento de una función institucionalizada, como en aquellos que consisten en el incumplimiento de una función no institucionalizada, la atenuación de la pena del “*extraneus*” se encuentra justificada, porque éste carece se encuentra más alejado del dominio del riesgo típico que ostenta el “*intraneus*” que en el resto de delitos. Sin embargo, creo que en la tercera clase de delitos especiales no existe razón alguna para una atenuación de la pena, ya que, en estos casos, el contenido de injusto de la conducta del “*extraneus*” no es inferior al que caracteriza la conducta del “*intraneus*”.

15. En relación con este particular, podría decirse que el apartado decimoctavo del artículo único del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, según el cual “se modifica el apartado 1 y se añade un apartado 3 al artículo 65 que quedan redactados como sigue:“(...) 3. Cuando en el inductor, en el cooperador necesario o en el cómplice no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción consumada o intentada”, vendría a resolver el problema planteado, en caso de ser finalmente aprobado en el Parlamento, tan solo de un modo parcial. En efecto, dicho precepto, al no distinguir (como ocurre en el caso del § 28 StGB) entre elementos fundadores y modificativos de la pena, garantiza un tratamiento unitario de los delitos especiales, garantizando, igualmente, la desaparición de la distinción entre delitos especiales propios e impropios. Considero, en cambio, insatisfactorio que la atenuación de la pena para el partícipe “*extraneus*” se encuentre prevista en el Anteproyecto como atenuación obligatoria (“impondrán”), en lugar de como atenuación facultativa. Ya que ello supone ignorar que no en todos los delitos que exigen la concurrencia de “condiciones, cualidades o relaciones (...) para poder ser responsable del mismo” está justificada la atenuación de la pena del partícipe.

16. Como ya se mencionó *supra*, en algunos delitos especiales, el legislador no ha limitado el círculo de posibles autores mediante la utilización de elementos específicos de la autoría, sino a través de la redacción de la conducta típica. Ello ocurre, por ejemplo, en el delito de apropiación indebida (art. 252 CP) o en el de alzamiento de bienes (art. 257 CP). Debido a ello, no resultará posible entender que uno de los posibles

criterio para conocer si un delito constituye un delito común o uno especial consiste en la comprobación de si el legislador ha redactado el tipo refiriéndose a “el que ...” —en cuyo caso estaríamos ante un delito común— o no.

Esta circunstancia ha provocado que algunos autores se hayan planteado la conveniencia de calificar como especiales algunos delitos caracterizados por que la realización de sus respectivas conductas típicas resultaría imposible o considerablemente difícil sin la concurrencia en el sujeto activo de especiales capacidades físicas, técnicas, económicas, etc. Algunos de los delitos respecto de los que suele suscitarse la cuestión que acaba de ser expuesta son, por ejemplo, el delito urbanístico (art. 319 CP), los delitos de responsabilidad por el producto (art. 363 CP), los delitos de defraudación a Hacienda y la Seguridad Social (arts. 305 ss. CP) o el delito ecológico (arts. 325 ss. CP), entre otros.

Parece claro que autor de un delito urbanístico no puede serlo cualquiera, sino solo aquél que tenga capacidad (económica, técnica) para promover, construir o dirigir una construcción; que solo podrá cometer como autor un delito de responsabilidad por el producto defectuoso quien se dedique al comercio o a la distribución de productos en el mercado; que solo podrán defraudar a Hacienda aquellos sujetos cuyo patrimonio supere la cantidad económica prevista en los tipos correspondientes; y, por último, que para ser autor de un delito ecológico es necesario tener capacidad suficiente para contaminar de forma que se provoque un grave perjuicio para el equilibrio del ecosistema. Sin embargo, ¿basta ello para calificar a estos delitos como especiales?

Desde mi punto de vista, aunque la cuestión se encuentra lejos de resultar pacífica, creo que puede ser resuelta mediante la aplicación de dos distintos criterios.

Para conocer si un delito es, o no, un delito especial puede resultar de utilidad preguntarse, en primer lugar, si la limitación del círculo de posibles autores del delito se encuentra justificada desde el punto de vista de la protección del bien jurídico. En caso de que la respuesta a esta pregunta sea afirmativa, el delito podrá ser considerado especial. En caso contrario, se tratará de un delito común. En mi opinión, este criterio permite estimar preferible la calificación de delitos comunes para los delitos de aborto (arts. 144 CP), lesiones al feto (art. 157 y 158, párr. 2º CP), urbanísticos (art. 319 CP), contra el patrimonio histórico (art. 321 CP) o de responsabilidad por el producto (art. 363 CP); y la delito especial para el delito de manipulaciones genéticas (arts. 159-162 CP).

En segundo lugar, en algunos tipos, el legislador tipifica una determinada conducta acotándola de la infracción administrativa paralela. Ello sucede, por ejemplo, en el delito ecológico (art. 325 CP), que no se conforma con la contaminación del ecosistema, sino con una que lo perjudique gravemente; y con el delito fiscal, para el que tampoco basta cualquier defraudación a la Hacienda pública, sino que se precisa que ésta supere los 15 millones de ptas.

A mi juicio, es cierto que en estos casos no puede ser autor del delito cualquiera, sino solo algunos sujetos. No obstante, creo que si ello es así no es porque estos supuestos constituyan ejemplos de delito especial el legislador haya realizado un juicio de atribución o imputación de los riesgos que proceden de una determinada *clase de conducta*, sino que, al

contrario, el legislador tipifica en estos delitos conductas susceptibles de ser cometidas por cualquiera como clase de conductas, aunque exigiendo de ellas un mayor grado de lesividad o dañosidad social para considerarlas penalmente relevantes. En suma: estos tipos no contienen juicios de imputación de clases de conducta a un círculo limitado de sujetos, sino juicios de lesividad o dañosidad social. Por ello, creo que es preferible calificar al delito ecológico y al delito fiscal (este último al menos en lo concerniente a la limitación típica de los 15 millones de ptas.) como delitos especiales.

17. Sobre la conveniencia de un tratamiento unitario para todos los casos de error inverso sobre los presupuestos fácticos de la idoneidad del sujeto, debe señalarse, en primer lugar, que, desde mi punto de vista, no está justificado tratar de modo diferenciado al sujeto inidóneo dependiendo de si su intervención se produce en el marco de un “delito común delimitado subjetivamente” (por ejemplo, el aborto) o en el de un “auténtico” delito especial.

La solución propuesta por la doctrina dominante en España y Alemania para los llamados “delitos comunes delimitados subjetivamente” también debe hacerse extensiva, como aconseja BRUNS, a los casos de “auténticos” delitos especiales. Esto es: siempre que concurra un delito especial (tanto si es “auténtico” como si no lo es), los casos de error inverso sobre los presupuestos objetivos de la cualidad del sujeto deben ser tratados de forma unitaria.

18. En relación con la corrección metodológica de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución, debe recordarse que en la presente investigación se ha advertido que la solución

de la punición del sujeto inidóneo no ha sido defendida por la doctrina como solución conjunta para *todos* los supuestos en que se plantea esta problemática de forma unánime. Como ya se puso de relieve, un sector de la doctrina alemana considera que un primer argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo viene representado por el concepto mismo de delito especial. De acuerdo con el razonamiento defendido por estos autores, la punición del sujeto inidóneo conduciría a renunciar por completo al concepto mismo de delito especial entendido como aquel delito del que solo puede ser autor el sujeto cualificado por el tipo. Como también se señaló, el argumento crítico acabado de referir es, desde la perspectiva aquí adoptada, merecedor de rechazo. La razón de este rechazo reside, recuérdese, en la inexistencia de todo obstáculo metodológico para la elaboración a una definición de delito especial condicionado por la solución del problema relativo al sujeto inidóneo que se considere preferible.

19. Por lo que respecta, en último lugar, a la necesidad de analizar la punibilidad de la conducta del sujeto inidóneo como presupuesto de un concepto de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución, debe tenerse en consideración lo siguiente: si, como ocurre en este trabajo, se considera metodológicamente correcto y conceptualmente preferible partir de una definición de delito especial dependiente de los tipos de imperfecta ejecución, esta definición podrá adoptar al menos dos distintas formas. De acuerdo con un tal concepto, si se considera que los supuestos de inidoneidad por razón del sujeto activo merecen la impunidad, entonces el delito especial podría ser definido de acuerdo con una formulación como la que sigue: “son delitos especiales aquellos delitos de los que, tanto en la forma de delito *consumado* como en la de delito *intentado*, solo pueden ser autores los sujetos que presenten los requisitos

exigidos por la ley” (definición A). Si se cree preferible, en cambio, admitir la punición del sujeto inidóneo, entonces no se ve inconveniente en definir los delitos especiales, por ejemplo, como “aquellos delitos que tan solo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación” (definición B). O mejor: como aquéllos “que solo pueden ser cometidos como autor, *en grado de consumación o de tentativa idónea*, por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo” (definición C). Para conocer si el delito especial debe ser concebido de acuerdo con una definición de la clase A, por una parte, o bien de acuerdo con una de la clase B o C, por otra, es necesario saber si la conducta del sujeto inidóneo merece la impunidad o bien debe ser castigada. En el primer caso, se estimará preferible una definición de delito especial de la clase A. En el segundo, una de la clase B o C.

20. Pese a no constituir una necesidad lógica del concepto de delito especial, considero que es preferible definir esta clase de delitos por medio de un concepto dependiente de la solución de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo. Esta definición de delito especial será más completa y operativa que la definición que no lo haga. En contra de la opinión de un sector de la doctrina alemana, ni: a) un tal concepto de delito especial es lógicamente incorrecto; ni b) la solución de la punición del sujeto inidóneo representa una petición de principio o un abandono del concepto de delito especial mismo. Porque, puesto que el concepto de delito especial se refiere al delito consumado, este concepto y los supuestos de tentativa inidónea no se encuentran en una relación lógica de inclusión de los segundos en el primero.

21. No todos los supuestos de sujeto inidóneo son iguales. La inidoneidad del sujeto puede obedecer a dos distintos motivos. Puede

ocurrir, en primer lugar, que el sujeto crea erróneamente de que concurren los presupuestos fácticos de la cualidad especial de autor exigida por el delito especial. Pero también puede suceder, en segundo lugar, que el sujeto incurra en un error sobre el alcance del concepto normativo que sirve de base al elemento cualificante de la autoría, creyendo erróneamente encontrarse comprendido en él. La distinción entre estas dos clases de error no siempre es, sin embargo, sencilla. La doctrina alemana considera que el método tópico del caso concreto puede resultar útil a tales efectos.

22. La doctrina entiende unánimemente que los supuestos de subsunción errónea del sujeto en la cualidad típica de autor constituyen casos de error de prohibición al revés, o al menos deben ser tratados como tales. Y es opinión igualmente dominante en la doctrina que el error de prohibición al revés da lugar a un delito putativo impune.

23. Cuando se aborda la cuestión relativa al sujeto inidóneo es lugar común en la doctrina distinguir entre dos clases de delitos: los “delitos comunes delimitados subjetivamente” y los “auténticos” delitos especiales. En los primeros, la idoneidad del sujeto activo se encuentra vinculada a la del objeto material del delito de tal modo forma que la inidoneidad del objeto material del delito conllevará también la del sujeto activo. Así, por ejemplo, la inidoneidad para cometer un delito consumado de aborto de la mujer no embarazada que realiza prácticas abortivas creyendo estarlo se encuentra determinada, en realidad, por la inexistencia de un feto sobre el que pueda recaer la acción típica. Esto es, por la inidoneidad del objeto material del delito consumado de aborto. Según la opinión de la doctrina ampliamente dominante, en esta clase de delitos, la creencia errónea de que el objeto material —y, con ello, el sujeto activo— es idóneo constituye un error de tipo al revés que debe conducir a la

apreciación de una tentativa inidónea punible. Más discutido es, en cambio, el tratamiento de los “auténticos” delitos especiales, que se caracterizan — como ocurre en los delitos de funcionario— por que, en ellos, el sujeto activo ocupa un *status* o posición social de la que se deriva un deber o responsabilidad especial. Así, mientras que un importante sector doctrinal defiende que *todos* los casos de sujeto inidóneo que tienen lugar en esta clase de delitos deben ser considerados supuestos de delito putativo impune, otro no menos destacado número de autores es de la opinión de que también en estos delitos es necesario seguir distinguiendo entre los casos de error inverso sobre los presupuestos de la cualidad de la autoría y los de error inverso de subsunción. En mi opinión, el punto de partida sugerido por este segundo sector doctrinal es el correcto. Considero que ello es así por dos razones. La primera reside en que la posición defendida por el primer sector doctrinal parte de la asunción de una clasificación —la que distingue entre “delitos comunes subjetivamente limitados” y “auténticos” delitos especiales— que adolece de una cierta artificiosidad y cuya fundamentación, por descansar sobre la base de una distinción (lesión de un bien jurídico-infracción de un deber) que en muchos delitos no es realizable, resulta muy cuestionable. La segunda razón que cabe invocar en favor de la solución que aquí se defiende es la siguiente: es la única solución que permite tratar de modo unitario como supuestos de error de tipo al revés todos los casos en que el sujeto cree erróneamente que concurren los presupuestos de la cualidad del sujeto, con independencia de si el elemento que determina la idoneidad del sujeto también determina la del objeto.

24. Una vez aceptada la validez metodológica de un concepto de delito especial dependiente de la solución que se dé al problema del sujeto inidóneo, es necesario analizar si la conducta del sujeto inidóneo es

merecedora de pena o debe quedar impune. Múltiples y de muy diversa naturaleza son los argumentos que la doctrina ha venido formulando a favor de la impunidad del sujeto inidóneo en el marco de los “auténticos” delitos especiales. Ello ha tenido lugar, sobretudo, a propósito de la discusión relativa al tratamiento que merece el sujeto inidóneo en los llamados delitos de funcionario. Los argumentos vertidos en la presente investigación para desvirtuar estas objeciones constituyen, a su vez, argumentos a favor de su punición. De entre todos estos argumentos críticos, son los de mayor importancia, en mi opinión: 1) los argumentos relativos a las teorías de las normas y los deberes especiales (ámbito de validez personal limitado de las normas penales especiales y naturaleza jurídica de la cualidad especial de autor como elemento de deber jurídico especial); 2) los relativos a la teoría del injusto especial (incapacidad del “*extraneus*” para realizar el injusto del delito especial); 3) los relativos a la necesidad de pena (falta de necesidad preventivo-general y preventivo-especial de pena del sujeto inidóneo); 4) los relativos al principio de “responsabilidad por el hecho” (punición del sujeto inidóneo como regreso a un “Derecho penal de la actitud interna”); 5) los relativos a la teoría de la tentativa (casos de sujeto inidóneo como supuestos de falta de tipo, y rechazo de la teoría de la “conclusión inversa”); 6) los relativos a la tipicidad (imposibilidad de formular un juicio de peligro “*ex ante*” sobre la idoneidad del sujeto basado en la experiencia y la leyes de la ciencia, y ausencia de desvalor de acción en la conducta del sujeto inidóneo por ausencia de peligrosidad objetiva para el bien jurídico protegido); y, por último, 7) los argumentos relativos al principio de legalidad (la impunidad del sujeto inidóneo se desprende de la ley). El análisis crítico de estos argumentos realizado en la presente investigación pone de relieve que ninguno de ellos resulta plenamente convincente.

24.1. Pese a que es cierto que no todas las normas se dirigen contra todo el mundo, no es correcto fundamentar la impunidad del sujeto inidóneo en que no infringe la norma en cuya infracción consiste el delito especial correspondiente. Contra esta fundamentación de la impunidad del sujeto inidóneo puede objetarse, en primer lugar, que poner el acento en el aspecto del delito relativo a la infracción del deber permite fundamentar con mayor facilidad un Derecho penal de corte autoritario. Y la segunda objeción que puede formularse contra la teoría de la norma especial es que se trata de una concepción excesivamente formalista. Este excesivo formalismo convierte a la teoría que nos ocupa en un concepción: a) conducente a una petición de principio en la resolución de los supuestos de sujeto inidóneo (señalar que el sujeto inidóneo no puede ser castigado porque no infringe la norma especial no resuelve el problema, sino que se limita a plantearlo); y b) incapaz de explicar razonablemente por qué la conducta del sujeto inidóneo realiza el tipo del delito especial, pero no es, sin embargo, antijurídica (incapacidad para explicar satisfactoriamente estadios intermedios a la completa infracción de la norma).

La idea de que los delitos especiales se caracterizan por ser delitos en que el sujeto activo se encuentra especialmente obligado por la existencia de un deber jurídico especial que recae sobre él, defendida por los partidarios de las teorías del deber jurídico especial, es válida para *algunos* delitos especiales. No considero indiscutible, en cambio, que esta idea conduzca necesariamente a la afirmación de la impunidad del sujeto inidóneo. De lo contrario, no se entendería que uno de los autores que defiende la teoría de los delitos de infracción de un deber (*Pflichtdelikte*) con mayor coherencia, ROXIN, mantenga esta idea y sostenga, al mismo tiempo, la punición del sujeto inidóneo.

Puesto que las teorías del deber especial se apoyan sobre la base de las teorías de las normas especiales, las críticas más importantes formuladas *supra* contra éstas pueden ser extendidas también a aquéllas. Contra las teorías del deber jurídico especial cabe esgrimir, además, al menos otros dos argumentos críticos más específicos: a) los elementos limitadores de la autoría no son elementos de la “antijuricidad” o de la “autoría” como categorías separadas del tipo, sino que pertenecen a este último; y b) la cualificación del autor en los delitos especiales también deber ser abarcada por el dolo típico.

A mi juicio, la idea de la pertenencia de los elementos de autoría de los delitos especiales a la antijuricidad (a) es equivocada porque parte de una premisa igualmente errónea: es posible distinguir entre elementos del tipo y elementos de la antijuricidad. En mi opinión, carece de sentido formular esta distinción, porque, en realidad, todos los elementos fundadores del injusto se encuentran ya en el tipo. Asumir la idea de que los elementos de autoría de los delitos especiales son elementos de la antijuricidad supone confundir —como sucede con la teoría estricta de la culpabilidad— las consecuencias jurídicas con sus presupuestos fácticos. Y conduce a aceptar como válidas soluciones dogmáticamente insatisfactorias. Así, por ejemplo, la revelación de un secreto profesional en estado de necesidad por parte del profesional “típico” sería merecedor de la misma calificación jurídica —conducta típica, pero no antijurídica— que la revelación del secreto profesional por un “*extraneus*” sin mediar causa de justificación alguna, pese a su evidente disparidad. Para evitar esta insatisfactoria consecuencia creo conveniente entender que los elementos de autoría de los delitos especiales configuran el objeto del juicio de imputación y de la valoración de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico que tiene lugar en la *tipicidad*; y constituyen, a la vez,

presupuestos de la antijuricidad de la conducta, en tanto que la conducta o resultado objetiva y subjetivamente *imputables* y *desvalorados* como lesión o puesta en peligro representan el objeto del juicio de imputación y la valoración de este juicio que tiene lugar en la *antijuricidad*. Los elementos de autoría de los delitos especiales no son, por tanto, *elementos* de la antijuricidad, sino solo *presupuestos* de la misma.

La cualificación del autor en los delitos especiales también debe ser abarcada por el dolo típico. No es correcto entender el dolo típico como “voluntad de realización” (WELZEL, KAUFMANN), porque entonces debería admitirse que elementos no vinculados al curso causal como la “ajenidad” en los delitos patrimoniales, o la edad del sujeto pasivo en algunos delitos contra la libertad sexual no deben ser abarcados por el dolo. Puesto que esta consecuencia resulta completamente inasumible, es preferible partir de un concepto de dolo como “voluntad consciente” de la acción típica y de sus circunstancias situacionales o concomitantes. Como tampoco es correcto defender que todo aquello que no debe ser abarcado por el dolo ya no pertenece al tipo. Los tipos penales no comprenden únicamente la descripción de la acción prohibible, sino también la de otros elementos que condicionan la relevancia social del hecho, y para cuya imputación basta con que se produzca su concurrencia objetiva. Tal es el caso de las condiciones objetivas de punibilidad.

24.2. Según la teoría del injusto especial, solo la conducta del “*intraneus*” puede realizar el contenido de injusto de los delitos especiales. Porque solo esta clase de sujetos puede encontrarse en la posición social que permite el acceso a la lesión del bien jurídico. La conducta del sujeto inidóneo debe quedar impune, porque, al no realizar el contenido de injusto del correspondiente delito especial, no puede ser considerada merecedora

de pena. La teoría del injusto especial tuvo la triple virtud de: a) desterrar definitivamente la concepción que presentaba a los delitos especiales como delitos que solo podían ser cometidos por los sujetos pertenecientes a una determinada clase social, propia del Estado liberal clásico; b) sustituirla por otra más coherente con la función de protección de bienes jurídicos correspondiente al Derecho penal propio del Estado *social*; y c) sustituirla por otra más coherente con el principio de igualdad propio del Estado *democrático*. Como concepción general de los delitos especiales, la teoría del injusto especial merece, por tanto, una valoración positiva.

Distinta es la valoración que debe emitirse sobre esta teoría, sin embargo, cuando de lo que se trata es de analizar su rendimiento como explicación satisfactoria de los supuestos de sujeto inidóneo. Comparto la crítica que ALCÁCER GUIRAO dirige contra las formulaciones de la teoría del injusto especial defendidas en Alemania por LANGER y STRATENWERTH de que en estas concepciones, la conclusión de que el sujeto inidóneo debe quedar impune porque la realización del injusto completo de los delitos especiales solo se encuentra al alcance de los sujetos inidóneos es extraída desde una perspectiva exclusivamente *ex post*. La comprobación de la concurrencia de los elementos del tipo objetivo debe realizarse desde una perspectiva *ex ante*. No se alcanza a ver cuál es la razón material que justifica un cambio de perspectiva para los elementos que limitan la autoría en los delitos especiales.

24.3. Pese a ser doctrina dominante en Alemania, la teoría de la impresión, además de ofrecer un criterio para la fundamentación de la tentativa demasiado vago, no puede ser aceptada a la vista de nuestro ordenamiento jurídico. La teoría de referencia parte de una fundamentación *subjetiva* de la tentativa, mientras que el CP español de 1995 contiene un

concepto *objetivo* de tentativa. No es cierto, por lo demás, que la conducta del sujeto inidóneo sea incapaz de impresionar o conmover a la comunidad jurídica. Desde una perspectiva *ex ante*, la conducta del “*extraneus*” del que solo *ex post* se advierte su inidoneidad (que puede haberse producido incluso por casualidad) puede “impressionar” o “conmover” tanto como la conducta de un “*intraneus*”. Ni los argumentos de HARDWIG, estrechamente vinculados a la teoría de los elementos de deber jurídico especial del finalismo, ni los sugeridos por SCHÜNEMANN logran convencer de lo contrario.

Tampoco la fundamentación de la impunidad de la conducta del sujeto inidóneo que se encuentra en STRATENWERTH logra convencer en mayor medida. En mi opinión, esta concepción tiene la virtud de recordar que también la prevención general positiva constituye una de las funciones del Derecho penal. No obstante ello, tampoco STRATENWERTH consigue explicar de forma satisfactoria por qué debe admitirse que la conducta del sujeto inidóneo nunca puede perturbar, por principio, el sentimiento de confianza del ciudadano en el ordenamiento jurídico. Puesto que también STRATENWERTH acude para ello a la idea de la falta de concurrencia “real” de un deber especial que recaiga sobre el sujeto activo, propia de la teoría de los elementos de deber jurídico especial, también contra STRATENWERTH son oponibles los argumentos críticos dirigibles contra esta teoría.

Según creo, no es cierto —en contra de lo que afirma STRATENWERTH— que falta toda necesidad preventivo-especial de castigar al sujeto inidóneo porque, aunque el sujeto inidóneo volviera a realizar la conducta un millón de veces, dicho sujeto nunca podría llegar a consumar el delito. También el no funcionario, por ejemplo, puede llegar a

convertirse en funcionario en un futuro, y consumir, entonces, el correspondiente delito especial. Al margen de la excepcionalidad en la práctica de los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo, no se advierte qué es lo que convierte a estos supuestos en político-criminalmente distintos del resto de supuestos de tentativa inidónea. Del mismo modo, no hay nada que impida aceptar —en contra de la opinión defendida por SCHÖNKE— que la voluntad delictiva de un “*extraneus*” que se considera “*intraneus*” puede ser exactamente la misma que la de un auténtico “*intraneus*”, cuando no incluso superior.

24.4. A pesar de que en alguna ocasión se ha fundamentado la punición del sujeto inidóneo en la idea de Derecho penal de la voluntad, esta circunstancia no demuestra que ello sea así. La punición del sujeto inidóneo no constituye un regreso al Derecho penal de la actitud interna. Del mismo modo que sucede en el resto de casos de tentativa inidónea, en los supuestos de tentativa de sujeto inidóneo no se castiga el pensamiento, la voluntad o la actitud interna contrarios al ordenamiento jurídico. De lo contrario, también deberían ser castigados los casos de tentativa irreal. Esto último es unánimemente rechazado, sin embargo, por la doctrina. La diferencia entre los casos de tentativa inidónea por inidoneidad del sujeto activo y los supuestos de tentativa irreal consiste en que solo las conductas mencionadas en primer lugar ponen objetivamente en peligro el bien jurídico protegido. No es correcto afirmar que en los casos de sujeto inidóneo el delito solo tiene lugar en la mente de éste. Si ello ocurriera, el supuesto no sería merecedor de ser castigado, porque consistiría en un caso de tentativa irreal impune. Los supuestos de sujeto inidóneo necesitados de pena —que son precisamente aquéllos que constituyen el objeto de nuestra discusión— se caracterizan por que, en ellos, la conducta del sujeto inidóneo se presenta *ex ante* desde una perspectiva intersubjetiva, esto es,

no solo mentalmente, sino *objetivamente*, como una conducta peligrosa para el bien jurídico cuya comisión interesa ser evitada.

24.5. La teoría de la falta de tipo parte de la idea de que para que haya tentativa de delito es necesario que no se produzca el resultado. Si éste se produce, ya no puede darse tentativa, aunque falte algún otro elemento del delito. Cuando falte algún elemento del delito distinto del resultado no se da un delito intentado, sino que faltará ya el tipo mismo. En los supuestos de sujeto inidóneo ocurre exactamente lo acabado de señalar, porque el elemento que falta no es el resultado —concurrente en opinión de los partidarios de la teoría de la falta de tipo—, sino la cualidad del sujeto activo. La teoría de la falta de tipo no puede ser, sin embargo, compartida, porque parte de un concepto causalista de consumación del delito completamente superado. Para la teoría de la falta de tipo, la consumación del delito se produce con el desarrollo del curso causal completo finalizado con la producción del resultado lesivo del bien jurídico protegido. Puesto que la tentativa es, por principio, la falta de consumación ajena a la voluntad del sujeto, desde el referido concepto causalista de consumación solo podía afirmarse la existencia de tentativa de delito en ausencia del resultado típico. En la actualidad se estima preferible entender la consumación del delito en un sentido formal, como concurrencia de todos los elementos del tipo. El concepto formal de consumación obliga a entender la tentativa como ausencia de alguno de los elementos del tipo, sin necesidad de que el elemento ausente consista en el resultado. El concepto formal de tentativa y consumación es el único que permite respetar la perspectiva cognitiva *ex ante* del destinatario de las normas, así como atender satisfactoriamente a la necesidad preventivo-general y al merecimiento de pena de los supuestos de tentativa inidónea.

Por lo demás, la formulación de la teoría de la falta de tipo defendida en Alemania por FRANK adolece del defecto de apoyarse en un criterio de tan dudosa certeza como el del sentido del término “tentativa” en el lenguaje convencional. Y comparte con la concepción de JIMÉNEZ DE ASÚA la apuesta por una argumentación circular que acaba deviniendo una suerte de petición de principio.

En cuanto al rechazo doctrinal a la “conclusión inversa” que BRUNS dedujo del antiguo § 59, actual § 16 StGB (tratamiento del error de tipo), creo que éste tampoco está completamente justificado. El argumento de la “conclusión inversa” no puede ser contemplado como un argumento de naturaleza exclusivamente *lógico-formal*. La idea de la “conclusión inversa” tiene la virtud de destacar que, en su condición de elementos del tipo, los supuestos de error sobre los elementos de autoría de los delitos especiales deben recibir el mismo tratamiento que el que merecen los restantes elementos del tipo. Y la tesis que ahora nos ocupa no llega a este resultado a partir de premisas meramente lógicas, sino, sobre todo, desde el reconocimiento de la naturaleza *material* de los elementos de autoría de los delitos especiales como elementos pertenecientes al tipo deducido de consideraciones sustantivas relativas a la teoría del tipo y de la tentativa.

24.6. Tiene razón SÁINZ DE ROBLES cuando afirma que solo a la ley, y no la experiencia o las leyes de la ciencia, le corresponde determinar los requisitos cuya concurrencia en un sujeto lo convierte en funcionario público. No obstante ello, comparto con ALCÁCER GUIRAO la opinión de que la afirmación de SÁINZ DE ROBLES es algo reduccionista, porque separa diametralmente dos planos, el legal y el empírico, que no tienen por qué encontrarse completamente disociados. Es

más: las disposiciones legales suelen tener en cuenta las reglas de la experiencia, asumiéndolas y convirtiéndolas, en muchas ocasiones, en derecho positivo. Es precisamente esta circunstancia la que, por ejemplo, permite al profano del derecho intuir el contenido del derecho positivo y realizar una valoración o juicio de pronóstico paralelo sobre si un sujeto es o no funcionario público sin necesidad de disponer de conocimientos jurídicos generales o concretos al respecto.

Según mi parecer, no es compartible la opinión de WOLTER de que la conducta del sujeto inidóneo no puede lesionar el bien jurídico porque la ausencia de lesión no es accidental. A pesar de que la cualidad del sujeto activo no constituye un elemento vinculado al curso causal, los supuestos de error inverso sobre un tal elemento merecen ser tratados del mismo modo que si lo fueran. Las diferencias fenomenológicas entre una y otra clase de elementos no deben dar lugar a un tratamiento diferenciador en supuestos equiparables en términos de necesidad y merecimiento de pena. Tampoco es de recibo la teoría del bien jurídico especial único, porque: a) también el “*extraneus*” que participa en un delito especial debe ser castigado —en contra del parecer de SCHMIDHÄUSER y LANGER— por la lesión del bien jurídico protegido; y b) el propio derecho positivo viene a declarar que también el no funcionario puede lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido en algunos delitos de funcionario. Y también la teoría del bien jurídico doble, según la cual en los delitos especiales se produce la lesión de dos bienes jurídicos, uno común y otro especial, ha sido cuestionada convincentemente por LANGER. Pone de relieve este autor que si se hace abstracción mental del bien jurídico común protegido en los delitos especiales, se advertirá que el interés adicional cuya lesión representa el complemento de desvalor del correspondiente a la

lesión del bien jurídico común no constituye un bien jurídico autónomamente protegido por el derecho positivo.

24.7. Por último, pese a que un sector importante de la doctrina alemana esgrime como argumento a favor de la impunidad del sujeto inidóneo el § 25. 3. 1 AE y el § 23. 3 StGB, creo que de ninguno de estos dos preceptos es posible deducir de modo inequívoco aquella consecuencia.

Por lo que respecta al primero de estos dos preceptos, cuando el legislador del AE señalaba que “la tentativa es impune cuando se fundamenta en la creencia errónea de una especial posición de deber” no era seguro que estuviera pensando en los casos de error inverso sobre los presupuestos de la especial posición de deber, porque también los supuestos de error de subsunción al revés cabían en el tenor literal del precepto. La referencia a la “especial posición de deber” ponía de manifiesto, además, que el § 25.3.1 AE no era aplicable a todos los delitos especiales, sino solo a aquéllos que consistían en la infracción de un deber. Aunque ninguna de las dos críticas anteriores fuera atendible, y debiera admitirse que el § 25.3.1 AE declaraba, en efecto, la impunidad de los supuestos de error inverso sobre los presupuestos del deber especial, no quedaría más remedio que aceptar, entonces, que el § 25.3.1 AE, al referirse a la “tentativa (...) impune”, concebía los casos de referencia como supuestos de conducta típica y antijurídica, pero *no punible*. Sin embargo, la naturaleza jurídica de la conducta del sujeto inidóneo como conducta típica y antijurídica, pero no punible, entraría en abierta contradicción con la idea de que esta clase de supuestos constituyen delitos putativos; esto es, que ni siquiera realizan el tipo de la tentativa.

En cuanto al § 23.3 StGB (“si el autor ha ignorado por grave desconocimiento que la *tentativa*, en atención a la clase de objeto sobre el que, o de los medios con que el hecho debería ser cometido, en realidad no podía haber llegado a la consumación, el tribunal puede prescindir de la pena o reducirla en su medida (§ 49. 2)”, aunque es cierto que el legislador de 1969/1975 solo se refiere expresamente a los supuestos de tentativa de objeto o medios inidóneos, no lo es menos que no hay inconveniente alguno en aplicar analógicamente el § 23. 3 StGB también a los casos de tentativa de sujeto inidóneo. Así lo cree —con razón— la doctrina dominante en Alemania. Es cierto que el legislador alemán declaró expresamente en los trabajos parlamentarios del texto definitivo del StGB haber evitado referirse expresamente a los casos de sujeto inidóneo en la íntima convicción de que, ante dicho silencio legal, los Jueces y Tribunales se decantarían por la impunidad del sujeto inidóneo. Sin embargo, es muy discutible que los Jueces y Tribunales alemanes deban sentirse vinculados por esta afirmación.

En opinión de un sector de la doctrina española, ni el art. 52. 2 CP 1973 ni el art. 16 CP 1995 permiten defender en España, *de lege lata*, la punición del sujeto inidóneo. Creo que ni lo primero ni lo segundo es correcto. Y lo creo por los siguientes motivos.

Se ha dicho, en primer lugar, que el art. 52. 2 CP 1973, al referirse expresamente a los supuestos de medios y de objeto inidóneos como casos de tentativa punible, y no hacer lo propio con los de sujeto inidóneo, venía a declarar tácitamente la impunidad de estos últimos casos. El punto de partida del razonamiento de este sector doctrinal es, sin embargo, equivocado. No es cierto que el art. 52.2 CP se refiriera exclusivamente a los casos de tentativa de medios y objeto inidóneos, dejando fuera de la

letra de la ley a los supuestos de sujeto inidóneo. No estoy de acuerdo con la tesis de que la alusión del art. 52. 2 CP 1973 a los “casos de imposibilidad de *ejecución*” debía ser entendida como una referencia a los supuestos de tentativa de *medios* inidóneos, y la relativa a los “casos de imposibilidad de *producción*” como una referencia a la tentativa con inidoneidad en el *objeto*. Comparto con MIR PUIG, FARRÉ TREPAT y CEREZO MIR la idea de que la expresión “imposibilidad de ejecución” también comprende los casos de sujeto inidóneo, porque una de las causas que pueden hacer “imposible” la “ejecución” consiste, precisamente, en la inidoneidad del sujeto activo.

También el art. 16. 1 CP 1995, según el cual “hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo, éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor”, permite defender *de lege lata* la punición del sujeto inidóneo entre nosotros. Ni el adverbio “objetivamente” (que debe ser entendido, —como hace MIR— como “intersubjetivamente”) excluye la posibilidad de castigar los supuestos de tentativa inidónea; ni los términos “actos” y “producir” deben hacer pensar que el legislador se está refiriendo únicamente a la inidoneidad de objeto y de medios. Probablemente puede afirmarse que en los delitos especiales, solo pueden producir objetivamente el resultado típico los actos realizados por el sujeto idóneo. Si ello es así, no existe inconveniente para entender que la inidoneidad del sujeto activo podría ser considerada, entonces, como una de las posibles causas de imposibilidad de producción del resultado a los efectos del art. 16 CP.

25. Como ya se mencionó *supra*, los argumentos vertidos en la presente investigación para desvirtuar estas objeciones constituyen, a su vez, argumentos a favor de su punición. La falta de argumentos decisivos que abonen la impunidad del sujeto inidóneo, así como la presencia de múltiples objeciones dogmáticas y político-criminales que oponer a esta solución, hacen aconsejable someter todas las modalidades de tentativa inidónea a un tratamiento unitario. Esto es: castigar al autor de una tentativa de *sujeto* inidóneo del mismo modo que se castiga a quien comete una tentativa de delito sobre un *objeto* o con *medios* inidóneos. Esta primera conclusión, unida a la ausencia de objeciones metodológicas de un concepto de delito especial dependiente de la consumación, y a la mayor operatividad y completud de un tal concepto, hace conveniente proponer una definición de los delitos especiales como “aquellos delitos que tan solo las personas descritas por la ley pueden cometer en el estadio de la consumación” o como aquéllos “que solo pueden ser cometidos como autor, *en grado de consumación o de tentativa idónea*, por aquellos sujetos en quienes concurren los elementos exigidos por el tipo”.

BIBLIOGRAFÍA

ALCÁCER GUIRAO, R., “Elementos típicos no vinculados al curso causal y la tentativa de autor inidóneo”, RDPC, 2ª Época, (7), 2001, pp. 11 ss.

- *Tentativa y formas de autoría. Sobre el comienzo de la realización típica*, 2001

ANTÓN ONECA, J., *Derecho penal*, I, 2ª ed., 1949 (anotada y puesta al día por J.J. Hernández Guijarro y L. Benéitez Merino, 1986)

BACIGALUPO ZAPATER, E., *Delitos impropios de omisión*, 1970

- *Principios de Derecho penal*, PG, 4ª ed., 1997; 5ª ed., 1998

BAUMANN, J., “Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und Irrtum im Strafrecht”, NJW 1962, pp. 16 ss.

- “Täterschaft und Teilnahme”, JuS 1963

BAUMANN, J. / WEBER, U., *Strafrecht*, AT, 9ª ed., 1985

BAUMANN, J. / WEBER, U. / MITSCH, W., *Strafrecht*, AT, 10ª ed., 1995

BERNER, A.F., *Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen und die neueren Controversen über Dolus und Culpa*, 1847

BINDING, K., *Die Normen und ihre Übertretung*, I, 1922 (reimpresión 1991)

BLEI, H., *Strafrecht, AT*, 10^a ed., 1989

BOBBIO, N., *Contribución a la teoría del Derecho* (traducción de Ruiz Miguel), 1990

BOCKELMANN P. / VOLK, K., *Strafrecht, AT*, 4^a ed., 1987

BOLDOVA PASAMAR, M.A., *La comunicabilidad de las circunstancias y la participación delictiva*, 1995

BÖRKER, “Zur Abhängigkeit der Teilnahme von der Haupttat”, JR 1953, pp. 166 ss.

BRUNS, H.J., “Zur Frage der Strafbarkeit des “Versuchs eines untauglichen Subjekts. Änderung der bisherigen Rechtsprechung des Reichsgerichts”, DStr 1938, pp. 161 ss..

- *Der untaugliche Täter im Strafrecht*, 1955

- “Die Strafbarkeit des Versuchs eines untauglichen Subjektes. Zur Problematik des “Umkehrprinzips” in der Irrtumslehre”, GA 1979, pp. 161 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J., “El delito de práctica ilegal de detención por parte del funcionario público”, CPC 1983, pp. 345 ss.

BUSTOS RAMÍREZ, J. / HORMAZÁBAL MALAREE, H., *Manual de Derecho penal español*, PG, 4^a ed., 1994

- *Lecciones de derecho penal, II, Teoría del delito, teoría del sujeto responsable y circunstancias del delito*, 1999

CALDERÓN CERESO, A. / CHOCLÁN MONTALVO, J.A., *Derecho penal, PG*, 2ª ed., 2001

CERESO MIR, J., *Curso de Derecho penal español, PG, II, Teoría jurídica del delito/1*, 5ª ed., 1997; 6ª ed., 1998; III, *Teoría jurídica del delito/2*, 2001

- “La naturaleza de las cosas”, en el mismo, *Problemas fundamentales de Derecho penal*, 1982 (= RGLJ 1961 [Julio-Agosto], pp. 56 s.)

COBO DEL ROSAL, M. / VIVES ANTÓN, T.S., *Derecho Penal, PG*, Valencia 1987; 4ª ed. (adaptada al Código penal de 1995 por Mª I. Valdecabres Ortiz), 1996; 5ª ed., 1999

CHOCLÁN MONTALVO, J.A., “La atenuación de la pena del partícipe en el delito especial propio”, AP 1995, pp. 95 ss.

COHN, L., “Strafschärfungs- und Strafminderungsgründe”, GS 1920, pp. 343 ss.

CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C. (dtor.), *Código penal, Doctrina y jurisprudencia*, 1997

CORCOY BIDASOLO, M. (dtora.) / GALLEGOSOLER, J.I. / GÓMEZ MARTÍN, V. / HORTAL IBARRA, J.C., *Sistema de casos prácticos. Derecho penal, PE*, 1999

CÓRDOBA RODA, J., “El delito de detención ilegal en el Código Penal”, ADPCP 1964, pp. 383 ss.

CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / CASABÓ RUIZ, J.R., *Comentarios al Código penal, I*, 1972

CÓRDOBA RODA, J. / RODRÍGUEZ MOURULLO, G. / DEL TORO MARZAL, A. / CASABÓ RUIZ, J.R., *Comentarios al Código penal, II*, 1972

CORTÉS ROSA, M., “Teilnahme am unechten Sonderverbrechen”, ZStW 1978 (90), pp. 413 ss.

CUELLO CONTRERAS, J., “La frontera entre el concurso de leyes y el concurso ideal de delitos: el delito “sui generis”, ADPCP 1978, pp. 35 ss.

DAHME, G., *Der Tätertyp im Strafrecht*, 1940

DEICHMANN, M., *Grenzfälle der Sonderstrafat. Zum Problem der Subjektsqualifikation durch besondere persönliche Merkmale bei den Aussage- und Verkehrsdelikten*, 1994

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho penal*, 1991

- “Inducción o autoría mediata en malversación impropia”, La Ley 1986, pp. 522 ss.

DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. / GRACIA MARTÍN, L. (coords.), *Comentarios al código penal, PE, I, Títulos I a VI y faltas correspondientes*, 1997

DOERR, F., “Der Einfluß persönlicher Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnahme”, *Blätter für Rechtsanwendung*, 1906, pp. 342 ss.

DOWLAD, A., *Die Strafbarkeit der aktiven Beteiligung an gebotswidrig unterlassener Hilfstätigkeit. Zugleich ein Beitrag zur Stellung der Garantenpflicht innerhalb der Akzessorietätsregelung (§ 28 StGB)*, 1981

ENGISCH, K., “Der «umgekehrte Irrtum» und das «Umkehrprinzip»”, en *FS- Heinitz*, 1972, pp. 194 ss.

ESCRIVÁ GREGORI, J.M., “La participación del “extraneus” en el parricidio y del “intraneus” en el homicidio”, en *LH-Pérez de Vitoria, I*, Barcelona 1983, pp. 226 ss.

FARRÉ TREPAT, E., *La tentativa de delito. Doctrina y jurisprudencia*, 1986

FELIP Y SABORIT, D., *Error Iuris. El conocimiento de la antijuricidad y el art.14 del Código penal*, 2000

von FRANK, R., *StGB*, 18ª ed., 1931

FRISCH, W., *Vorsatz und Risiko. Grundfragen des tatbestandmäßigen Verhaltens und des Vorsatzes. Zugleich ein Beitrag zur Behandlung außertatbestandlicher Möglichkeitsvorstellungen*, 1983

FRÜHAUF, M., *Eigenhändige Delikte*, Tesis doctoral de Frankfurt, 1959

GALLAS, W., “Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung”, *FS-Gleispach*, 1936, pp. 50 ss.

- “Gründe und Grenzen der Strafbarkeit. Gedanken der Strafbarkeit”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 1 ss.
- “Zum gegenwertigen Stand der Lehre vom Verbrechen”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 19 ss.
- “Täterschaft und Teilnahme”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 78 ss.
- “Zum Begriff der «Falschheit» der eidlichen und uneidlichen Aussage”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 273 ss.
- “Die moderne Entwicklung der Begriffe Täterschaft und Teilnahme im Strafrecht”, en el mismo, *Beiträge zur Verbrechenlehre*, 1968, pp. 130 ss. (=Deutsche Beiträge zum VII. Internationalen Strafrechtskongreß in Athen vom 26. September bis 2. Oktober 1957, 1957, pp. 3 ss.

- *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission*, II, AT, 1958, pp. 65 ss.
- en GREBING, G., “Die Diskussionsbeiträge der Strafrechtslehrertagung 1975 in Göttingen”, ZStW 1976 (88), pp. 162 ss.

GARCÍA AMADO, J.A., “Nazismo, Derecho y Filosofía del Derecho”, AFD 1991, pp. 340 ss.

GERL, A., *Die besonderen persönlichen Merkmale im Sinne des § 28 StGB*, Tesis doctoral de Berlín, 1975

GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice en Derecho penal*, 1966

- *Delitos cualificados por el resultado y relación de causalidad*, 1966 (reimpresión 1990)
- “Sobre los conceptos de acción y comportamiento”, en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., 1990, pp. 182 ss.
- “Concurso de leyes, error y participación en el delito. (A propósito del libro del mismo título del profesor Enrique Peñaranda)”, ADPCP 1992, pp. 837ss.

GÓMEZ MARTÍN, V., “El delito de fabricación, puesta en circulación y tenencia de medios destinados a la neutralización de dispositivos protectores de programas informáticos (art. 270, párr. 3º CP). A la vez, un

estudio sobre los delitos de emprendimiento o preparación en el CP de 1995”, RECPC 2002 (en línea: <http://criminet.ugr.es/recpc>)

GONZÁLEZ CUSSAC, J.L., *Teoría general de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal*, 1988

- *El delito de prevaricación de funcionario público*, 2ª ed., 1997

GRACIA MARTÍN, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho penal*, I. *Teoría General*, 1985

- *Responsabilidad de directivos, órganos y representantes de una persona jurídica por delitos especiales*, 1986
- “El “iter criminis” en el Código penal español de 1995”, CDJ 1996 (27), pp. 257 ss.

GROPP, W., *Strafrecht, AT*, 1998

GRÜNWALD, G., “Zu den besonderen persönlichen Merkmale (§ 28 StGB)”, *FS-Armin Kaufmann*, pp. 555 ss.

HAFFKE, B., “Delictum sui generis und Begriffsjurisprudenz”, *JuS* 1973, pp. 402 ss.

HAKE, M., *Beteiligtenstrafbarkeit und «besondere persönliche Merkmale»*. *Ein Beitrag zur Harmonisierung des § 28 StGB*, 1994

HARDWIG, W., “§ 50 StGB und die Bereinigung des Strafgesetzbuches”, GA 1954, pp. 65 ss.

- “Der Versuch bei untauglichen Subjekt”, GA 1957, pp. 170 ss.
- “Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld”, JZ 1969, pp. 459 ss.

HASSEMER, V., *Delictum sui generis*, 1974

HEIL, W., *Delicta sui generis*, Tesis doctoral de Heidelberg, 1951

HERZBERG, R.D., “Grundfälle zur Lehre von Täterschaft und Teilnahme”, (3), JuS 1975, pp. 647 ss.

- “Die Problematik der ‹‹besonderen persönlichen Merkmale›› im Strafrecht”, ZStW 1976(88), pp. 68 ss.
- *Täterschaft und Teilnahme. Eine systematische Darstellung anhand von Grundfällen*, 1977
- “Der agent provocateur und die ‹‹besonderen persönlichen Merkmale›› (§ 28 StGB)”, JuS 1983, pp. 737 ss.
- “Akzesorietät der Teilnahme und persönliche Merkmale”, GA 1991, pp. 146 ss.

HILLEBRAND, R., *Delictum sui generis oder Verbrechensfall?*, Tesis doctoral de Colonia, 1955

- “Nochmals: Das eigenständige Verbrechen — ein überflüssiger Begriff?”, NJW 1956

HAGER / MASSAUER, en HÖPFEL / RATZ, *WK StGB*, 1999, §§ 15 y 16

von HIPPEL, R., *Deutsches Strafrecht*, II, 1930 (reimpresión 1971)

- *Lehrbuch des Strafrechts*, 1932

HOYER, A., *SK StGB*, 7ª ed., 2000.

JANKOVITSCH, M., *Der Einfluss besonderer Umstände auf Täterschaft und Teilnahme. Kritische Studie zur Behandlung dieser Frage in der deutschen Literatur und Gesetzgebung*, Tesis doctoral de Munich, 1911

JAKOBS, G., *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 1983; 2ª ed., 1991 (*Derecho penal, PG. Fundamentos y teoría de la imputación*, 1995, traducción de J. Cuello Contreras y J.L. Serrano González de Murillo).

- “El concepto jurídico-penal de acción”, 1992, (traducción de M. Cancio Meliá), en el mismo, *Estudios de Derecho penal*, 1997, pp. 100 ss.
- *Acción y omisión en Derecho penal* (traducción de L. C. Rey Sanfíz y J. Sánchez-Vera Gómez-Trelles), 2000

JÄHRIG, W.A., *Die persönlichen Umstände des § 50 StGB*, 1974

JESCHECK, H.-H., *Tratado de Derecho penal, PG* (traducido y anotado por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE), 1982

- *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission, II, AT, 1958, pp. 65 ss.*

JESCHECK, H.-H. / WEIGEND, T., *Lehrbuch des Strafrechts, AT, 5ª ed., 1996*

JIMÉNEZ de ASÚA, L., *Tratado de Derecho penal, VII, 1970* (reimpresión de 1976-1977).

KAUFMANN, Armin, *Lebendiges und totes in Bindings Normentheorie, 1954* (traducción al castellano bajo el título “Teoría de las normas. Fundamentos de la dogmática penal moderna” a cargo de E. Bacigalupo Zapater y E. Garzón Valdés, 1977)

- “Rechtspflichtbegründung und Tatbestandseinschränkung”, FS-Klug, pp. 283 ss. (traducción al castellano bajo el título de “Fundamento del deber jurídico y delimitación de la tipicidad” por J. Cuello Contreras, ADPCP 1984, pp. 5 ss.)

KIENAPFEL, D., *Strafrecht, AT. Mit Einführungen in programmierter Form, 4ª ed., 1984*

KIRCH, F., *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse im Sinne des § 50 StGB unter besonderer Berücksichtigung der Entwürfe, Tesis doctoral de Colonia, 1927*

KOHLER, J., “Deliktsteilnehmer und persönliche Beziehungen”, GA 1904, pp. 169 ss.

KOLLMANN, H., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 1908, pp. 449 ss.

KOPPMANN, F., *Die Strafbarkeit der Teilnahme von Zivilpersonen an rein militärischen Delikten unter besonderer Berücksichtigung der Teilnahme von Nichtebeamten an reinen Amtsdelikten*, Tesis doctoral de Munich, 1903

KRUG, P., *Die besonderen Umstände der Teilnehmer*, Tesis doctoral de Breslau, 1899

KÜHL, K., *Strafrecht, AT*, 1994

KÜPER, W., “«Besondere persönliche Merkmale» und «spezielle Schuldmerkmale»». Zur Koordination von § 28.1, 2 und § 29 StGB”, ZStW 1992, pp. 559 ss.

LACKNER, K., *StGB*, 19^a ed., 1991, §§ 22 y 23

LACKNER, K. / KÜHL, K., *StGB*, 22^a ed., 1997

LANGE, R., *Die notwendige Teilnahme*, 1940

LANGER, W., *Das Sonderverbrechen. Eine dogmatische Untersuchung zum Allgemeinen Teil des Strafrechts*, 1972

- “Zum Begriff der «besonderen persönlichen Merkmale»”, *FS-Lange*, 1976

LARENZ, K., *Metodología de la ciencia del derecho* (traducción y revisión de Rodríguez Molinero), 1994

LUZÓN PEÑA, D.-M., *Curso de Derecho Penal, PG, I*, 1996

MAIHOFER, W., “Der Unrechtsvorwurf. Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre”, *FS-Rittler*, 1957, pp. 141 ss.

MAQUEDA ABREU, M.L., *Los delitos de propia mano*, 1992

- “El error sobre las circunstancias. Consideraciones en torno al artículo 6º. bis, a), del Código penal”, *CPC 1983 (21)*, pp. 699 ss.

MATT, H., *Strafrecht, AT, I*, 1996

MAURACH, R., *Tratado de Derecho penal, PG, I* (traducción y notas de Derecho Español por J. Córdoba Roda) 1962

- “Die Behandlung der unselbständigen tatbestandlichen Abwandlungen und der eigenständigen Verbrechen de lege ferenda”, en *Materialien zur Strafrechtsreform, I*, 1954
- “Die Beiträge der neueren höchstrichterlichen Reschsprechung zur Bestimmung des Wahnverbrechens”, *NJW 1962*, pp. 767 ss.

MAURACH, R. / GÖSSEL, K.H. / ZIPF, H., *Strafrecht, AT*, II, 7ª ed., 1989

MAYER, H., “Der Verbrechensbegriff”, DStr 1938, pp. 73 ss.

- *Strafrecht, AT*, 1957

MEYER, J., “Kritik an der Neuregelung der Versuchsstrafbarkeit”, ZStW (87) 1975, pp. 598 ss.

MEZGER, E., *Strafrecht. Ein Lehrbuch*, 2ª ed., II, 1933 (*Tratado de Derecho penal*, II, traducción y notas de derecho español por Rodríguez Muñoz, 3ª ed., 1957, adicionada y puesta al día por Quintano Ripollés)

- *Deutsches Strafrecht*, 1938
- “Die Straftat als Ganzes”, ZStW 1938 (57), pp.

MEZGER, E. / BLEI, H., *Strafrecht, AT*, 15ª ed., 1973

MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho penal. Concepto y método*, Barcelona 1976

- “Los conceptos “delito” y “falta” en el Código penal”, ADPCP 1973, pp. 320 ss.
- *Adiciones de Derecho español al § 61 del Tratado de Derecho penal*, PG, de H.-H. JESCHECK, 1981.

- *Derecho penal, PG*, 3ª ed., 1990; 4ª ed., 1996; 5ª ed., 1998; 6ª ed., 2002.
- “Dogmática creadora y política criminal”, en el mismo, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 11 ss.
- “La perspectiva *ex ante* en Derecho penal”, en el mismo, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 93 ss.
- “Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *Ius puniendi*”, en el mismo, *El derecho penal en el Estado social y democrático de derecho*, 1994, pp. 159 ss.
- “Significado y alcance de la imputación objetiva en Derecho penal”, en *Modernas tendencias en la Ciencia del Derecho penal y en la Criminología* (Congreso Internacional Facultad de Derecho de la UNED, Madrid, 6 al 10 de noviembre de 2000), Madrid 2001, pp. 389 ss.
- “Valoraciones, normas y antijuricidad material”, *LH-Cerezo Mir*, 2003

MUÑOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, 2ª ed., 1989

MUÑOZ CONDE F. / GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal, PG*, 1993; 5ª ed., 2002

MUÑOZ SÁNCHEZ, J., “Reflexiones sobre la regulación del delito de detención en el código penal de 1995”, CDJ 1996, pp. 354 ss.

NAGLER, J., *Die Teilnahme am Sonderverbrechen. Ein Beitrag zur Lehre von der Teilnahme*, 1903

- “Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit”, en FS-Binding, 1911, pp. 275 ss.
- “Der Begriff der Rechtswidrigkeit”, en *FS-Frank*, I, 1930 (reimpresión 1969), pp. 339 ss.
- “Das Verhältnis des eigenständigen Verbrechens zur Verbrechensqualification”, ZakDR 1940, pp. 365 ss.
- “Die Struktur des par.4 der Verordnung gegen Volksschädlinge”, ZakDR 1940
- *LK StGB*, 8ª ed., 1957, § 43

NAGLER, J./ JAGUSCH, *LK StGB*, 7ª ed., 1954, § 43

NOWAKOWSKI, F., “Literaturbericht: Hans WELZEL, Das deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung, 6ª ed., 1958”, JZ 1958, pp. 380 ss. y 415 ss.

OCTAVIO DE TOLEDO, E. / HUERTA TOCILDO, S., *Derecho penal*, PG, 2ª ed., 1996

OESTERHELT, J., *Findet die Vorschrift des § 50 Abs. 2 StGB auch auf das eigenständige Delikt (delictum sui generis) Anwendung?*, Tesis doctoral de Munich, 1959

OTTO, H., “Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand”, en MÜLLER-DIETZ (ed.), *Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik*, Colonia-Berlin-Bonn-Munich 1971, pp. 1 ss.

- “Täterschaft, Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft”, *Jura* 1987, pp. 257 ss.
- *Strafrecht, AT*, 5ª ed., 1996; 6ª ed., 2000

PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, 1990

- *Concurso de leyes, error y participación en el delito*, 1991

PÉREZ ALONSO, E.J., *Teoría general de las circunstancias: especial consideración de las agravantes «indeterminadas» en los delitos contra el patrimonio*, 1995

PIOTET, P., “Systematik der Verbrechenselemente und Teilnahmelehre”, *ZStW* 1957 (59), pp. 14 ss.

QUERALT JIMÉNEZ, J.J., *Derecho penal español, PE*, 3ª ed., 1996; 4ª ed., 2002

QUINTANO RIPOLLÉS, A., *Tratado de la Parte Especial del Derecho penal*, I, 2ª ed. (puesta al día por E. Gimbernat Ordeig), 1972

QUINTERO OLIVARES, G., *Los delitos especiales y la teoría de la participación*, Barcelona 1974

-*Manual de Derecho penal, PG*, 3ª ed., 2002

QUINTERO OLIVARES, G. (dtor.) / VALLE MUÑIZ, J.M. (coord.), *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, 1996

REDSLOB, R., *Die persönlichen Eigenschaften und Verhältnisse, welche die Strafbarkeit erhöhen oder vermindern, nachgestellt nach deutschen und französischen Recht*, Tesis doctoral de Breslau, 1909

REIN, *Das Kriminalrecht der Römer. Von Romulus bis auf Justinian*

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M., *Derecho penal español, PG*, 14ª ed., (revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez), 1991

- *Derecho penal español, PE*, 10ª ed. (revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez), 1987

RODRÍGUEZ DEVESA, J.M. / SERRANO GÓMEZ, A., *Derecho penal español, PG*, 18ª ed., 1995

- *Derecho penal español, PE*, 14ª ed., 1995

RODRÍGUEZ MOURULLO, G., *Derecho penal, PG*, 1978

- *Comentarios al Código penal* (dtor.), 1997

ROEDER, H., “Exklusiver Täterbegriff und Mitwirkung am Sonderdelikt”, ZStW 1957, pp. 223 ss.

ROMERO, G., “La problemática de los autores inidóneos y el delito putativo”, en LH-Jiménez de Asúa, 1970, pp. 233 ss.

ROXIN, C., *Täterschaft und Tatherrschaft*, 7ª ed., 2000 (Autoría y dominio del hecho en Derecho penal, (traducción de la 6ª ed. alemana a cargo de J. Cuello Contreras y J.L. González de Murillo, 1998)

- *Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale*, 2ª ed., 1970
- *Política criminal y sistema de Derecho penal* (traducción e introducción de Muñoz Conde), Barcelona 1972
- “Contribución a la crítica de la teoría final de la acción”, en el mismo, *Problemas básicos del Derecho Penal* (traducción de D.-M. Luzón Peña), 1976, pp. 84 ss.
- *LK StGB*, 11ª ed., 1994, §§ 25-28
- *Derecho penal, PG, I* (traducción de D.-M. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal), 1997

RUDOLPHI, H.-J., “Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutsbegriffs”, en *FS-Honig*, 1970, pp. 152 ss.

- “Inhalt und Funktion des Handlungsunwertes im Rahmen der personalen Unrechtslehre”, en *FS-Maurach*, 1972, pp. 51 ss.
- *SK StGB*, 5ª ed., 2001, §§ 22 y 23.

RUEDA MARTÍN, M.A., “Reflexiones sobre la participación de extraños en los delitos contra la Administración pública”, *REDPC* 2001 (8), pp. 129 ss.

SÁINZ de ROBLES, C., “Sobre la tentativa del sujeto inidóneo”, en *LH-Beristain*, 1989, pp. 621 ss.

SALM, K., *Das versuchte Verbrechen*, 1957

SAMSON, E., *Systematischer Kommentar*, 5ª ed. (15ª actualización), cit., § 28

SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., *Pflichtdelikt und Beteiligung. Zugleich ein Beitrag zur Einheitlichkeit bei Tun und Unterlassen*, 1999

- *Delito de infracción de deber y participación delictiva*, 2002

SCHAFFSTEIN, F., *Die allgemeinen Lehren vom Verbrechen in ihrer Entwicklung durch die Wissenschaft des gemeinen Strafrechts. Beiträge zur Strafrechtsentwicklung von der Carolina bis Carpzov*, 1930 (reimpresión de 1986)

- *Das Verbrechen als Pflichtverletzung*, 1935

- “Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma”, DStr 1937, pp. 335 ss.

SCHLÜCHTER, E., “Gründfälle zum Bewertungsirrtum des Täters im Grenzbereich zwischen §§ 16 und 17 StGB. 2 Teil: Bewertungsirrtümer im Tatbestandsbereich”, JuS 1985, pp. 527 ss.

SCHMIDHÄUSER, E., *Strafrecht, AT*, 1970; 2^a ed., 1975

- “Gesinnungsethik und Gesinnungstrafrecht”, en *FS-Gallas*, pp. 81 ss.

SCHNEIDER, E., “Das eigenständige Verbrechen-ein überflüssiger Begriff”, NJW 1956, pp. 702 ss.

SCHOETENSACK, A., “Verbrechensversuch”, en *FS-Frank*, II, 1930 (reimpresión 1969), pp. 55 ss.

SCHÖNKE, A., *StGB*, 5^a ed., 1951, § 43 IV y V

SCHÖNKE, A. / SCHRÖDER, H. / CRAMER, *StGB*, 25^a ed., 1997; 26^a ed., (a cargo de LENCKNER, T. / ESER, A. / CRAMER, P. / STREE, W. / HEINE, G. / PERRON, W.), 2001, §§ 22-28

SCHREIBER, R., *Täterschaft und Teilnahme bei Straftaten, die aus physischen Gründen nur von bestimmten Personen begangen werden können*, Tesis doctoral de Breslau, 1913

SCHÜNEMANN, B., *Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte*, Göttingen 1971

- “Besondere persönliche Verhältnisse und Vertreterhaftung im Strafrecht”, ZSchR 1978, pp. 131 ss.
- “Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung” (1), Jura 1980, pp. 354 ss.
- “Die Bedeutung der «Besondere persönliche Merkmale» für die strafrechtliche Teilnehmer- und Vertreterhaftung” (1), Jura 1980, pp. 368 ss.
- “Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars” (2), GA 1986, pp. 317 ss.

SCHWINGE, E. / ZIMMERL, L., *Wesenschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht*, Bonn, 1937

SCHWERDTFEGER, D., *Besondere Persönliche Unrechtsmerkmale*, 1992

SELIGMANN, E., *Delictum sui generis*, 1920

SILVA SÁNCHEZ, J.M., *Aproximación a las bases del Derecho penal*, 1992

- “Teoría de la infracción penal, regulación de la imprudencia, la comisión por omisión y los actos previos a la consumación”, en CDJ 1996 (2), pp. 145 ss.

- “La regulación del iter criminis”, en el mismo, *El nuevo código penal: cinco cuestiones fundamentales*, 1997, pp. 121 ss.

SONANINI, F.A., *Die Teilnahme von Civilisten an militärischen Verbrechen und Vergehen*, Tesis doctoral de Düren, 1897

STEIN, U., *Die strafrechtliche Beteiligungsformenlehre*, 1988

STEINKE, W., “Welche persönlichen Merkmalen des Haupttäters muß sich der Teilnehmer zurechnen lassen?”, MDR 1977, pp. 365 ss.

STOCK, U., *Entwicklung des Wesens der Amtsverbrechen*, 1932

STRATENWERTH, G., *Strafrecht, AT*, I, 3^a ed., 1981; 4^a ed., 2000

- “Der Versuch des untauglichen Subjekt”, en *FS-Bruns*, pp. 59 ss.

STURM, W., *Die Entwicklung der Sonderverbrechen in Wissenschaft und Rechtsprechung seit dem 19. Jahrhundert*, 1939

SUCKEL, F., *Der Einfluß persönlicher Eigenschaften und Verhältnisse auf die Strafbarkeit der Teilnehmer*, Tesis doctoral de Breslau, 1910

TESAR, F., “Der symptomatische Verbrechensbegriff”, ZStW 1909, pp. 82 ss.

TRÖNDLE, H., *StGB*, 48^a ed., 1997, §§ 22-28

TRUNK, S., *Einheitstäterbegriff und besondere persönliche Merkmale. Das Recht der Ordnungswidrigkeiten im Vergleich zum Kriminalstrafrecht*, 1987

VOGEL, J., *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1992

VOGLER, T., “Zur Bedeutung des § 28 StGB für die Teilnahme am unechten Unterlassungsdelikt”, en *FS-Lange*, pp. 277 ss.

von LISZT, F., *Lehrbuch des deutschen Strafrechts*, 16^a-17^a ed., 1908

- *Die Zweckgedanke im Strafrecht*, 1883 (*La idea de fin en Derecho Penal*, 1994 [traducción del original alemán de 1882 a cargo de E. Aimone Gibson, revisada y prologada por M. de Rivacoba])
- *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, I y II, 1905 (reimpresión 1970)

Von WEBER, H., “Negative Tatbestandsmerkmale”, en *FS-Mezger*, 1954, pp. 183 ss.

WAGNER, H., *Amstverbrechen*, 1975

WELZEL, H., *Das deutsche Strafrecht*, 1947; 4^a ed., 1954; 6^a ed., 1958; 7^a ed., 1960; 11^a ed., 1969; (traducida al castellano por J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, 1970)

- “Studien zum System des Strafrechts”, ZStW 1939, pp. 491 ss.
- *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts in seinen Grundzügen*, 1940
- “Der Irrtum über die Amtspflicht”, JZ 1952, p. 208 ss.
- “Zur Systematik der Tötungsdelikte”, JZ 1952, pp. 74 ss.
- *Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtskommission*, II, AT, 1958, pp. 65 ss.

WESSELS, J., *Strafrecht, AT*, 2^a ed., 1972; 28^a ed., 1998

WESSELS, J. / BEULKE, *Strafrecht, AT*, 27^a ed., 1997

WOLF, E., *Vom Wesen des Täters*, 1932

- “Tattypus und Tätertypus”, ZakDR 1936, pp. 359 ss.

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

ZACZYK, R., *Das Unrecht der versuchten Tat*, 1987

ZIELINSKY, D., *Kommentar zum StGB*, 1990, §§ 15, 16 StGB

ZIMMERL, L., *Zur Lehre vom Tatbestand*, 1928

- *Aufbau des Strafrechtssystems*, 1930