

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 28. Diciembre 1992. Número monográfico sobre el Proyecto de Ley
Orgánica del Código Penal

González Cussac, José Luis

Titular de Derecho penal. Universidad Jaume I (Castellón)

PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD, APLICACIÓN DEL DERECHO Y REFORMA PENAL

Estudios

Serie: *Penal*

VOCES: OFENSA. CONTROL SOCIAL. BIEN JURIDICO PROTEGIDO.

ÍNDICE

1. Planteamiento
2. Límite de punibilidad de la tentativa: tentativa inidónea, delito imposible y delito putativo
 - 2.1. Análisis de la jurisprudencia
 - 2.2. Resumen de la doctrina
 - 2.3. Toma de posición
3. Delitos que anticipan la línea de defensa
 - 3.1. Justificación del tema
 - 3.2. El artículo 509 del Código Penal
4. Autoría: concepto y fundamento del castigo
 - 4.1. Presupuesto
 - 4.2. La teoría del «acuerdo previo»
 - 4.3. Consideraciones críticas
5. Principio de ofensividad y reforma penal de 1992
6. Conclusión
7. Bibliografía

TEXTO

I. PLANTEAMIENTO

En el seno del Derecho pena liberal, y con la finalidad esencial de separar Derecho y moral, nace el

principio de ofensividad, lesividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. De este modo se expresa el dogma *nullum crimen sine iniuria*, según el cual todo delito comporta la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico. Esta idea responde a una doble exigencia: toda infracción penal requiere la exteriorización y materialidad de un hecho y, además, que este hecho lesione o ponga en peligro un bien jurídicamente tutelado. Se traza así la frontera entre el ilícito penal, de un lado, y, de otro, las actitudes internas y los hechos carentes de lesividad, totalmente impunes (1).

Como consecuencia de este postulado se afirma que la norma penal no es sólo un imperativo, sino que es también una valoración. La norma no puede caer en el vacío, debe responder a algo, y ese algo son las exigencias de garantizar la existencia, conservación y desarrollo de la vida social. Por consiguiente, e incluso desde el punto de vista conceptual, el principio de ofensividad se contrapone al llamado principio de subjetividad o desobediencia (2). Es por eso por lo que hoy se afirma pacíficamente que una teoría del delito sólo puede partir del bien jurídico (3). Para poder declarar una conducta como delito no basta que infrinja una norma ética, moral o divina, sino que es necesario, ante todo, la prueba de su carácter lesivo para intereses materiales de otras personas, o sea, como dice HASSEMER, «la conducta humana solamente puede ser injusto ponible si lesiona un bien jurídico» (4).

No obstante las afirmaciones precedentes, el panorama no ha sido, ni tampoco es, en absoluto tan sencillo. A esta situación se ha llegado tras una controvertida, pero fructífera, evolución doctrinal (5), pero quizás con no toda la influencia precisa en la legislación y en la jurisprudencia. En cualquier caso, tampoco hoy existe acuerdo doctrinal pleno acerca del concepto de bien jurídico, ni tampoco sobre el modo de llegar al mismo. Por ello, en la actualidad el debate sigue centrado en torno a esta discusión. Fundamentalmente se insiste en la función crítica del bien jurídico frente al legislador, esto es, como límite al *ius puniendi* del Estado (6). En este sentido, como ha subrayado, entre otros, MIR PUIG, se utiliza la expresión bien jurídico en su dimensión «político-criminal», es decir, como objeto susceptible de reclamar la protección jurídico-penal. Esta dimensión se opone a la denominada «dogmática», en la que se alude a los objetivos que de hecho protege el ordenamiento positivo (7).

Pues bien, como recientemente ha reconocido OCTAVIO DE TOLEDO, por regla general el principio de ofensividad es estudiado en esa primera función político-criminal (8). Es donde se discute qué bienes son merecedores de protección penal. Así surge la tensión entre los intereses individuales y los intereses colectivos. Para darse cuenta de ello basta pensar en lo polémico que resulta la tutela de la salud pública en ciertas conductas relativas al tráfico de drogas (9). En consecuencia, se trata de una visión del principio de ofensividad orientada al legislador. Pues es éste, y sólo éste, quien puede decidir qué bienes eleva a la consideración del Derecho penal. Por tanto, se plantea este principio como límite al poder legislativo.

Sin embargo, la virtualidad del principio de ofensividad no se agota aquí. Debe proyectarse también a otros poderes del Estado. Pues recuérdese que los principios penales son límites al *ius puniendi* del Estado, y éste no se acaba en el poder legislativo. Más bien se extiende al poder judicial, y muy especialmente en el ámbito punitivo. En definitiva, el principio de ofensividad debe operar también como límite de la labor del intérprete, y especialmente de aquel que aplica la ley. Entramos así en la función dogmática y exegética del bien jurídico (10). De suerte que también el intérprete se encuentra limitado por la vigencia del principio de lesividad: lo primero a realizar es la fijación del objeto tutelado, y si éste no ha sido lesionado deberá quedar impune, pues no existirá tipo.

En esta línea, el Tribunal Constitucional ha señalado que «el Derecho penal tiene la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado de Derecho» (11). Ello significa, a juicio del alto tribunal, que de la misma esencia del Estado que proclama nuestra norma fundamental se deduce la vigencia, en dos vertientes, del principio de ofensividad (12).

Pues bien, en las líneas que siguen me propongo analizar tres grupos de casos donde la jurisprudencia

española reciente se ha planteado la vigencia del principio de ofensividad en esta segunda dimensión como límite en el momento aplicativo del Derecho. Los problemas a desarrollar son: los límites de la punibilidad en la tentativa, con especial referencia al delito imposible. En segundo lugar, abordamos la problemática de los delitos que suponen un adelantamiento de la barrera defensiva. Y, por último, se analizarán ciertos entendimientos y fundamentaciones del castigo en concepto de autor. Ciertamente no se agota aquí la temática elegida, ni lo pretendo. Más bien se trata de ofrecer un panorama selectivo en función del interés práctico detectado en la jurisprudencia y, desde luego, también en la doctrina científica.

Pero además, estas tres áreas elegidas cobran una mayor relevancia en estos momentos donde otra vez parece inminente la reforma del Código Penal. Asimismo, la misma proclamación expresa del principio de ofensividad en alguno de los textos habidos en el caminar de esta reforma sugieren una somera reflexión acerca de la conveniencia y necesidad de esta fórmula, o si, por el contrario, como finalmente ha sucedido, se ha prescindido de toda referencia a este principio.

2. LIMITE DE PUNIBILIDAD DE LA TENTATIVA: TENTATIVA INIDONEA, DELITO IMPOSIBLE Y DELITO PUTATIVO

Parece hoy admitirse por todos los autores que el límite de punibilidad en el marco de un Estado democrático de Derecho se sitúa, sin discusión alguna, en el comienzo de la ejecución del delito. El fundamento de semejante afirmación reside en la misma esencia del Estado democrático de Derecho: la libertad general de acción y la seguridad jurídica. En consecuencia, no pueden castigarse ni la mera manifestación externa de la voluntad criminal ni tampoco, en términos generales, los actos preparatorios en los que se expresa la intención contraria a la norma. De ahí, como enuncia VIVES ANTON (13), que el límite general de la punibilidad ha de respetar a cada ciudadano la esfera de la libertad que le pertenece, y, por tanto, no puede colocarse hasta que no comienza a lesionar o poner en peligro el bien jurídico protegido (14). Un adelantamiento de la línea de defensa más allá del principio de ejecución significa entrar por la puerta grande de un Derecho penal totalitario, donde por encima de la función protectora de la convivencia prima el deseo de acatamiento de la voluntad del Estado (15).

Este estado de cosas correspondía a la tradición codificada española, que con la excepción del artículo 147 del fugaz Código Penal de 1928, en el que se castigaba el delito imposible (16), se mantuvo inalterable hasta la aparición del actual texto, en 1944, donde surge por primera vez el todavía existente artículo 52, párrafo segundo (17). Desde entonces se inició una polémica jurisprudencial y doctrinal acerca de los límites de la punibilidad en la tentativa, produciéndose una innegable disfunción en el sistema tradicional que dio lugar a que RODRIGUEZ MOURULLO hablara de un «sistema superpuesto» en referencia al artículo 3, de inequívocas connotaciones objetivas, y al nuevo artículo 52.2º de impronta subjetivista (18).

Pues bien, a continuación trataremos de recordar cómo se ha planteado este problema durante los últimos treinta años en nuestro país, primero en la jurisprudencia y luego en la doctrina, para luego trazar nuestra opinión desde la óptica del principio de ofensividad (19).

2. 1. *Análisis de la jurisprudencia*

Para comenzar este apartado no puede olvidarse que la jurisprudencia española ha aplicado el artículo 52.2º a un amplísimo y variopinto grupo de figuras delictivas. Un somero repaso así lo pone de manifiesto,

pudiendo comprobar su incidencia en los delitos de amenazas (20), propaganda ilegal (21), falsedades (22), estafa (23), hurto (24), robo (25), omisión del deber de socorro (26), salud pública (27), libertad sexual (28), aborto (29), auxilio ejecutivo al suicidio (30), homicidio (31), parricidio (32) y asesinato (33). Esta selecta y breve muestra de sentencias tiene exclusivamente por finalidad evidenciar que no se trata de un problema «inventado» ni de casos aislados, sino que, muy al contrario, posee un contenido con gran trascendencia práctica, que, como ha reconocido la misma jurisprudencia, goza de una vigencia general, esto es, que se puede aplicar el artículo 52.2º a toda suerte de delitos (34). Analicemos a continuación cuáles son los principales problemas, así como su solución, que se ha planteado la reciente jurisprudencia española.

En cuanto al concepto de delito imposible, que como inmediatamente comprobaremos es igualmente omnicompreensivo de la tentativa inidónea, el Tribunal Supremo lo formula sobre la idea de un intento totalmente irreal de la ejecución o producción del delito, «bien por falta de idoneidad del medio elegido, por ausencia del objeto o materia del delito, o ausencia de alguno de los elementos constitutivos de éste». Es decir, continúa diciendo, estamos ante un supuesto de tentativa inidónea cuando «la acción del sujeto dirigida a la realización de un tipo penal no puede concluir por razones fácticas o jurídicas a la consumación, bien porque el sujeto, los medios o el objeto son inidóneos»(35). Por tanto, cualquiera que sea la causa da lugar a la aplicación del artículo 52.2º con independencia del nombre que reciba.

Por lo que se refiere al fundamento, requisitos y clases, nos puede servir como medio expositivo la paradigmática Sentencia de 14 de mayo de 1977 (RA 2284), la cual comienza advirtiendo que su fundamentación difícilmente puede ser objetiva, «pues no hay peligro de esa naturaleza para el bien jurídico concreto contra el que el sujeto dirige la acción, por lo que es más aceptable la teoría subjetiva, según la cual el fundamento de la punición radica en la voluntad rebelde al ordenamiento jurídico que manifiesta el autor». O sea, en el principio espiritualista, en el Derecho penal basado en la voluntad o en la temibilidad o peligrosidad mostrada por el sujeto (36). En cuanto a los requisitos necesarios para su apreciación, especifica tres: a) que el agente haya comenzado directamente, y por actos exteriores, la ejecución del hecho que se haya propuesto realizar; b) que dicho hecho efectivamente no llegue a perpetrarse, y c) que no se trate de un intento totalmente irreal de ejecución o producción del delito (37). Y este último inciso deriva de la clasificación efectuada entre una «imposibilidad relativa, punible sin discusión, y una imposibilidad absoluta, y hasta irreal, que el artículo 52.2º no excluye expresamente, pero que, puesto que la voluntad rebelde del autor más que producir preocupación suscita compasión, careciendo de peligrosidad y mostrando tan sólo la estupidez e inanidad del agente (...) ha de quedar impune» (38). Sin embargo, la STS de 18 de mayo de 1976 (RA 2281) parece matizar mejor cuál ha sido y es la posición de la jurisprudencia al advertir que la tentativa inidónea de los medios comisivos y de imposibilidad de producción del resultado abarca tanto la imposibilidad absoluta como la relativa, por lo que no debe introducirse esa distinción ni para la inexistencia absoluta de objeto ni para la inidoneidad de los medios, pues, en todo caso, siempre ha de aplicarse el artículo 52.2º. Tan sólo deben marginarse los supuestos de tentativa absolutamente irreal por utilizar medios supersticiosos o completamente inofensivos, que no provocan ni peligro ni alarma social.

Y esta última ha de estimarse como la línea dominante en nuestra jurisprudencia, pues se ha aplicado el artículo 52.2º en relación al delito de omisión del deber de socorro en hipótesis donde la víctima pereció al instante, si bien con la curiosa excepción de que si el sujeto se percató de esta fatal circunstancia quedaba impune. Por tanto, sólo se le imponía el castigo si no conocía certeramente la producción de la muerte en el momento de darse a la fuga (39). Claramente se hace descansar el peso de la pena en la mala voluntad del sujeto, basada en su desconocimiento pleno del resultado. Con mayor nitidez nos percibimos de este posicionamiento jurisprudencial si nos trasladamos al ámbito del delito de aborto. Aquí resulta sumamente fácil encontrar ejemplos de estimación del artículo 52.2º en casos donde la mujer, creyéndose embarazada por retraso del período, tomó pastillas abortivas, o el no menos frecuente de las

lavativas jabonosas o) introducción de ramas de yedra en el cuello del útero (40). En el primer ejemplo es obvio que no existe objeto de protección, pues la mujer creía erróneamente estar embarazada cuando realmente no lo estaba. Sin embargo, el Tribunal Supremo castiga tales comportamientos porque la intención era abortar. En los otros supuestos parece obvio que con tales procedimientos es difícil provocar una interrupción del embarazo. Y si éste se consigue será por la más absoluta casualidad, que no causalidad. No obstante, la jurisprudencia entiende que, aun a pesar de la inexistencia de objeto, el precepto obliga a castigarlos.

Curiosamente la mayoría de hipótesis que acabamos de exponer se basan en la suposición de embarazo, con la consiguiente subversión de la carga de la prueba y, por tanto, abierta vulneración de la presunción de inocencia, o cuanto menos de la regla *in dubio pro reo*. Pero en realidad poco importa esto, pues como quiera que el fundamento de la responsabilidad penal se sitúa en la voluntad de delinquir, da igual conocer o no el embarazo. De cualquier modo habrá pena, se sepa o no que hay feto, pues en todo caso existe intención de destruirlo, y eso es lo que cuenta para justificar la sanción (41).

De lo anterior se deduce, como ya hemos visto, que el Tribunal Supremo parte de una teoría subjetiva al interpretar el artículo 52.2º. Así se reconoce expresamente en la reciente Sentencia de 6 de junio de 1989 (RA 5035) al decir que un punto de vista puramente objetivo «no resulta apropiado para el Derecho penal vigente, en la medida que éste sanciona la tentativa inidónea (o casos de imposible ejecución o producción del delito, art. 52.2º, en los que la acción no ha creado peligro alguno por inidoneidad del medio o del objeto del delito».

Esta exégesis del artículo 52.2º del Código Penal se contrapone a la eminentemente objetiva que se realiza en el artículo 3 del mismo cuerpo legal. Por ello, para poder mantener una teoría subjetiva con relación al primero de ellos resulta imprescindible desconectarlo totalmente del segundo precepto. Esta desconexión la lleva a cabo la jurisprudencia en un doble plano. En primer lugar, fija las diferencias entre la tentativa inidónea (o delito imposible) y tentativa y frustración (42). Y, en segundo lugar, otorga plena autonomía a la figura contenida en el artículo 52.2º advirtiéndose que supone una causa de extensión de la pena con «sustantividad propia», independiente e integradora del artículo 3 y que en ningún caso puede entenderse como una «figura degradada» o dependiente de la tentativa o de la frustración (43). De ahí que, aunque requiera actos ejecutivos como aquéllas, éstos han de ser inidóneos desde el mismo instante de su comienzo, esto es, desde una perspectiva *ex ante* (44). No es extraño, desde este posicionamiento, calificar entonces estos casos como de «error de tipo al revés» (45). Se aprovecha también la ocasión para, de paso, trazar las diferencias con el delito putativo o imaginario. Pues en este último existe un error acerca de la significación antijurídica del hecho, por lo que es impune. Por el contrario, en el delito imposible no puede realizarse como delito lo que lo es, mientras que en el imaginario la acción realizada por el sujeto, aunque idónea, nunca podrá configurar un delito (46). De modo que, mientras un error de prohibición al revés (delito putativo o imaginario) deviene en impune, un error de tipo al revés (tentativa inidónea o delito imposible) debe ser siempre castigado.

Para finalizar debemos detenernos brevemente en dos aspectos. El primero se refiere a las enormes dificultades que encuentra la jurisprudencia para aplicar el artículo 52.2º a los llamados delitos formales o de mera actividad, pues al no requerir resultado suelen oscilar en castigarlos como consumados o directamente pasar a la impunidad por faltar la acción, y, en consecuencia, la tipicidad (47). La segunda zona compleja se centra en el delito de estafa, en cuyo seno nace una jurisprudencia ciertamente contradictoria. En unos casos se afirma la impunidad de la tentativa absolutamente inidónea por ausencia de tipicidad al faltar el engaño bastante (48). Mientras que en otros supuestos similares se resuelve aplicando la tentativa inidónea del párrafo segundo del artículo 52 (49).

2.2. Resumen de la doctrina

Desde luego no puede afirmarse que la interpretación del artículo 52.2º del Código Penal español constituya un tema novedoso. Muy al contrario, desde su sorprendente aparición en la reforma totalitaria de 1944 no ha dejado de ser una fuente inagotable de polémicas, foco permanente de atención, e incluso estandarte destacado para refutar o reafirmar concepciones sistemáticas completas de la teoría del delito. De ahí que no valga la pena ahora detenernos en repetir lo que es de sobra conocido por todos. Basta con un somero resumen de las múltiples posturas existentes para recobrarlas de la memoria y así lograr una mejor situación para ofrecer nuestra postura al respecto (50).

Hasta la aparición del artículo 52.2º en el Código Penal de 1944, la doctrina española mayoritaria venía aceptando los presupuestos sentados por los comentaristas, que, como PACHECO, GROIZARD o SILVELA, mantenían una postura eminentemente objetiva de la tentativa, con el apoyo del artículo 3 del Código Penal. Pero la inclusión del artículo 52.2º produjo un importante desajuste, en cierto modo no superado suficientemente. Este desajuste dio lugar a lo que RODRIGUEZ MOURULLO llamará «sistema doble y superpuesto». Con ello quería expresar gráficamente que con la reforma de 1944 el sistema español tradicional, basado en una concepción objetiva plasmada en el artículo 3, debía ahora compatibilizarse con el artículo 52.2º inspirado en un entendimiento netamente subjetivista (51). Con ello RODRIGUEZ MOURULLO planteaba perfectamente el lugar de partida para cualquier ulterior debate. A partir de ese instante quedaban por elegir únicamente tres direcciones. La primera de ellas, y a la postre muy numerosa, ya la inició ANTON ONECA, luego continuada claramente, entre otros, por NUÑEZ BARBERO, COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, MIR PUIG, BUSTOS RAMIREZ y FARRE TREPAT (52). Para estos autores la presencia del artículo 52.2º no quiebra la vigencia del objetivismo proclamado en el artículo 3. Y ello porque aquel precepto carece de autonomía respecto de éste, siendo sólo una regla de determinación de la pena. Por consiguiente, el artículo 52.2º ha de interpretarse a la luz del artículo 3. Con ello se descarta la punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, bien en base a la teoría del «defecto de tipo» nacida en el seno de las concepciones neoclásicas alemanas (53), bien en la ausencia de peligro para el bien jurídico protegido; o, por último, en la imposibilidad de hablar de actos ejecutivos, en los supuestos de acciones que *ex ante* son totalmente inidóneas para alcanzar la consumación del delito.

El segundo camino a seguir es justamente el contrario, es decir, interpretar ambos preceptos desde una concepción subjetiva de la tentativa y, consiguientemente, del injusto. Por tanto, lo que determina el fundamento del castigo y la línea del conocimiento de la punición se sitúa en el mismo instante de exteriorizar una voluntad contraria a la norma. En España, de forma abierta y expresa, sólo lo ha defendido SUAREZ MONTES (54). Obsérvese que este entendimiento del sistema español tiene de común con la concepción objetiva que ambos se esfuerzan por dar una interpretación unitaria de ambos preceptos.

Por último, nos encontramos con la tercera vía, a la que podríamos calificar de mixta. Además de contar con cuantiosos partidarios nos ofrece una importante novedad: aceptan de partida, con mayor o menor grado, la existencia de un sistema dual en nuestro ordenamiento positivo. Ahora bien, a esta aceptación llegan desde muy diversos planteamientos y, desde luego, con ciertos matices diferenciadores. Así, tanto CEREZO MIR como CORDOBA RODA y RODRIGUEZ MOURULLO, aunque tratan de «salvar» el objetivismo tradicional de nuestro ordenamiento contenido en el artículo 3, lo cierto es que indirecta o directamente acaban propiciando o reconociendo la imposibilidad, por la literalidad del artículo 52.2º de mantener una concepción exclusivamente objetiva. Así, los dos primeros autores citados, al sustentar un concepto de acto ejecutivo totalmente desprovisto de relevancia causal, se ven abocados a incluir en él los actos absolutamente inidóneos. Es decir, rompen la equiparación entre idoneidad y ejecución. En parecidos términos se pronuncia RODRIGUEZ MOURULLO, quien, tratando de salvaguardar el objetivismo del artículo 3, llega a aceptar una relativa autonomía del artículo 52.2º, afirmando que se trata de un título de incriminación

distinto. Y ello porque mientras el artículo 3 excluye por definición los actos inidóneos, el segundo precepto los admite, extendiendo así la punibilidad a comportamientos no previstos en el concepto de tentativa y frustración. Consecuentemente con estas premisas reconoce que poseen fundamentos diversos: en el primero de ellos se verifica un peligro para el bien jurídico. No así en el segundo, que ha de justificar en base a la «teoría de la impresión», es decir, en la conmoción que estos comportamientos producen en la comunidad (55). Otro -grupo de autores, ya desde concepciones mixtas objetivo- subjetivas de la tentativa, y con una aceptación trascendente de la categoría del desvalor de acción junto a la de desvalor de resultado, no tienen demasiados impedimentos para realizar una exégesis complementaria de ambos preceptos. Ahora bien, reconocen y critican el subjetivismo exacerbado del artículo 52.2.º colocándolo los límites del castigo en la tentativa absolutamente inidónea o irreal para otros. En ello coinciden con los anteriores autores y también con los partidarios de concepciones primordialmente objetivas. Ello les obliga a aceptar, generalmente, al artículo 52.2º como una norma independiente del artículo 3 (56).

Antes de concluir debemos abordar una materia que, aunque parezca mentira, no aparece muy clara en la doctrina. Nos referimos a la denominación y ámbito del artículo 52.2º. Dicho con otras palabras, ¿cuál es el concepto de tentativa inidónea? Y a partir de aquí comprobar si abarca también el delito imposible; qué diferencias hay entre tentativa relativa y absolutamente inidónea, y si esta última se identifica o no con la llamada tentativa irreal. También deben fijarse sus diferencias con el delito putativo o imaginario.

Generalmente los autores hablan indistintamente de tentativa inidónea y delito imposible para designar los supuestos de empleo de medios inadecuados, ausencia de objeto o de un sujeto inapropiado (57). En cambio, para FARRE TREPAT es preferible utilizar tan sólo el de tentativa inidónea, pues a pesar del peso de la tradición española en el sentido de utilizar la expresión «delito imposible», esta última constituye una grave incorrección, pues en estos casos lo que es imposible no es la producción del delito, sino su consumación. De ahí que sea recomendable hablar de tentativa inidónea . (58)

La distinción entre tentativa absoluta y, relativamente inidónea tiene su origen, como es bien sabido, en la polémica surgida entre SILVELA, para quien bastaba una inidoneidad abstracta (59) y GROIZARD, partidario de exigir una idoneidad concreta (60). Esta disputa volvió a encenderse después, desde el mismo instante en que hay autores proclives a fundamentar la tentativa en la existencia de un peligro abstracto frente a otros inclinados a exigir la constatación de un peligro concreto. Pero son los primeros, seguidores de SILVELA y de su concepción basada en la mera constatación de un peligro abstracto, los que se ven abocados a introducir tal criterio. Así, ANTON ONECA hablaría de inidoneidad absoluta cuando los medios empleados o el objeto atacado adolezcan por «ley natural» de aptitud para alcanzar el fin propuesto. En cambio, habrá inidoneidad relativa cuando los medios o el objeto sean, en términos generales, susceptibles para producir el resultado, pero éste no se verifique por las circunstancias particulares del caso (61).

Sólo, pues, en el marco de esta teoría podrá plantearse alguna confusión entre tentativa absolutamente inidónea y la llamada tentativa irreal o supersticiosa. Sin embargo, esta última es situada en el ámbito del delito putativo o imaginario, y más exactamente en hipótesis de error de tipo al revés o error inverso (62). También acuden a este criterio autores afines a concepciones ancladas en la exigencia de un peligro concreto, pues en la tentativa irreal la falta de peligro proviene de «un error del autor producto de su burda falta de entendimiento» (63). Esto es, en que sus conocimientos no llegan a los de un hombre medio. Por tanto, las diversas teorías objetivas rechazan su punición también por la falta de peligro, en este caso no producida por la inadecuación del medio o del objeto, sino del intelecto del autor. En cambio, los seguidores de concepciones subjetivas o mixtas, aunque proclives igualmente a no castigar los casos de tentativa supersticiosa, se ven atrapados en su propia interpretación del tenor literal del artículo 52.2º teniendo que acudir o bien a incardinarlos con dificultad también en hipótesis de delito putativo, o por medio del recurso de la falta del elemento intelectual del dolo (64) o, por último, alegando, en el seno de concepciones mixtas, la falta de peligrosidad (65).

Más sencilla parece la separación entre tentativa inidónea y delito putativo, pues en este último se incardinan tanto los supuestos de error inverso sobre el tipo como los de error inverso sobre prohibición. Es decir, se comprenden en este concepto tanto los casos donde el sujeto cree erróneamente estar realizando una característica del tipo, como aquellos otros en los que también yerra acerca de la significación antijurídica de la conducta. Pero este doble significado del delito putativo o imaginario sólo es sostenible desde una concepción objetiva de la tentativa, pues al carecer de peligrosidad tan sólo quedaría una mala voluntad. Sin embargo, desde una perspectiva subjetivista, al consistir precisamente la tentativa en esa intención contraria al ordenamiento, únicamente podrá predicarse la impunidad del error inverso sobre la prohibición -pues únicamente existe una voluntad, pero no desvalorizada por el Estado-, pero nunca del error inverso sobre el tipo, porque esa conducta sí es manifestación de un hecho reprobable por la legalidad. Tal dualismo es manifiesto en el seno de la doctrina alemana como consecuencia de su opción por planteamientos subjetivistas (66). Ahora bien, la frontera entre tentativa inidónea y delito putativo no ha sido trazada de forma unitaria por la doctrina, y ello por la elemental razón de la existencia de múltiples planteamientos sistemáticos, cada uno de los cuales conduce a soluciones en este punto distintas. Un ejemplo lo acabamos de observar al comprobar que desde las teorías objetivas se puede asimilar en cierta manera la tentativa inidónea con el error inverso sobre el tipo -y ello con múltiples matices, pues dependerá de si se opera con un criterio de peligro abstracto o concreto, o si se parte de la teoría de los elementos negativos del tipo, o de la perspectiva del «defecto de tipo», etc. Por el contrario, desde la óptica subjetiva, aun cuando se conecte tentativa inidónea y error de tipo al revés, sus consecuencias son muy distintas al error de prohibición al revés, aquél punible y este último impune (67).

2.3. Toma de posición

En las líneas que siguen me propongo demostrar que, a la luz del principio de ofensividad, resultan difícilmente sostenibles algunas interpretaciones del artículo 52.2º del Código Penal español. A estas razones pueden añadirse otras basadas en los principios de legalidad, culpabilidad y proporcionalidad.

Sería tan fácil como simplista tratar de afirmar la inconstitucionalidad de cualquier intento de explicar el sistema punitivo desde las teorías subjetivas. Un pronunciamiento tan categórico, basado en la incompatibilidad del Estado democrático social y de Derecho, con un fundamento de la tentativa en la voluntad contraria al ordenamiento, sería tanto como descalificar de un plumazo el trabajo de casi un siglo de la doctrina alemana y de buena parte de la nuestra. Es más, resultaría una paradoja sostener la inconstitucionalidad de la concepción subjetiva en España, mientras que en la literatura alemana se sustentan tales ideas en un marco constitucional sumamente semejante al nuestro.

Desechadas, pues, descalificaciones apresuradas, sí puede defenderse, no obstante, la mayor o menor adecuación de unos y otros planteamientos a la norma fundamental. Como también deben esgrimirse la tradición y el Derecho positivo ordinario español, así como consideraciones sistemáticas y político-criminales en uno u otro sentido. Pues bien, desde estos planos trataré de rebatir aquellas interpretaciones que desde concepciones puramente subjetivas o mixtas abogan por un entendimiento subjetivo de los artículos 3 y 52.2º o bien consideran al español un sistema dual o superpuesto.

A mi modo de ver el artículo 52.2º no puede interpretarse independientemente del artículo 3 del Código Penal. Este último requiere la práctica de actos ejecutivos. No habrá, pues, frustración ni tentativa si no se da comienzo a la ejecución del delito. No basta la mera resolución de delinquir si no va acompañada de un comienzo de ejecución. Intentar, como han señalado COBO DEL ROSAL y VIVES ANTON, no es proyectar, no es simplemente decidir, no es sólo preparar. El comienzo de la realización es un componente lógico del intentar; no se intenta un delito hasta que no comienza a ejecutarse (68). Si ello es cierto, y así parece confirmarlo la tradición legislativa, judicial y doctrinal española, no puede explicarse el artículo 3 desde

enunciados exclusivamente subjetivistas. Además de la intención es necesario dar principio a la realización del delito, porque sólo así puede constatarse la existencia de un riesgo para el bien jurídico tutelado.

Si el artículo 3 sólo puede comprenderse desde postulados objetivistas o al menos mixtos, y acabamos de propugnar su conexión con el artículo 52.2º, éste tampoco podrá entenderse en claves exclusivamente subjetivistas. Pero a ello se oponen, como agudamente mostraron CORDOBA RODA, CEREZO MIR y RODRIGUEZ MOURULLO, razones basadas en la literalidad del propio precepto, cuando habla de «imposibilidad de ejecución o de producción del delito». Parece desprenderse del mismo la punición de actos no ejecutivos, bastando por sí sola la voluntaria contraria al Derecho. Sin embargo, como no menos agudamente contraargumenta VIVES ANTON, la debilidad de esta idea descansa en el concepto de ejecución, sustentado en una rígida ruptura entre tipicidad y causalidad. Desde luego que no puede sobrevalorarse el papel de esta última, pero ello no significa aceptar una contraposición entre ambas: la tipicidad requiere siempre una conexión real entre la conducta y la lesión o peligro del bien jurídico. Ahora bien, tal conexión real no ha de ser siempre material (causación), pudiendo en ocasiones ser suficiente con una conexión ideal (causalidad). Pero siempre ha de existir un correlato objetivo entre la lesión o peligro y el hecho externo, y ello aun tratándose de bienes ideales. Por eso, aunque no exista en sentido estricto causación, siempre habrá una conexión objetiva o real entre conducta y lesión o peligro. La tipicidad no puede entenderse independientemente de toda relación entre el hecho externo y el sustrato material del injusto. En tal caso, la sola voluntad no puede considerarse «ejecución del tipo», porque éste requiere un «poner por obra» y ello no se consigue analizando sólo la voluntad del autor, sino fundamentalmente el aspecto objetivo del hecho, desde el cual sólo será posible comprobar si es adecuado al tipo, esto es, si «pone por obra» o «ejecuta» el tipo del delito correspondiente. En resumen, sólo son típicos los actos ejecutivos, y éstos, conceptualmente, conllevan una cierta dosis de objetividad o de conexión entre comportamiento y lesión o peligro. De ahí que, en palabras del citado autor, antes de nada debe procederse a seleccionar qué conductas pueden ser aptas para alcanzar el fin perseguido. Aquí se levanta la frontera de lo punible. Sólo después, desde la adecuación al tipo respectivo, podrán separarse actos ejecutivos y actos preparatorios. Ello obliga a desdoblar el juicio de idoneidad en dos partes: primero se realizará un juicio de idoneidad abstracto donde se ha de comprobar si el acto es idóneo desde el punto de vista del fin perseguido (resultado); segundo, se lleva a cabo un juicio de idoneidad estricta, averiguando si el acto es ejecutivo o preparatorio, o sea, si completada la ejecución produciría la lesión o puesta en peligro (69).

Si cualquier acto para ser punible ha de, al menos, rebasar el primer juicio de idoneidad abstracta, queda claro la exclusión de nuestro sistema legal de todas las conductas que, incluso en abstracto, sean inadecuadas para alcanzar el fin propuesto. Da igual que sea por inidoneidad del medio o por inexistencia del objeto. Con estas afirmaciones, no cabe duda, se resucitan planteamientos clásicos. Así, desde un principio vuelve a resurgir la «teoría del defecto de tipo». Porque los comportamientos totalmente inadecuados al fin perseguido no encajarán en ningún tipo delictivo, pues las conductas carentes de lesividad quedan por definición fuera del ámbito del Derecho penal. Pero es más, desde el segundo juicio de idoneidad también quedarán excluidos los actos no ejecutivos, pues de éstos difícilmente podrá decirse que «ponen por obra el delito»; no intentan, no comienzan la realización del mismo.

Pero también se reaviva la concepción de SILVELA y ANTON ONECA, consistente en exigir únicamente un peligro abstracto para entender comenzada la ejecución del delito, y de ahí la distinción entre una inidoneidad absoluta impune -esto es, para cualquier caso- y una inidoneidad relativa punible por el artículo 52.2º -que puede comportar algún peligro en ciertas ocasiones-. Y desde una perspectiva *ex ante*, ésta parece la interpretación más coherente, pues ni exige un peligro concreto ni parece negarse toda operatividad al artículo 52.2º habida cuenta que en tales casos nos hallamos en el campo de la tentativa idónea. Sólo así parece salvarse la contradicción de acudir a un criterio *ex ante* para el artículo 52.2º y a un criterio -*ex post* para el artículo 3. El juicio de pronóstico ha de efectuarse con procedimientos y ópticas unitarias:

un espectador objetivo situado en el momento de iniciarse la conducta provisto de todos los conocimientos existentes en la sociedad. Las críticas vertidas a este criterio por NUÑEZ BARBERO, luego aceptadas por FARRE TREPAT, además de no salvar el obstáculo antes señalado de incapacidad para examinar conjuntamente ambos preceptos, no son enteramente ciertas. Porque decir que la habilidad de un sujeto puede hacer que en un caso produzca el delito frente a la generalidad burda, incompetente siempre para hacerlo, descansa no ya en una recelosa noción de seres superdotados, sino lo más grave: es una contradicción, porque si es posible en un caso, no podrá nunca decirse que es absolutamente inidónea. Al margen de que aquí se opera manejando todos los conocimientos habidos en una comunidad, incluidos los de los humanos especialmente habilidosos (70).

Todo esto pone de manifiesto que el artículo 52.2º no ha cambiado, ni podía hacerlo, el sistema tradicional español: la voluntad de la ley prevalece a la voluntad del legislador. Y éste es muy posible que, allá por los negros años cuarenta, también quisiera castigar la tentativa absolutamente inidónea. Pero afortunadamente no llegó a conseguirlo, porque olvidó la existencia de los principios rectores de la interpretación, como el sistemático y el teleológico, que unidos a la permanencia del artículo 3 abortaron sus oscuros objetivos. Debe recordarse además que, al margen de las objeciones de legalidad material esgrimidas -no hay pena sin delito y éste se ha de expresar en una ley anterior, esto es, en un tipo-, existen fuertes argumentos de legalidad formal para rechazar una construcción autónoma y extensiva del artículo 52.2º. En este sentido ya advirtió VIVES ANTON que el artículo 5 de la Ley de 24 de enero de 1942, sobre Protección de la Natalidad, y origen inmediato del actual artículo 52.2º se refería exclusivamente al delito de aborto. Después la Ley de Autorizaciones creadora del Código Penal de 1944, de 19 de julio, no contenía ninguna disposición expresa, permitiendo la introducción del párrafo segundo del artículo 52, llevada a cabo por Decreto de 23 de diciembre del mismo año. La cobertura legal de este precepto sólo podía acogerse a la cláusula general del artículo 1.2º: «... depuración de erratas, antinomias y errores técnicos». Estos antecedentes son motivo suficiente para afirmar, según el citado autor, que «así pues, dentro del marco de la Ley de Autorizaciones, el sentido de la introducción del párrafo segundo del artículo 52.2º no podía ser otro que el de declarar punibles los casos de imposibilidad relativa de ejecución, corrigiendo en ese sentido el error técnico en que incurría la interpretación dominante y aceptando la tesis de SILVELA» (71). En consecuencia, para VIVES ANTON, aun aceptando que del tenor literal del precepto pudiera deducirse una exégesis más amplia, incluyendo como punibles supuestos de imposibilidad absoluta, ello chocaría frontalmente con el principio de legalidad, pues los Decretos, en la medida que traspasan los límites de la autorización legal, no gozan del valor de ley y siguen siendo, por tanto, simples Decretos.

Haciendo balance de lo visto hasta ahora puede decirse que desde la óptica de los principios de legalidad, tipicidad y ofensividad, únicamente cabe entender el artículo 52.2º del Código Penal como un precepto donde se incriminan comportamientos que al menos comportan un peligro abstracto para el bien jurídico. Es decir, supuestos de tentativas relativamente inidóneas, las cuales suponen la realización de una clase de conductas generalmente prohibidas por el ordenamiento, precisamente por conllevar un cierto peligro para la protección de determinados bienes jurídicos. Y esta peligrosidad, nacida de exigencias del principio de ofensividad, ha de medirse siempre y en todo caso *ex ante*. Y ello sirve también para la tentativa idónea, acabada (frustración) o inacabada. Porque al igual que en ellas, se precisa un comienzo de la realización del delito: esto es, dar principio a la ejecución. De otro modo no habrá tipicidad del delito correspondiente, pues no se habrá «intentado» absolutamente nada. De nuevo el principio de ejecución aparece en el seno del Derecho penal como la encrucijada donde confluyen *iter criminis*, autoría y participación. En cualquier caso, un acto, para poder ser calificado de ejecutivo y, en consecuencia, de típico, ha de revestir una mínima idoneidad para alcanzar el fin propuesto. Sólo después se estará en condiciones de examinar si verdaderamente lo es. La línea de la punibilidad, en un primer momento, y la frontera entre ejecución y preparación, en un segundo momento, sólo puede trazarse así.

Todo lo dicho hasta ahora puede expresarse con un ejemplo, muy útil además para diferenciar tentativa inidónea (impune), tentativa relativamente inidónea (punible por el art. 52.2º) y tentativa idónea (punible por el art. 3). Tratar de envenenar a otra persona con bicarbonato constituye una tentativa absolutamente inidónea e impune -pues no comporta peligro alguno, ya que nunca podrá alcanzar así su fin-; tratar de envenenar a otro ser humano con una dosis no letal de cianuro constituye una tentativa relativamente inidónea punible, pues representa un peligro abstracto, ya que el ordenamiento prohíbe siempre esta clase de acciones (art. 52.2º); por último, preparar una taza de café con una cantidad letal de cianuro que no llega a beber la víctima representa una tentativa idónea punible por el artículo 3, pues ha representado un peligro concreto para su vida. Del mismo modo, no es lo mismo disparar un arma de fuego sobre un cadáver (delito absolutamente imposible, impune), que hacerlo sobre el lugar donde instantes antes se encontraba una persona (delito relativamente imposible, punible por el art. 52.2º), que hacerlo sobre una persona que logra esquivar el proyectil (tentativa idónea punible por el art. 3).

Todo lo dicho hasta el momento nos sirve para volver al lugar de origen: el artículo 52.2º por las razones expresadas, no puede interpretarse desconectado del artículo 3, del cual no es sino un apéndice. No carece de autonomía, ni, por tanto, constituye una figura propia, ni supone ninguna extensión de la penalidad. Su naturaleza jurídica no es otra que la de una regla de determinación de la pena. Nada más. Asilo confirma su ubicación en el Código Penal. No añade ningún extremo nuevo al concepto de tentativa contenido en el artículo 3: toda tentativa, para serlo en el marco del Derecho positivo español, ha de suponer la iniciación del delito, y esto sólo se logra con actos ejecutivos, que también, por definición, han de comportar una cierta idoneidad, entendida como conexión real y objetiva entre el comportamiento y la lesión o puesta en peligro del bien jurídico. En consecuencia, la introducción del artículo 52.2º sólo puede entenderse como una corrección a las interpretaciones del artículo 3 partidarias de exigir un peligro concreto para la existencia de la tentativa. Pero al bastar un peligro abstracto, el artículo 52.2º cobra sentido y no provoca desbarajustes, ni contradicciones, ni sistemas superpuestos, pudiendo realizarse una interpretación unitaria del texto punitivo. En síntesis, podría decirse que SILVEIRA tenía razón y que GROIZARD se equivocó.

Si desde la óptica del principio de ofensividad puede lograrse una interpretación unitaria del artículo 52.2º y acorde con las exigencias constitucionales, también puede llegarse a este punto desde los principios de proporcionalidad y de culpabilidad. Desde el principio de proporcionalidad resulta realmente complicado defender el castigo o incluso el mismo castigo para conductas carentes de peligrosidad. También desde el principio de culpabilidad parece insostenible basar el reproche no en un hecho carente de contenido de injusto, sino en la peligrosidad del sujeto (culpabilidad por el carácter o de autor). Además, si se hace descansar el castigo en la mala voluntad, ésta se coloca como centro tanto para el desvalor objetivo como subjetivo: hay una doble valoración del mismo elemento (72).

Para finalizar debe hacerse mención al problema de la denominación. Como se sabe, los supuestos contenidos en el artículo 52.2º tradicionalmente han venido recibiendo el nombre de «delito imposible». Recientemente FARRE TREPAT se ha inclinado, sin embargo, por el de «tentativa inidónea», habida cuenta que el hecho delictivo sí es posible (73). A mi modo de ver la cuestión no es en sí misma muy trascendente. Podría aceptarse la propuesta de la autora de llamar «tentativa inidónea» a los casos previstos y, por tanto, punibles del artículo 52.2º. Quedaría así reservado el nombre de «delito imposible» para las hipótesis de «tentativas absolutamente inidóneas», es decir, aquellas que quedan excluidas del ámbito de este precepto Y, por tanto, impunes. Sí resulta en cambio importante subrayar que tanto las hipótesis de ausencia de objeto como de inidoneidad de medios o inaptitud del sujeto activo, sean absolutas (impunes) o relativas (punibles), deben recibir idéntico tratamiento y denominación. Al menos así ha de ser desde una óptica objetiva, pues todas ellas tienen de común la ausencia de lesividad. Cuestión algo distinta es la concerniente a la llamada «tentativa irreal o supersticiosa». Estos casos no son sino hipótesis de error inverso sobre el tipo. En ellos el sujeto cree erróneamente que se dan características típicas cuando en

realidad no es así. Generalmente su equivocación versará sobre el curso causal (por inidoneidad del mismo) o sobre el objeto (no protegido). De ahí que se asemejen extraordinariamente estos supuestos a los de «delito imposible» o «tentativa absolutamente inidónea», pues en ambos ni hay peligro para el bien jurídico ni tampoco se da el tipo, con lo cual son totalmente impunes. Surge el escollo de los «elementos normativos del tipo». Este puede obviarse si, como aquí se acepta, el tratamiento del error inverso sobre la prohibición es el mismo. Ambas categorías han de configurar el llamado «delito putativo o imaginario». Esta es otra buena razón para reafirmar la interpretación aquí defendida del artículo 52.2º porque resulta contradictorio predicar la impunidad del delito imaginario y, al mismo tiempo, pregonar el castigo del delito imposible. En realidad, se trata de situaciones muy semejantes, pues ambas, movidas por un error, carecen de lesividad y, en consecuencia, son atípicas. De ahí que reclamen una interpretación unitaria. Además, no debe olvidarse que las posturas proclives a castigar todos los casos de tentativa inidónea están también contraviniendo el sentido del artículo 6, bis, a), a *sensu contrario*, que prescribe la impunidad para todos los casos de «error al revés».

No puedo acabar sin dedicar unas breves consideraciones a la «teoría de la impresión». Efectivamente, en ella, y sólo en ella -al margen, claro, de concepciones puramente subjetivistas-, es desde donde se puede fundar el castigo de las conductas carentes de todo peligro para el bien jurídico. Desde luego esta concepción se contrapone, o por lo menos se superpone, al principio de ofensividad, pues tiene su punto de partida en comportamientos punibles que, aunque no comporten el más mínimo peligro, provocan un gran impacto en la comunidad. O sea, han de castigarse porque impresionan a la ciudadanía. O lo que es lo mismo, producen, como decían los clásicos, una mayor alarma social. Fundamentar la punibilidad, o mejor dicho, el adelantamiento de la misma, en un criterio así resulta a todas luces inaceptable. Desde luego esta concepción no puede defenderse de la pregunta de qué contenido de injusto posee un delito imposible. Obviamente ninguno. Castigar a un inocente, porque inocente es todo aquel que no ha atacado al sistema de valores de una sociedad democrática, parece insostenible en nuestro actual marco constitucional. Tampoco muestra siquiera un ligero acomodo al principio de proporcionalidad, pues se condena a alguien por haber asustado a sus convecinos. Menos todavía puede casarse con el respetuoso acatamiento del principio de culpabilidad, habida cuenta que se le reprocha un hecho no injusto. Pero no son sólo estos los reparos posibles. La «teoría de la impresión» abandona para las hipótesis de «delito imposible» la perspectiva *ex ante*, acudiendo a una óptica *ex post*, pues sólo desde ella, sólo con posterioridad al caso, podrá calibrarse el impacto social alcanzado. Por otra parte, sus presupuestos hay que buscarlos en una concepción basada en el sentimiento jurídico, en la lástima, en el terror producido. No son, desde luego, pilares científicos muy sólidos los que descansan en el lecho del sentimiento. Y, por último, cómo y quién mide si un hecho carente de ofensividad ha impresionado o no a la colectividad. Habrá que preguntarse si la tarea corresponde a los jueces, al jurado, a la prensa, por sorteo o si deben convocarse encuestas o sondeos. Ciertamente es un criterio de la máxima inseguridad jurídica (74). La pluralidad de las sociedades actuales es tal que lo que no escandaliza a unos lo hace a otros, y ello conlleva el enorme riesgo de generalizar la represión y de colocar un peligroso argumento en manos de quienes quieran eliminar a toda suerte de adversarios, disidentes o personas molestas. Esta teoría es demasiado insegura y peligrosa para no abandonarla ya sin más paliativos. Excusas para castigar siempre ha habido muchas.

3. DELITOS QUE ANTICIPAN LA LINEA DE DEFENSA

3.1. *Justificación del tema*

Toda anticipación de la línea de defensa establecida tradicionalmente en los Estados liberales en el

momento de atacar, esto es, de ofender bienes jurídicos, merece la atención del Derecho penal, pues supone un recorte de la libertad general de acción, fundamento último de nuestro sistema de convivencia. Es obvio que las conductas lesivas han de castigarse por alterar ese sistema de reparto de funciones e intereses que afecta al Derecho. Pero lo cierto es que, cada vez más, los cuerpos legales contemporáneos van introduciendo figuras delictivas que no requieren la producción de ninguna lesión. Generalmente esta anticipación se lleva a cabo mediante la técnica de los delitos de peligro, y en menor medida a través de otros mecanismos como la elevación a delitos de actos preparatorios o de formas de participación.

En las líneas que siguen me voy a ocupar principalmente de la problemática planteada por los delitos de peligro, muchas veces fronteriza con los actos preparatorios. Y el ejemplo que vamos a tomar sintetiza esta situación. Pero, desde luego, no se va a abordar de un modo general, sino únicamente desde la óptica del principio de ofensividad. Y sólo en relación a un caso: el contenido en el artículo 509 relativo a la tenencia y fabricación de útiles para el robo. Esta elección responde a la línea propuesta en este trabajo de atender a los casos más llamativos desde la aplicación judicial del Derecho penal. Y en este caso esta llamada se ve incrementada por el hecho de haber incluso despertado el interés del Tribunal Constitucional con la Sentencia 105/1988, de 8 de junio. Todas estas razones nos han motivado a seleccionar el artículo 509 del Código Penal como paradigma del problema aquí enunciado.

3.2. El artículo 509 del Código Penal

El artículo 509 del Código Penal dispone: «El que tuviere en su poder ganzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo será castigado con la pena de arresto mayor. En igual pena incurrirán los que fabriquen dichos instrumentos. Si fueren cerrajeros se les aplicará la pena de prisión menor.» Esta redacción proviene de la reforma de 1989 que, por indicación de la precitada sentencia del Tribunal Constitucional, suprimió el siguiente inciso contenido en el primer párrafo: «... y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación ... ». La trascendencia de este fallo ha sido tal que desde el mismo ha de hablarse de un antes y un después en la exégesis del artículo 509.

Con anterioridad a la misma, la jurisprudencia española consideraba esta figura como un delito de producción instantánea y de peligro, fundado en dos requisitos: uno de carácter positivo, consistente en la idoneidad de los útiles, y otro negativo, relativo a la falta de descargo suficiente. Pues bien, la doctrina, como ya sintetizara QUINTANO RIPOLLES (75), se hallaba dividida entre un sector, mayoritario desde luego, que como CORDOBA RODA, MUÑOZ CONDE, BAJO FERNANDEZ o BUSTOS RAMIREZ (76) consideraban este precepto como un acto preparatorio, y los que, por el contrario, como el propio QUINTANO y luego VIVES ANTON (77), lo entendían como un delito de peligro abstracto. Pero todos ellos coincidían en una cosa: se trataba de un delito de «sospecha» o, como dijera QUINTANO, en una «sospecha de delito» (78).

Su entendimiento como acto preparatorio punible y, por tanto, la negativa a considerarlo como un delito autónomo, tendencia dominante en jurisprudencia y doctrina, favoreció, sin lugar a dudas, su configuración como «delito de sospecha». Y ello porque la entonces vigente fórmula de «y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación», unido a esta interpretación de acto preparatorio elevado a la categoría de delito -el cual no requería peligro alguno para el patrimonio-, llevaba a entenderlo consumado, aun cuando no se supiera si estaba o no destinado específicamente para el robo. Bastaba la aprehensión de instrumentos idóneos y que el sujeto no demostrara suficientemente su origen. No era, pues, preciso probar su asignación para cometer robos.

Semejante situación provocó la interposición de varias cuestiones de constitucionalidad por parte de diversos órganos jurisdiccionales, y un rechazo generalizado por parte de la doctrina, que al calificarlo de

«delito de sospecha», lo consideraba inconstitucional por vulnerar el principio de presunción de inocencia. Solamente un autor, VIVES ANTON, aun siendo favorable a la desaparición del precepto, buscó darle una interpretación conforme a la norma fundamental. Esta se basaba en su entendimiento como un delito de peligro abstracto, exigiendo un concepto de «tenencia cualificada» exactamente igual al de fabricación y una noción restrictiva de instrumentos (útiles que sirvan para abrir sin romper). Se lograba así independizar el peligro de la tenencia o fabricación de útiles de los posibles resultados lesivos que en concreto se practicarán. Sólo así era posible respetar la presunción de inocencia y justificar el castigo en una conducta lesiva, pues si se partía de su configuración como acto preparatorio, resultaba patente la vulneración del principio de ofensividad (79).

Pues bien, la Sentencia 105/1989 del Tribunal Constitucional (80), aceptando el camino propuesto por VIVES ANTON, dicta una resolución de carácter interpretativo declarando inconstitucional el artículo 509 del Código Penal, «en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito». Es decir, el alto tribunal, en base al «principio de conservación de las disposiciones legales», concluye que la norma enjuiciada no es en sí misma inconstitucional, pero sí alguna de las interpretaciones de las que ha sido, y puede ser todavía, objeto. En concreto, son contrarias al artículo 24.2 de la Constitución y a la presunción de inocencia aquellas exégesis que presuponen en contra del reo, con una cláusula *juris tantum*, la finalidad delictiva o el mal uso de dichos útiles, con lo que además trasladan la carga de la prueba al acusado. Con esta declaración se desautoriza la línea jurisprudencial dominante y se viene a subrayar que este precepto, como cualquier otro, exige para su aplicación que la parte acusadora pruebe la finalidad y uso de esos instrumentos idóneos para robar. Al acusado le corresponde, con la más absoluta libertad, tratar o no de probar su destino y procedencia.

Pero, como decíamos, esta sentencia del Tribunal Constitucional, aunque acepta la metodología iniciada por VIVES ANTON de salvar la constitucionalidad del precepto con una interpretación acorde a la norma fundamental, se queda muy corta. Al menos a mi modo de ver el asunto. Y ello porque, aunque rechaza con razón el motivo que alegaba su inconstitucionalidad por vulnerar el principio de legalidad y de seguridad jurídica, pues no se trata de un tipo abierto favorecedor del arbitrio judicial, sino que describe mínimamente su núcleo esencial, desaprovechó una gran ocasión para continuar la línea iniciada años atrás por ese órgano, en el sentido de reafirmar la vigencia del principio de ofensividad. Y no lo hizo a pesar de que en la propia resolución se dice expresamente «que la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho. Sin embargo, ninguna de estas condiciones aparece incumplida por el precepto penal que se examina». Y tiene razón la sentencia si ello se observa desde el ángulo del principio de legalidad, como hacen los recurrentes. Y el Tribunal, como éstos no plantearon su inconstitucionalidad desde la perspectiva del principio de ofensividad, no siguió esta vía. Por eso desaprovechó una gran ocasión.

Y la desaprovechó porque se contentó con defender el derecho a la presunción de inocencia. Y éste, efectivamente, queda en cierto modo a salvo tanto si se configura el precepto como acto preparatorio o como delito de peligro abstracto. Pero no así el principio de ofensividad, carente de vigencia si el artículo 509 se entiende como un acto preparatorio. Y ello es así porque, en primer lugar, sorprende la existencia de un acto preparatorio individual y totalmente distinto de la estructura que éstos reciben en el artículo 4 del Código Penal. En segundo lugar, así concebido plantea numerosos problemas concursales, al menos respecto de los robos efectivamente cometidos. Además, deja subsistente la cuestión de la prueba del destino de dichos útiles. Y, en tercer término, por definición, un acto preparatorio no requiere actos ejecutivos, con lo que se propone una excepcional sanción para quienes posean unos objetos que pueden ser utilizados para delinquir. Tal adelantamiento de la línea punitiva es inconstitucional, pues conlleva una

restricción de la libertad individual injustificable en un Estado de Derecho donde sólo puede limitarse ésta a casos donde un bien jurídico deba ser protegido. La tremenda lejanía entre ese acto preparatorio y el patrimonio es tan abismal que deviene insuperable. No existe conexión objetiva entre tener una ganzúa y el contenido de injusto del robo. En resumen, su entendimiento como acto preparatorio conlleva a una negación del principio de ofensividad, pues supone castigar conductas que no representan peligro alguno y que no interfieren en la libertad de los demás.

Por ello sólo es posible salvar este precepto desde su configuración como delito de peligro abstracto. Para ello es preciso que la posesión constituya una «tenencia cualificada» de instrumentos idóneos para delinquir. Es decir, que efectivamente comportan un peligro real y no meramente hipotético para el patrimonio. Únicamente así se logra evitar la conculcación del principio de ofensividad. En cualquier caso, la desaparición del artículo 509 sigue siendo la solución preferible.

4. AUTORIA: CONCEPTO Y FUNDAMENTO DEL CASTIGO

4.1. *Presupuesto*

El problema del concurso de personas en el delito y de la distinta naturaleza de su aportación al mismo puede sintetizarse esencialmente en dos vertientes. La primera requiere determinar qué conductas realizan por sí mismas parte del hecho típico. Esto es, si lo llevan a cabo directamente, en cuyo caso el hecho típico podrá calificarse como su obra o como su propio hecho. De otro lado, si su aportación es a través del comportamiento de un tercero, tan sólo lo habrá realizado de forma indirecta y el hecho le será ajeno. La segunda vertiente gira alrededor de la fijación de la clase de responsabilidad criminal que deberá corresponder a cada uno de los sujetos intervinientes en un delito.

La primera de estas vías ha de resolverse con criterios estrictamente materiales, mientras que la segunda es de naturaleza absolutamente formal. Y ello porque en un primer momento interesa saber quiénes son autores (coautoría) y quiénes son partícipes (complicidad). Lo cual depende exclusivamente de su efectiva, real y objetiva contribución al hecho típico. Así, o se realiza éste directamente poniendo por obra el tipo (autoría) o, por el contrario, se colabora en el hecho de otro, realizándolo entonces sólo de manera indirecta (participación). En cambio, en la segunda vertiente, a la hora de establecer la responsabilidad de unos y otros, se atiende por completo a lo preceptuado en la ley, y ésta, como hace entre otras legislaciones nuestro artículo 14, no sigue un argumento material -es decir, quiénes han contribuido en realidad con actos directos-, sino que se desliza generalmente por consideraciones político-criminales, de oportunidad e históricas. Con ello, en determinados casos, equiparan la pena del autor material (o en sentido estricto, art. 14.1) con la de algunas modalidades de participación (así, art. 14.2 para los inductores y art. 14.3 para cooperadores necesarios) (81).

Ahora bien, el camino seguido por el legislador no significa que inductores y cooperadores necesarios sean autores, sino sólo que se consideran así a efectos punitivos. Por tanto, tampoco significa que desde un punto de vista material no existan diferencias entre unos y otros. Pues la diferencia es muy clara: unos realizan el hecho típico como algo propio y los otros como algo ajeno (de ahí la proclamación del principio de accesoriedad de la participación). De aquí que carezcan de sentido las llamadas «teorías negativas», que al no admitir y borrar las diferencias entre autores y partícipes confunden ambas vertientes. Estos planteamientos, al margen del error de partida denunciado, conducen a que en determinadas ocasiones se castigue con la pena de autor a un mero partícipe. Esta igualación punitiva no se corresponde a la realidad -o sea, desde un punto de vista material- y, en consecuencia, sólo es legítima si la efectúa la ley, pero nunca puede ser aceptada si la realiza el intérprete. Porque semejante equiparación supone una interpretación cuanto menos extensiva, si no analógica de la ley, conculcando el principio de legalidad. Pero

también es censurable desde la perspectiva de los principios de culpabilidad y proporcionalidad. Así se ha venido manteniendo en la doctrina española respecto a la construcción jurisprudencial de la llamada «teoría del acuerdo previo», que, en base a lagunas punitivas, ha elaborado esta nueva negación de las diferencias entre autor y partícipe (82).

Dicha teoría, aun cuando ha sufrido un cierto retroceso en nuestra jurisprudencia actual, al punto de poderse dudar de si hoy sigue siendo la mayoritaria, ciertamente continúa teniendo un gran peso. A continuación expondremos sus argumentos principales, para luego sumarnos a las críticas doctrinales cosechadas, aunque esta vez desde la óptica del principio de ofensividad.

4.2. *La teoría del «acuerdo previo»*

Los orígenes, así como el contenido de la construcción jurisprudencial de la denominada «teoría del acuerdo previo», son bien conocidos de todos. Al igual que, como ya expusiera GIMBERNAT ORDEIG, la extraordinaria inseguridad a que conducía la jurisprudencia española, unas veces seguidora de criterios materiales y otras de esta teoría extensiva y negativa a la hora de diferenciar entre autor y cómplice (83). Pero la realidad sigue siendo hoy muy semejante a aquella de hace treinta años. Con la salvedad que hoy también se encuentran resoluciones adscritas a la teoría del «dominio del hecho». El panorama, por tanto, sigue siendo de suma inseguridad. Pero desde luego no es éste el lugar ni mi intención reproducir las acertadas críticas que ha recibido tal concepción desde la literatura penal española. Mucho menos deseo ocuparme del arduo problema de autoría y complicidad. Sólo pretendo contribuir a combatir la teoría del «acuerdo previo» acogiendo el camino del ya reseñado principio de ofensividad. Para ello sí resulta necesario recordar, al menos escuetamente, el enunciado de esta elaboración jurisprudencial.

Desde luego no resulta nada difícil encontrar resoluciones en las que se acoja la doctrina del «acuerdo previo». Así, entre las muchas existentes se afirma que «el acuerdo de voluntades entre dos o más personas para llevar a efecto la realización de un plan delictivo por ellos trazado establece entre los que se concertan un vínculo de solidaridad penal que les hace partícipes con igual grado de responsabilidad, cualquiera que sea la función o cometido que a cada uno de los concertados se les asigne» (84). De modo que, entre todos los que concurren a un delito previamente concertado en virtud de la unidad de voluntades, nace un vínculo de solidaridad que los hace a todos responsables en el mismo grado, cualquiera que sea la parte que cada uno tome, ya que todos coadyuvan eficazmente en lograr el fin propuesto, y ello con independencia de los actos que individualmente realicen (85). A partir de aquí esta teoría en estado puro ha venido siendo corregida en base al principio de culpabilidad. Por eso se exige que «la decisión sea tomada con conocimiento de causa y que alcance a sus características y especificidades más esenciales», es decir, debe averiguarse el «alcance del acuerdo para no rebasar el principio esencial de culpabilidad» (86). Esta tendencia correctora puede apreciarse con claridad en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de enero de 1991 (87), que al examinar la cuestión de la codelinquencia en el robo con homicidio evoca las tres fases jurisprudenciales habidas: en una primera, interpretando extensivamente el artículo 502.2º se aplicaba a todos los partícipes. Posteriormente se siguió imputando igualmente el homicidio a todos los partícipes por aplicación del acuerdo previo, «que hacía responsables a todos aquéllos, cualquiera que fuese su participación, y aun cuando no tomaran parte directa en la ejecución del hecho, si su intervención hubiese sido necesaria para el resultado letal, y, por último, en la fase final, aun partiendo del acuerdo previo, se construye la responsabilidad con base al dolo eventual, esto es, exigiendo que el resultado mortal entre en las previsiones de los agentes como probable, asumiéndolo si llegara a producirse». Esta línea partidaria de aplicar la teoría del «acuerdo previo» con el correctivo de la culpabilidad pone en evidencia lo antes señalado: la enorme inseguridad existente en este tema. Pues a esta corriente jurisprudencial ha de sumarse la existencia de otras, como una de naturaleza mixta, o alternativa, que conjuga este

criterio con consideraciones basadas en «la causa eficiente del resultado», en el «dominio del acto» o en «los bienes escasos» (88). Por fin ha de señalarse el peso cada vez mayor de los fallos construidos exclusivamente sobre la teoría del «dominio del hecho» (89). En resumen, la inseguridad de la que se lamentaba GIMBERNAT ORDEIG hace treinta años, lejos de disminuir, ha ido en aumento.

4.3. Consideraciones críticas

Desde la perspectiva del principio de ofensividad, la teoría del «acuerdo previo» resulta insostenible. Porque este principio no reduce su ámbito de vigencia únicamente a limitar al Estado en cuanto poder legislativo, sino que, como ya vimos, también ha de operar como freno al Estado en cuanto poder judicial. Función esta segunda que, aunque más modesta si se quiere, no deja de ser trascendente para la comunidad, y desde luego afecta más directamente al ciudadano.

Nuevamente nos hallamos en la encrucijada del principio de ejecución. Porque si éste representa un límite para el legislador a la hora de fijar la línea de la punibilidad, se transforma en barrera infranqueable para el juzgador. Basta recordar las enormes críticas vertidas hacia el legislador español por avanzar la punición con carácter general para los actos preparatorios, para darse cuenta de la tamaña ilegalidad si ese mismo adelantamiento lo lleva a cabo la jurisprudencia, sin la más mínima cobertura legal. Si a ello le añadimos la extraordinaria inseguridad existente -no se sabe qué teoría se va a aplicar en cada caso-, no se puede sino lamentar profundamente este estado de cosas (90).

Autor en sentido material lo es sólo aquel o aquellos que toman parte directa en la ejecución del hecho típico. Este es un concepto material, nunca formal. El castigo designado para los autores materiales responde precisamente a que ellos, y sólo ellos, realizan actos ejecutivos del tipo delictivo correspondiente. Es decir, practican actos que al menos suponen un peligro abstracto para el bien jurídico protegido. En consecuencia, si se extiende esa misma sanción jurisprudencialmente, sin apoyo legal alguno, a personas que no ejecutan nada, sino que únicamente colaboran en el hecho de otro, se está violentando, entre otros, el principio de ofensividad. Su vigencia obliga a castigar con la pena de autor material a los que realmente lo son, porque sólo ellos aportan un peligro para el interés tutelado en el tipo. Cosa que nunca sucede con la actuación accesoria de un partícipe.

Como quiera que la teoría del «acuerdo previo» equipara punitivamente comportamientos desiguales, castigando por igual actos ejecutivos y, por tanto, peligrosos, y actos no ejecutivos y, por tanto, no peligrosos, vulnera abiertamente el principio de ofensividad. Y, en consecuencia, deviene absolutamente inconstitucional. El castigo como autor ha de responder a su contribución objetiva al hecho, y ello sólo sucede con la práctica de actos ejecutivos. Los únicos que contribuyen a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (91).

5. PRINCIPIO DE OFENSIVIDAD Y REFORMA PENAL DE 1992

En nuestro Derecho penal vigente no se encuentra ninguna proclamación expresa del principio de ofensividad o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Sin embargo, como es bien sabido, tanto nuestra jurisprudencia constitucional como la doctrina dominante no dudan en proclamar su vigencia en base a la misma esencia del Estado de Derecho, donde el postulado general de la libertad individual de acción implica la imposibilidad de restringirla mediante una norma penal, si no es por la necesidad de dotar «de protección a valores, bienes o intereses que sean constitucionalmente legítimos en un Estado social y democrático de Derecho» (92). En parecidos términos se pronuncia la doctrina absolutamente dominante que, salvo alguna aislada excepción fundada en concepciones sociológicas y funcionalistas, anuda la existencia del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos con el núcleo del Estado de Derecho (93).

De esta forma, la categoría del bien jurídico -el llamado «dogma del bien jurídico»- despliega un papel metodológico, fundamentador y político- criminal básico en las actuales concepciones sistemáticas del Derecho penal.

Pues bien, como consecuencia del indiscutible protagonismo ejercido por la noción de bien jurídico en la configuración del Derecho penal de un Estado de Derecho, al abordarse el actual proceso de reforma de nuestro texto punitivo, se ha planteado la conveniencia de aupar tan importante principio a una proclamación expresa y rotunda del mismo.

Así pareció iba a suceder cuando el primer texto que se hizo público, el Borrador de Anteproyecto de Código Penal (parte general) de octubre de 1990, lo recogía en su artículo 3.1º, al decir: «La pena presupone la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos.» Este precepto tuvo una muy favorable acogida en la casi totalidad de nuestra doctrina científica. Sin embargo, y sin ninguna razón ni explicación aparente, desapareció tanto del Anteproyecto como del definitivo Proyecto de 1992. Aunque curiosamente, la misma Exposición de Motivos del Proyecto está plagada de referencias al principio de ofensividad. Así, se habla del proceso de selección de bienes jurídicos objeto de tutela penal nacidos del marco constitucional, de su significado e interpretación del sistema y criterios de su selección, etc. Es decir, no puede entenderse el presente cuerpo punitivo sin hacer mención a la noción de bien jurídico y, con ella, al principio de exclusiva protección de bienes jurídicos. Y ello porque, como ya hemos reiterado, tanto nuestra jurisprudencia constitucional como nuestra doctrina dominante vienen entendiendo su vigencia como consustancial al Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Y es que, se quiera o no quiera, guste o no guste, resulta imprescindible a la luz de nuestra configuración constitucional en su conjunto, y más exactamente en relación a su artículo 1º, donde la declaración de la libertad como valor fundamental del ordenamiento jurídico conlleva de suyo la necesidad de justificar toda limitación de la misma, lo que sólo es posible si se produce una injerencia en la libertad ajena, esto es, si se lesiona o pone en peligro un bien jurídico.

Por eso, aunque no sea imprescindible su proclamación expresa, puesto que inequívocamente se desprende de la norma fundamental, no cabe duda que se ha dejado escapar una inmejorable oportunidad para hacer honor a la suprema trascendencia de este principio, quizás el de mayor calado de entre todos cuantos suponen límites al ejercicio del *ius puniendi* del Estado, y también el de mayor contenido y expresión de nuestra tradición jurídica y política. Igualmente ha de lamentarse su desaparición del Proyecto de 1992, por cuanto posiblemente podría haber servido para corregir interpretaciones jurisprudenciales y doctrinales que, como las analizadas en este trabajo, se apartan de sus exigencias y, con ello, del espíritu y del texto constitucional.

En definitiva, aunque el valor del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos resulta hoy casi indiscutida debido a su consustancialidad al Estado de Derecho, el Proyecto de 1992 ha dejado escapar una excelente ocasión para hacerle justicia. En este sentido no cabe ni imaginar la repugnancia que nos provocaría la aceptación de un Derecho penal basado, o siquiera tolerante y permisivo, con incriminaciones de conductas carentes de lesividad. Porque en ese caso deberíamos preguntarnos cuál sería entonces el fundamento del castigo y dónde residiría la legitimidad del Estado para castigar limitando la libertad individual. No creo que nadie esté sugiriendo cambiar el criterio del bien jurídico por otros como la desobediencia, la peligrosidad, la disidencia, la alarma social, la oportunidad política o el mero capricho del poder. Quiero suponer entonces que nadie desea recorrer un camino de vuelta hacia estadios históricos anclados en el totalitarismo, en presupuestos moralizantes o inhumanos del Derecho penal. De ahí incluso la insatisfacción de concepciones materiales del bien jurídico y la necesidad de acoger tesis formales o procedimentales del mismo. Ha de abrirse un plazo, de seria reflexión al respecto, pues en los tiempos que corren de nuevo no puede jugarse con la libertad del ser humano.

6. CONCLUSION

Si el principio de ofensividad no se quiere que represente una mera declaración de palabras huecas o un adorno floral en nuestro sistema punitivo ha de tenerse en cuenta, siempre y en todo caso, también a la hora de aplicar el Derecho. Y ello no sucede en nuestra jurisprudencia en los casos reseñados, como ejemplos, en este trabajo. De suerte que, si no se desea orillar este principio en la interpretación cotidiana de los preceptos penales, ha de tenerse presente que sólo cuando existen actos ejecutivos puede hablarse de lesión o de peligro para el bien jurídico. Rebasar esta línea es algo completamente vedado al intérprete, sólo el legislador puede producir un adelantamiento de la línea defensiva, y ello resulta muy dudoso en el marco de nuestra norma fundamental. En base a ella, y en base al Estado de Derecho que proclama, deben corregirse todas las interpretaciones desvinculadas del principio de ofensividad.

Por todo ello se ha malogrado una extraordinaria ocasión para mantener su proclamación expresa en el Proyecto de 1992, como hacía en su artículo 3.1 el Borrador de Anteproyecto de Código Penal (versión de octubre de 1990).

7. BIBLIOGRAFIA

- ALCUBILLA, M.: *Diccionario de Administración*, apéndice 1945, pág. 721, nota 129.
- ALVAREZ GARCIA, J.: «Bien jurídico y Constitución», *CPC*, núm. 43, 1991, pág. 7.
- ANTON ONECA, J.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: *La noción del autor en el Código Penal*, Buenos Aires, 1965.
- BACIGALUPO ZAPATER, E.: «La diferencia entre autoría y participación en la jurisprudencia de los Tribunales y en el nuevo Código Penal alemán», *Libro homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, pág. 29 y sigs.
- BAEZA AVALLONE, V.: «Predeterminación del fallo y delito imposible», *Revista General de Derecho*, núm. 550-551, Valencia, 1990, págs. 5.241 y sigs.
- BAJO FERNANDEZ, M.: *Derecho Penal. Parte Especial: Delitos Patrimoniales y Socioeconómicos*, Madrid, 1987.
- BAJO FERNANDEZ, M.: *Código Penal comentado*, Madrid, 1990.
- BELING, E.: *Die Lehre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, págs. 325 y sigs.
- BETTIOL, G.: *Instituciones de Derecho Penal y Procesal* (trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi), Barcelona, 1977.
- BINDING, K.: *Die Normen und Ihre Ubertretung*, vol. III, Leipzig, 1918, pág. 488.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: *Control Social y Sistema Penal*, Barcelona, 1987.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: *Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1984.
- BUSTOS RAMIREZ, J.: *Derecho Penal español. Parte Especial*, Barcelona, 1986.
- CASTEJON, F.: *Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944*, Madrid, 1946.
- CEREZO MIR, S.: *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1966, pág. 31.
- CEREZO MIR, S.: «La polémica en torno al concepto finalista de autor en la ciencia del Derecho Penal español», en *Problemas fundamentales del Derecho Penal*, Madrid, 1982, págs. 162 y sigs.
- COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S.: *Derecho Penal. Parte General*, 3ªed., Valencia, 1990.
- COBO DEL ROSAL, M.; BOIX REIG, J.; ORTS BERENGUER, E.; CARBONELL MATEU, J. C., y VIVES ANTON, T. S. (coord.): *Derecho Penal. Parte Especial*, 3ª ed., Valencia, 1990.
- CONDE-PUMPIDO FERREIRO, C.: *Código Penal comentado*, Madrid, 1990.
- CORDOBA RODA, J.: *Notas al Tratado de Derecho Penal de R. Maurach*, vol. II, Barcelona, 1962.
- DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M.: *La autoría en Derecho Penal*, Madrid, 1991.
- FARRE TREPAT, E.: *La tentativa del delito*, Barcelona, 1986.

- FERRER SAMA, A.: *Comentarios al Código Penal*, tomo I, Murcia, 1946.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966.
- GIMBERNAT ORDEIG, E.: «Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo», *ADPCP*, 1966, págs. 13 y sigs.
- i-284 GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966.
- GOMEZ BENITEZ, J. M.: *Teoría jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1984.
- GONZALEZ RUS, J. J.: *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983.
- GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A.: *Código Penal de 1870, concordado y comentado*, tomo I, Madrid, 1902.
- HASSEMER, W.: *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984.
- HUERTA TOCILDO, S.: *Sobre el contenido de la antijuricidad*, Madrid, 1984.
- JESCHECK, H. H.: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I (trad. y nota S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), Barcelona, 1981.
- LUZON PEÑA, D. M.: «La determinación objetiva del hecho. Observaciones sobre la autoría en delitos dolosos e imprudentes de resultado», *ADPCP*, 1989, III, págs. 889 y sigs.
- MEZGER, E.: *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas J. A. Rodríguez Muñoz), tomo II, Madrid, 1935.
- MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1982.
- MIR PUIG, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990.
- MIR PUIG, S.: «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», *Estudios Penales y Criminológicos*, XIV, Santiago, 1991.
- MUÑOZ CONDE, F.: *El desistimiento voluntario de consumir el delito*, Barcelona, 1992.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Valencia, 1990.
- MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría General del Delito*, Valencia, 1989.
- NINO, C. S.: *Los límites de la responsabilidad penal: una teoría liberal del delito*, Buenos Aires, 1989.
- NUÑEZ BARBERO, R.: *El delito imposible*, Salamanca, 1963.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S.: *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986.
- OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, I, págs. 691 y sigs.
- PACHECO, J. F.: *Código Penal concordado y comentado*, tomo I, 6ª ed., Madrid, 1888.
- PEÑARANDA RAMOS, E.: *La participación en el delito y el principio de accesoriidad*, Madrid, 1990.
- QUINTANO RIPOLLES, A.: «Delito imposible», *NEJ*, tomo VI, Barcelona, 1954, págs. 589 y sigs.
- QUINTANO RIPOLLES, A.: *Comentarios al Código Penal*, 2ª ed., Madrid, 1966.
- QUINTANO RIPOLLES, A.: *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Madrid, 1977.
- QUINTERO OLIVARES, G.: *Derecho Penal Parte General*, Barcelona, 1986.
- QUINTERO OLIVARES, G.: «Acto, resultado y proporcionalidad (aportación a la reforma del Código Penal español)», en *Libro homenaje a J. Antón Oneca*, Salamanca, 1982, págs. 305 y sigs.
- RAWLS, J.: *Teoría de la justicia* (trad. M. D. González), Madrid, 1979.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: «Punición de los actos preparatorios», *ADPCP*, 1968, pág. 277.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (con CORDOBA RODA, J.): *Comentarios al Código Penal*, tomos I y II, Barcelona, 1976.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: «El autor mediato en el Derecho Penal español», *ADPCP*, 1969, pág. 461.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1977.

ROSS, A.: *¿Por qué democracia?* (trad. R. J. Vernengo), Madrid, 1984.

ROXIN, D.: *Täterschaft und Tätherrschaft*, 5ª Ed., Berlín-Nueva York, 1990.

RUIZ ANTON, L. F.: «El fundamento material de la pena de la participación», *CPC*, núm. 11, 1980, pág. 47.

SAINZ DE ROBLES, C.: «Sobre la tentativa del sujeto inidóneo», *Libro homenaje a A. Beristain Ipiña*, Madrid, 1989, pág. 631.

SILVELA, L.: *Derecho Penal estudiado en sus principios y en la legislación vigente en España*, Madrid, 1903.

SUAREZ MONTES, R. F.: «El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1966, pág. 227.

TERRADILLOS BASOCO, J.: «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *RFDUC*, núm. 63, 1988, pág. 131.

VIVES ANTON, T. S.: *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977.

VIVES ANTON, T. S.: *La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, tesis doctoral (parcialmente inédita), Valencia, 1977.

NOTAS:

(1) Cfr. COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed. Valencia, 1990, págs. 247 y sigs.

(2) Así, BETTIOL, G., *Instituciones de Derecho Penal V Procesal* (trad. F. Gutiérrez-Alviz y Conradi), Barcelona, 1987, pág. 36.

(3) BUSTOS RAMIREZ, J., *Control social y sistema penal*, Barcelona, 1987, pág. 36.

(4) *Fundamentos del Derecho Penal* (trad. F. Muñoz Conde y Arroyo Zapatero), Barcelona, 1984, pág. 36.

(5) Sobre la evolución del bien jurídico y del principio de ofensividad existe una bibliografía inagotable. No obstante, para una aproximación puede verse: JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal Parte General* (trad. y notas S. Mir Puig y F. Muñoz Conde), vol I, Barcelona, 1981, págs. 350 y sigs.; MIR PUIG, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1982, págs. 124 y sigs.; BUSTOS RAMIREZ, J., *Control Social*., cit; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., «Función y límites del principio de exclusiva protección de bienes jurídicos», *ADPCP*, 1990, 1, págs. 641 y sigs.; ALVAREZ GARCIA, J., «Bien jurídico y Constitución», *CPC*, núm. 43, 1991, págs. 7 y sigs.; GONZALEZ RUS, J. J., *Bien jurídico y Constitución*, Madrid, 1983, y TERRADILLOS BASOCO, J., «La satisfacción de necesidades como criterio de determinación del objeto de tutela jurídico-penal», *RFDUC*, núm. 63, 1988, pág. 131.

(6) Así, ALVAREZ GARCIA, J., ob. cit.

(7) *Derecho Penal Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, págs. 100 y sigs.

(8) *Función y límites*., cit., pág. 19.

(9) Cfr. MIR PUIG, S., «Bien jurídico y bien jurídico-penal como límites del *ius puniendi*», *Estudios penales y criminológicos*, XIV, Santiago de Compostela, 1991, pág. 213.

(10) *Vid*, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal*, cit., págs. 247 y sigs.

(11) Cfr. STC 105/1988, de 8 de junio. Y también las SSTC 11/1981, de 8 de abril, y 62/1982, de 15 de octubre, donde se advierte que cualquier limitación de los derechos constitucionales requiere la protección de bienes jurídicos.

(12) La proclamación de este principio no sólo puede encontrarse en la Constitución, pues también en el Código Penal se halla recogido en preceptos como los artículos 2.2º y 61.4º, donde se habla, respecti-

vamente, de «daños causado por el delito» o «la mayor o menor gravedad del hecho».

(13) *La regulación de la autoría en los delitos cometidos por medio de la imprenta*, tesis doctoral (parcialmente inédita), Valencia, 1977, págs. 280 y 281.

(14) SILVELA, L., *El Derecho Penal estudiado en principios y en la legislación vigente en España*, 2ª parte, Madrid, 1879, pág. 178.

(15) GROIZARD Y GOMEZ DE LA SERNA, A., *El Código Penal de 1870, concordado v comentado*, tomo I, 2ª ed., Madrid, 1902, págs. 80 y sigs.

(16) Ningún código histórico, 1822, 1848-1850, 1870 y 1932, castigó la tentativa inidónea o delito imposible. Desde 1944 es mantenido en nuestro sistema punitivo. Así también ha continuado en el artículo 25.2 del PLOCP de 1980 y en el artículo 21.2 de la PANCP de 1983. Por el contrario, desaparece en el Anteproyecto de 1992.

(17) El actual artículo 52.2 del CP fue introducido por la Ley de 19 de julio de 1944, que reprodujo el artículo 5 de la Ley de 24 de enero de 1942, de Protección de la Natalidad. Esta, a su vez, tenía su inmediato antecedente en el artículo 9 de la Ley de Vagos y Maleantes de 1932. Cfr. CASTEJON, F., «Génesis y breve comentario del Código Penal de 1944», *RGLJ*, abril 1945, pág. 462; ALCUBILLA, M., *Diccionario de Administración*, apéndice de 1945, pág. 721, nota 129; NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Salamanca, 1963, pág. 151, y FARRE TREPAT, E., *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986, pág. 345 y sigs.

(18) *Comentarios al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1976, pág. 217.

(19) Sobre el problema del delito imposible, tentativa inidónea y tentativa irreal en la literatura alemana e italiana, entre otros países, puede verse NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, cit., págs. 57 y sigs., y FARRE TREPAT, E., *La tentativa de delito...*, cit., págs. 280 y sigs.

(20) Por todas, STS 19 septiembre 1964 (RA 3947).

(21) *Vid.* STS 17 noviembre 1966 (RA 4978).

(22) SSTS 27 junio 1967 (3415), 22 mayo 1972 (2224), 11 octubre 1974 (3712), 13 febrero 1976 (536), 21 diciembre 1983 (6717) y 13 junio 1989 (5099), todas ellas en RA.

(23) SSTS 29 diciembre 1961 (1275 JC), 11 diciembre 1968, 29 abril 1972 (1943) y 26 diciembre 1979, todas ellas en RA.

(24) SSTS 24 enero 1975 (204) y 14 febrero 1975 (399), ambas en RA.

(25) SSTS 8 febrero 1965 (488), 3 octubre 1964 (3605), 8 octubre 1974 (3673) y 3 enero 1990 (264), todas en RA.

(26) SSTS 30 mayo 1973 (2480), 16 noviembre 1974 (4807), 27 marzo 1987 (2229), 6 mayo 1988 (6483), 5 diciembre 1989 (9426), 8 marzo 1990 (2430), todas en RA, y 17 mayo 1990 (AP núm. 11 de 1990, núm. 343).

(27) SSTS 23 enero 1960 (48), 18 abril 1972 (1698) y 12 abril 1989 (3178), todas en RA.

(28) SSTS 5 marzo 1968 (1277) y 26 junio 1989 (5667), ambas en RA.

(29) SSTS 26 junio 1962 (2281), 30 septiembre 1965 (4021), 22 marzo 1966 (1376), 28 marzo 1969 (1772), 17 junio 1969 (3705), 13 mayo 1972 (2093), 28 febrero 1973 (891), 14 diciembre 1974 (5202), 3 diciembre 1975 (4672), 5 abril 1976 (1555), 14 mayo 1977 (2284), 24 abril 1978 (1484), 23 enero 1981 (225), 27 abril 1982 (2283), 11 octubre 1983 (4733) y 16 febrero 1989 (1581), todas en RA.

(30) STS 15 diciembre 1977 (RA 4898).

(31) SSTS 18 mayo 1976 (2281), 26 febrero 1981 (787), 24 mayo 1982 (2707), 6 junio 1989 (5034), 24 mayo 1982 (2707), 6 junio 1989 (5034), 13 julio 1989 (6215), todas en RA, y 30 enero 1992 (AP núm. 18, 321).

(32) SSTS 6 febrero 1971 (500), 18 octubre 1972 (4414) y 5 noviembre 1977 (4209), todas en RA.

(33) SSTS 5 febrero 1966 (825), 5 febrero 1971 (493), 5 noviembre 1977 (4209), 5 mayo 1983 (2644) y 14 mayo 1990 (3925), todas ellas en RA.

(34) *Vid.* por todas la importante Sentencia del Tribunal Supremo de 13 julio 1989 (RA 6215). Existe un interesante comentario a la misma de BAEZA AVALLONE, V., «Predeterminación del fallo y delito imposible», *Revista General de Derecho*, núm. 550-551, Valencia, 1990, págs, 5241 y sigs.

(35) STS 3 octubre 1974 (RA 3605). En el mismo sentido, SSTS 30 septiembre 1965 (RA 4021) y 13 julio 1989 (RA 6215).

(36) En muy parecidos términos se pronuncian las resoluciones de 26 febrero 1981 (RA 787), 24 mayo 1982 (RA 2707) y 13 julio 1989 (RA 6215), que aluden a la mayor alarma social y a la peligrosidad del sujeto manifestada en la voluntad contraria a la norma. Y, más concretamente, se hace referencia expresa a la teoría de la «impresión».

(37) De semejante modo se expresan las Sentencias de 26 febrero 1981 (RA 787), 13 julio 1989 (6215) y 30 enero 1992 (AP núm. 18 de 1992, núm. 321). En esta última se especifican todavía más estos requisitos, exigiéndose: « 1º La intencionalidad del agente que está dentro de la culpabilidad del mismo delito querido y representado. 2º La actividad exteriorizada de manera equívoca. 3º Que el fin u objetivo propuesto no se consiga porque los medios elegidos son inidóneos o por carencia absoluta de objeto. Añadiendo la doctrina de este Tribunal que cuando se aprecie una resolución para delinquir se comience la ejecución de la infracción por realización de actos que tengan encaje en la tipología delictiva y se ponga de relieve el peligro del bien jurídico como síntoma de antijuricidad, aunque los medios sean inidóneos o no exista objeto delictivo.»

(38) En la misma línea, SSTS 5 febrero 1966 (RA 825), 24 mayo 1982 (RA 2707) y 30 enero 1992 (AP núm. 18 de 1992, núm., 321).

(39) Cfr. SSTS 30 mayo 1973 (2480), 16 noviembre 1974 (4807), 27 marzo 1987 (2229), 6 mayo 1988 (6483) y 8 marzo 1990 (2430), todas en RA. En cambio, si hay otras personas que socorren a la víctima, al no existir desamparo, no hay responsabilidad penal, Así, STS 5 diciembre 1989 (RA 9426).

(40) Así, SSTS 26 junio 1962 (2281), 30 septiembre 1965 (4025), 28 marzo 1969 (1772), 17 junio 1969 (3705), 13 mayo 1972 (2093), 28 febrero 1973 (891), 4 abril 1978 (1484), 23 enero 1981 (225), 27 abril 1982 (2283) y 16 febrero 1989 (1581), todas ellas en RA. Recuérdese la existencia del artículo 411, que a juicio de la jurisprudencia resulta compatible con el artículo 52.2, pues gozan del mismo fundamento.

(41) Sobre esta cuestión en el delito de aborto, ver *in extenso* SUAREZ MONTES, R. F., «El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCF*, 1966, págs. 227 y sigs.

(42) Cfr. SSTS 3 octubre 1964 (3605), 23 enero 1960 (48), 14 febrero 1975 (399), 3 diciembre 1975 (4672), 26 junio 1989 (5667), 13 julio 1989 (6215) y 3 enero 1990 (264), todas en RA.

(43) Ver SSTS 14 diciembre 1974 (5202), 18 mayo 1976 (2281), 26 febrero 1981 (787), 27 marzo 1987 (2229) y 26 junio 1989 (5667), todas en RA.

(44) Así, SSTS 24 enero 1975 (RA 204) y 30 enero 1992 (AP núm. 18 de 1992, núm. 321), donde se afirma que la inidoneidad ha de establecerse siempre desde una perspectiva *ex ante*, nunca *ex post*, pues en ese caso se borrarían las diferencias con tentativa y frustración.

(45) *Vid.* SSTS 24 mayo 1982 (RA 2707), 12 abril 1989 (RA 2707), 12 abril 1989 (RA 3178) y 17 mayo 1990 (AP núm. 11 de 1990, núm. 343).

(46) Cfr. SSTS 26 febrero 1981 (RA 787) y 30 enero 1992 (AP núm. 18 de 1992, núm. 321).

(47) Buena muestra de ellos son los delitos de falsedad. Cfr. SSTS 11 octubre 1974 (37129) y 13 febrero 1976 (536), ambas en RA. La misma situación se traslada a otras figuras delictivas, como los delitos de riesgo, así artículo 346. Ver STS 23 enero 1960 (RA 48) y también el artículo 416, así STS 14 mayo 1977 (RA 2284), afirmándose que «es inapta para generar formas imperfectas de ejecución».

(48) Ver STS 11 diciembre 1968 (RA 5319).

(49) Cfr. STS 26 diciembre 1979 (RA 4647).

(50) Si, como hemos tenido ocasión de comprobar en el epígrafe anterior, el tema ha alcanzado una

trascendencia práctica importante, no ha sido menor la que ha despertado en la literatura científica española. Pues al margen de la inusitada atención dispensada en obras generales, baste recordar, y a ellas nos remitimos, las monografías de NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, Salamanca, 1963; SUAREZ MONTES, R. F., «El delito imposible de aborto en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *ADPCP*, 1966, pág. 227, y FARRE TREPAT, E., *La tentativa de delito*, Barcelona, 1986.

(51) Cfr. *Comentario al Código Penal*, tomo II, Barcelona, 1976, págs. 218-219.

(52) ANTON ONECA, J., *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, 1949, pág. 417; NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, cit., págs. 10 y sigs.; C0130 DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Valencia, 1990, pág. 556; MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, 3ª ed., Barcelona, 1990, pág. 375; BUSTOS RAMIREZ, J., *Derecho Penal español. Parte General*, Barcelona, 1987, pág. 319, y FARRE TREPAT, E., *La tentativa de delito*, cit., págs. 385 y sigs.

(53) *Vid.*, por todos, BELING, K., *Die lebre vom Verbrechen*, Tübingen, 1906, pág. 325 y BINDING, K., *Die Normen und Ihre Ubertretung*, vol. III, Leipzig, 1918, pág. 488.

(54) *El delito imposible de aborto.... cit.*, págs. 227 y sigs. También parece inclinarse por esta concepción, aunque no lo hace abiertamente, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, Madrid, 1966, págs. 144 y sigs.

(55) CEREZO MIR, J., *Lo objetivo y lo subjetivo en la tentativa*, Valladolid, 1966, págs. 31 y sigs.; CORDOBA RODA, J., *Notas al Tratado de Derecho Penal de R. Maurach*, vol. II, Barcelona, 1962, págs. 188-189, y RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios...*, tomo I, pág. 119, y tomo II, págs. 217 y sigs.

(56) Así, MUNOZ CONDE, F., *Teoría general del delito*, Valencia, 1989, pág. 169; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HIJERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal. Parte General*, 2ª ed., Madrid, 1986, pág. 463; HUERTA TOCILDO, S., *Sobre el contenido dé, la antijuridicidad*, Madrid, 1984, págs. 245 y sigs., y QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Barcelona, 1986, págs. 517 y sigs.

(57) Tan sólo, SAINZ DE ROBLES, C., «Sobre la tentativa del sujeto inidóneo», *Libro homenaje a A. Beristane Ipiña*, Madrid, 1989, pág. 631, se ha mostrado contraria a incluir estas hipótesis en la tentativa inidónea, inclinándose por calificarlas de casos de delito putativo.

(58) *La tentativa.*, cit., págs. 347-349.

(59) *Derecho Penal estudiado.*, cit., pág. 179.

(60) *Código Penal ... cit.*, pág. 85.

(61) *Derecho Penal cit.*, pág. 490.

(62) Así, COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S. *Derecho Penal....*, cit., pág. 557.

(63) FARRE TREPAT, E., *La tentativa* cit., pág. 403.

(64) Así, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Delitos cualificados...*, cit., págs. 406 y sigs.

(65) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E., y HUERTA TOCILDO, S., *Derecho Penal...*, cit., pág. 466.

(66) Cfr. ampliamente FARRE TREPAT, E., *La tentativa...*, cit., págs. 406 y sigs.

(67) *In extenso* NUÑEZ BARBERO, R., *El delito imposible*, cit., págs. 133 y sigs., y también las diferentes posiciones pueden verse en FARRE TREPAT, E., ob. y loc. cit.

(68) *Derecho Penal.*, cit., pág. 555,

(69) *La regulación de la autoría* cit., págs. 284-302.

(70) *Vid.*, respectivamente, *El delito imposible*, cit., pág. 90, y *La tentativa...*, cit., pág. 363.

(71) *La regulación de la autoría...*, cit., Pág. 384, nota 272.

(72) Así, BAEZA AVALLONE, V., *Predeterminación del fallo....* cit., págs. 5291 y sigs.

(73) *La tentativa...*, cit., pág. 403.

(74) Ciertamente, semejante criterio no deja de hacernos recordar aquellas sentencias que, en ampliación del derogado delito de escándalo público, castigaban a una pareja de jóvenes que mantenían rela-

ciones sexuales en lugares recónditos, apartados y solitarios, porque la pareja de la Guardia Civil, al iluminarlos y detenerlos, había quedado «escandalizada».

(75) *Tratado de la Parte Especial del Derecho Penal*, tomo II, 2ª ed., Madrid, 1977, págs. 349-352.

(76) Respectivamente, *Notas al Tratado de R. Maurach*, tomo II, Barcelona, 1962, pág. 171; *Derecho Penal. Parte Especial*, 8ª ed., Valencia, 1990; *Manual de Derecho Penal (Parte Especial), Delitos patrimoniales y socioeconómicos*, Madrid, 1987, pág. 103, y *Manual de Derecho Penal. Parte Especial*, Barcelona, 1986, pág. 215.

(77) Ob. cit.

(78) Ob. cit., pág. 352.

(79) Ob. y loc. cit.

(80) STS 105/1988, de 8 de junio (BOE, núm. 152, de 25 de junio de 1988).

(81) Cfr. VIVES ANTON, T. S., *Libertad de prensa y responsabilidad criminal*, Madrid, 1977, págs. 55 y sigs.

(82) En general, sobre el modelo «extensivo» de autor confrontan PEÑARANDA RAMOS, E., *La participación en el delito y el principio de accesoriedad*, Madrid, 1990, págs. 259 y sigs. En particular, las principales críticas a la teoría del «acuerdo previo» pueden verse en GIMBERNAT ORDEIG, E., «Crítica a la doctrina jurisprudencial del acuerdo previo», *ADPCI* 1966, pág. 1 ; del mismo, *Autor y cómplice en Derecho Penal*, Madrid, 1966, págs. 77 y sigs.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Comentarios al Código Penal*, tomo 1, Barcelona, 1976, págs. 826 y sigs.; VIVES ANTON, T. S., *Libertad de prensa. , cit.*, págs. 124 y sigs., y DIAZ Y GARCIA CONLLEDO, M., *La autoría en Derecho Penal*, Barcelona, 1991, págs. 349 y sigs.

(83) Vid., por todos, GIMBERNAT ORDEIG, E., *Autor y cómplice, cit.*, págs. 77 y sigs.

(84) STS 5 julio 1990 (RA 6231).

(85) Así, la expresiva STS 13 mayo 1986 (RA 2461). En parecidos términos, STS 22 febrero 1985 (RA 1522).

(86) STS 4 febrero 1991 (RA 730).

(87) RA 130. En el mismo sentido, STS 11 julio 1991 (RA 5801).

(88) Paradigmáticamente en este sentido resulta la STS 25 junio 1990 (RA 5665).

(89) Muy significativas las SSTs 8 octubre 1990 (RA 7816) y 8 febrero 1991 (RA 915). Sobre la evolución jurisprudencial en este terreno puede verse la STS 21 febrero 1990 (RA 1594).

(90) Cfr. VIVES ANTON, T. S., *Libertad de prensa..., cit.*, págs. 174 y sigs.

(91) Esta conclusión es válida y, por tanto, aplicable a otras teorías extensivas del concepto de autor o negativas.

(92) Cfr., por todas, las ya reseñadas SSTC, 105/1988, de 8 de junio, y 62/1982, de 15 de junio.

(93) Por todos, vid COBO DEL ROSAL, M., y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal..., cit.*, págs. 219-220.

(94) Como aproximación al problema puede verse JESCHECK, H. H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I (trad. F. Muñoz Conde y S. Mir Puig), Barcelona, 1981, págs. 350-353.